

ALMAN VE AVUSTURYA ÖN ÖDEMELİ NAFKA KANUNU İLE AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE TAHSİL EDİLEMİYEN NAFKA ALACAKLARININ DEVLET TARAFINDAN ÖDENMESİ

(German and Austria Advance Payment of the Maintenance Acts and the Uncollectible Maintenance Paid by the Government within the Scope of European Union Regulations)

Yrd. Doç. Dr. Canan YILMAZ*

ÖZET

Bugün Avrupa Birliği ülkelerinin çoğunluğunun yasal mevzuatında, nafaka borçlusu ebeveynden tahsil edilemeyen iştirak nafakası alacağının devlet tarafından belirli bir süre - en azından çocuğun zorunlu okul dönemi bitene kadar ödeneceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu çalışmamızda, AB ilkelerinin yanı sıra, konuya ilişkin detaylı hükümler içeren özel kanunların yürürlükte olduğu iki örnek ülke; Almanya ve Avusturya “Ön ödemeli Nafaka Kanunları” incelenmektedir. Söz konusu kanunların amacı; nafaka yükümlüsünden, nafaka alamayan çocukların nafaka alacaklarını teminat altına almak ve çocuklarını tek başına yetiştiren ebeveynleri finansal açıdan desteklemektir. Ancak, devlet tarafından yapılan bu ön ödemeler, nafaka yükümlüsünün borcunu sona erdirmemekte, çocuğun nafaka talebi yasa gereği devlete devredilmektedir. Böylece, devlet tarafından ödenen nafaka, nafaka yükümlüsüne rücu edilerek refinance edilmektedir. Bu çerçevede, ülkemizde de yasal olarak, AB ilkelerine paralel bir şekilde, Devlet tarafından çocuğun temel gereksinimlerinin karşılanması amacıyla, özellikle çocuğa ödenmesi gereken nafakanın, en azından çocuğun zorunlu okul dönemi bitene kadar sürdürülmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Anahtar kelimeler: İştirak Nafakası, İştirak Nafakasının Ödenmemesi, Ödenmeyen İştirak Nafakasının Devlet tarafından ön ödemeli/avans olarak Ödenmesi, Alman ve Avusturya Ön Ödemeli Nafaka Kanunları, AB ilkeleri

Abstract

Today, legal provisions took place in the majority of the EU Member States'

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

legislation, concerning the child maintenance which could not be collected from the maintenance debtor, stating that such maintenance will be paid by the Government for a limited time (at least until to the end of child's obligatory school time). In this context, besides the principles of EU, two model countries, Germany and Austria, who already have existing Acts with detailed provisions regarding the issue, "Advance Payment of the Maintenance Acts" are examined. The aim of the these Acts is to guarantee the maintenance credits for children who could not get their child maintenance from their maintenance debtor and to support the parent financially who raises the child solely on his/her own. However, these advance payments by the State do not end the debts of the maintenance debtor, and the child's maintenance claim is legally assigned to the Government. Thus, the maintenance paid by the Government is refinanced by referring to the maintenance debtor. Within this framework we believe that, parallel to the EU principles, the advance maintenance payments which must be paid especially to the child by the Government in order to cover the basic needs of the child, must be continued at least until to the end of child's obligatory school time, legally in our country as well.

Keywords: Child Maintenance, Non-payment of the Child Maintenance, Advance Payments of the Unpaid Child Maintenance by the State, German and Austria "Advance Payment of the Maintenance Acts", Principles of EU

GİRİŞ

Mahkemelerin hükmetmiş oldukları nafakaya ilişkin kararların icraya konularak, nafaka borçlusunu olan eş ve ebeveyninden tahsili her zaman sağlanamamaktadır. Nafakanın tahsil edilememesi çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir: Örneğin, nafaka yükümlüsü olan eşin üzerine kayıtlı herhangi bir malvarlığı ya da geliri bulunmayabilir veya nerede olduğu tespit edilemediğinden-yurt dışında olup da, resmi bir adresinin bulunamaması, kayıp olması gibi- hakkında icra takibi yapılamamaktadır. Böyle durumlarda, özellikle boşanan kadın (anne) ve çocukları, anne çalışmayacak durumdaysa, herhangi bir malvarlığı ve geliri de bulunmuyorsa, ailesinin yanına da sığınamıyorsa, ekonomik olarak mağdur olmaktadır.

İşte bu sosyal gerçekler nedeniyle, bugün birçok Avrupa Birliği ülkesinde uygulandığı gibi, boşanma sonrası tahsil edilemeyen nafaka alacaklarının Devlet tarafından belirli bir süre ödenmesi gerekliliği bir sosyal devlet olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de bir yükümlülüğüdür.

Bu sonuç, öncelikle dayanağını;

1. AY m. 2'de öngörülen "sosyal devlet" ilkesinde,
2. "devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri"nin düzenlendiği AY m.5'de,
3. "pozitif ayrımcılık, yani "fıli eşitlik" ilkesinin yaşama geçirilmesini sağla-

mak üzere devletin ek koruma önlemleri alma yükümlülüğü”nün hüküm altına alındığı AY m. 10’da ve

4. “ailenin ve çocukların korunması”nı düzenleyen AY m. 41’de bulmaktadır.

§1. Avrupa Birliği R (82) nolu “Çocuk bakımı için Devlet tarafından yapılacak ödemeler hakkında” TAVSİYE KARARI

I. Genel Olarak

Bu konuya ilişkin olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 04 Şubat 1982 tarihinde R (82) nolu “Çocuk bakımı için Devlet tarafından yapılacak ödemeler hakkında” TAVSİYE KARARI kabul edilmiştir.

Bu TAVSİYE KARARI’nda Bakanlar Komitesi özetle;

Çok sayıda çocuğun ebeveynlerinden sadece biri tarafından bakılmakta olduğu ve çoğunlukla nafaka yükümlüsünün çocuklarla birlikte yaşamadığını ve bakım yükümlülüğünü yerine getirmediğini dikkate alarak;

Çocuklara uygun nitelikte bir bakım sağlamanın öncelikle ebeveynlere düşen bir sorumluluk olduğunu; ancak, onların bu sorumluluğu yerine getirmemesi halinde Devletin önceden avans olarak ödeme yapmak veya başka herhangi bir yöntemle başvurma yoluyla müdahalede bulunması gerektiğini gözönünde bulundurarak;

Üye Devlet hükümetlerine Bu Tavsiye Kararı Ekinde yer alan ilkeleri kendilerine rehber kılarak, nafaka borçlusunun yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde çocukların bakımı için önceden ödeme yapılmasına dair bir sistemi kabul etmeleri veya bu amaca hizmet eden bir sistem mevcut ise gerekli olması durumunda, mevcut sistemi anılan ilkelere uyumlu hale getirmeleri tavsiyelerinde bulunmuştur.

II. Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen No. R (82) 2 sayılı Tavsiye Kararının Ek’inde 6 temel ilkeye yer verilmiştir: Bu ilkeler incelendiğinde;

1. **İlke uyarınca:** Bakım nafakası ödeme yasal yükümlülüğü altında bulunan kişinin, icra takibi sonucunda bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, çocuk bakımı için ön/peşin ödemelerin yapılması Devletin oluşturacağı bir sistem çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Bu sistem, mutlak ikamet yeri o Devletin ülkesi olan ve bakım nafakası ödeme yükümlülüğü altında bulunmayan bir kişi ile birlikte yaşayan çocuklara uygulanacaktır.

2. **İlkeye göre:** Bu ödemelerin çocuğun kaç yaşına gelene kadar yapılacağı her devlet tarafından belirlenecektir. Ancak, her halükarda, bu ön/peşin ödemeler, çocuğun zorunlu okul dönemi sona erene dek yapılacaktır.

3. **İlke uyarınca:** Çocuğun ya da onun birlikte yaşamakta olduğu annesinin veya babasının çocuğun ihtiyaçlarını karşılayacak yeterli mali olanakları varsa, ön/peşin ödeme yapılması talebi reddedilebilir.

4. **İlke** “Her devlet tarafından saptanacak ölçütler çerçevesinde, yapılacak bu ön ödemelerin belli bir miktar ile sınırlandırılabilceğini düzenlemektedir.

5. **İlke:** Devlet tarafından yapılan ön ödemeler, borçluyu Devletin yaptığı bu ödemeler toplamı tutarında Devlete karşı yükümlülüklerinden veya Devletin yaptığı ödeme ile borçlunun ödemekle yükümlü bulunduğu miktar arasında herhangi bir farklılık mevcutsa, bu oranda çocuğa karşı olan yükümlülüklerinden kurtarmayacaktır.

Başka bir ifadeyle, devlet tarafından ön ödemede bulunulmuş olması, borçluyu devlete ve çocuğa karşı olan yükümlülüklerinden kurtarmayacaktır.

6. **Son ilkeye** göre ise; kamusal makamlar, yapılan ön ödemeleri borçludan tahsil etme (borçluya tazmin ettirme) yoluna gidebilirler. Kamusal makamlar ayrıca, kendilerine yetki verildiği takdirde bakım ödemesini yapan birim (yani, kredi veren) namına, icra takibi sonucunda ödenmesi yasal bir yükümlülük haline gelen meblağın tamamını tahsil etme yoluna da başvurabilirler. Ancak, mükerrer ödemeler dışında ön ödemelerin tamamının veya bir kısmının borçludan tahsil edilememesi, bu ödemelerin çocuktan tahsil edilmesi hakkını vermeyecektir.

Bu ilkeler doğrultusunda, bugün başta Almanya, Avusturya, İsveç, Finlandiya olmak üzere Fransa, Belçika, Lüksemburg, Portekiz, Polonya, Letonya, Slovenya, Estonya, Litvanya, Slovakya, Macaristan, İtalya, Danimarka, Çek Cumhuriyeti, İngiltere gibi bir çok AB ülkesinde ön ödemeli nafakaya imkan tanıyan- yasal düzenlemeler yürürlüktedir¹. Bu ülkelerin büyük bir kısmı sadece ergin olmayanlara, yani küçüklere bu imkanı tanımaktadır².

Velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn tarafından nafakanın ödenmemesi halinde Avusturya, Estonya, Almanya, Macaristan, İtalya ve İsveç'te çocuk desteği doğ-

¹ Bkz. GRUBE Christian, Unterhaltsvorschussgesetz, Kommentar, München, 2009, 8; BEAUMONT Karolina/ MASON Peter, “Child Maintenance Systems in EU Member States from a gender perspective” In-Depth Analysis, Directorate General For Internal Policies, Policy Department C, Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Gender Equality, 2014; [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/474407/IPOL-FEMM_NT\(2014\)474407_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/474407/IPOL-FEMM_NT(2014)474407_EN.pdf). Erişim tarihi: 01.11.2015. Ayrıca bkz. “REGULATION (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:en:PDF> erişim tarihi: 01.11.2015.

² SKINNER C./DAVIDSON J. , “Recent trends in child maintenance schemes in 14 countries”; http://www.york.ac.uk/search/?collection=york-uni-web&query=child%20maintenance&start_rank=1&client=yorkweb&site=spru-main. Erişim tarihi: 01.11.2015.

rudan devlet tarafından temin edilmektedir. Sözkonusu çocuk desteği, Fransa (CAF), Slovakya ve Belçika'da (SECA veya DEVO), devlet tarafından dolaylı bir biçimde yönetilen özel kuruluşlar tarafından, Çek Cumhuriyeti, Danimarka ve Finlandiya'da yerel makamlar tarafından, Polonya, Portekiz, Litvanya, Latviya ve Lüksemburg'ta özel fonlar tarafından, Hollanda ve İngiltere'de ise özel birimler tarafından sağlanmaktadır. Ayrıca, Fransa gibi bazı ülkelerde, özel sigorta şirketleri çocuğun nafakasının ödenmemesi halinde çocuk desteğini karşılayabilmektedir. Bu çerçevede; velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn, hizmet sağlayıcısına sabit bir meblağ ödeyerek tahhütte bulunmakta ve çocuğa nafakayı ödememesi halinde, tüm hukuki yolların tükenmesinin ardından, ödenmeyen bu nafaka miktarı, sigorta şirketi tarafından karşılanmaktadır³.

Fransa'da Sosyal Güvenlik Kanunu'na 27/12/1984'de Resmi Gazete'de yayımlanarak getirilen bir değişiklik ile madde L581-2 uyarınca⁴; "Ebeveynlerden birinin icrai hale gelmiş bir mahkeme kararı ile belirlenmiş olan çocuklara ilişkin nafaka borcunu ödemekten tamamen kaçınması durumunda, aile desteği ödeneği (allocation de soutien familial) avans olarak ödenir.

Ebeveynlerden birinin icrai hale gelmiş bir mahkeme kararı ile belirlenmiş olan çocuklara ilişkin nafaka borcunu ödemekten kısmen kaçınması durumunda, fark ödeneği (allocation différentielle) avans olarak ödenir. Bu fark ödeneği, borçlu tarafından ifa edilmiş olan kısmi ödemeyi tamamlar. Toplam ödeme, aile desteği ödeneğini aşamaz".

Ailevi edimlere ilişkin borçlu kurum, alacaklının haklarına, aile desteği ödeneği tutarı veya nafaka borcu aile desteği ödeneğinden daha azsa nafaka borcu tutarı oranında halef olur. Nafaka borcu tutarı oranında halef olunması durumunda, aile desteği ödeneği ilişkin fazla tutar, alacaklı tarafından kazanılmış olmaya devam eder."

Ş2. ALMAN ÖN ÖDEMELİ NAFKA (NAFAKA AVANSI) KANUNU

I. Genel Olarak

Konuya ilişkin detaylı hükümler içeren özel kanunların yürürlükte olduğu iki örnek ülke; Almanya ve Avusturya üzerinden, konuyu ele alırsak; sistematik olarak birbirine benzeyen bu iki kanunda da devletin ödemekle yükümlü olduğu ön ödeme- li nafakayı talep yetkisi sadece çocuklara tanınmıştır.

³ BEAUMONT Karolina/ MASON Peter, "Child Maintenance Systems in EU Member States from a gender perspective" In-Depth Analysis, Directorate General For Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs Gender Equality, 2014; [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/474407/IPOL-EMM_NT\(2014\)474407_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/474407/IPOL-EMM_NT(2014)474407_EN.pdf). Erişim tarihi: 01.11.2015.

⁴ <http://www.caf.fr/ma-caf/caf-du-lot/offre-de-service/solidarite-et-insertion/vous-elevez-seule-votre-enfant-vous-etes-confrontee-a-une-separation-un-divorce-un-veuvage-ou-au-deces-d-un-enfant>. Erişim tarihi: 01.11.2015.

Almanya'da 1.1.1980 tarihinde yürürlüğe giren ve en son 16.07.2015 tarihinde değişikliğe uğrayan “Ön Ödemeli Nafakaya İlişkin Kanun” (Nafaka Avansı yoluyla tek başına çocuk yetiştiren anne ve babaların çocuklarının nafakalarını teminat altına almak için Kanun) temel olarak çocukların hangi şartlar altında “ek bir sosyal yardım”⁵ olan ön ödemeli nafakaya hak kazanabileceklerini düzenlemektedir. Anılan kanunun amacı; çocuğun yanında yaşamadığı ebeveynin nafaka ödeme yükümlülüğünü kısmen veya tamamen yerine getirmemesi veya ölmesi halinde, çocuğu tek başına yetiştiren anne veya babanın desteklenmesi, karşılaştığı sorunların giderilmesidir. Bu doğrultuda, kanun oniki yaşını henüz tamamlamayan ve yanında yaşamadığı ebeveyninden hiç veya düzenli olarak nafaka alamayan çocukların nafaka alacaklarını teminat altına almayı hedeflemektedir⁶.

30 yılı aşkın bir geçmişi olan kanun bu süreçte birçok kez değişikliğe uğramış olsa da kanunun temel yapısına dokunulmamıştır. Anılan kanunun amacı; çocuklarını tek başına yetiştiren ebeveynleri bu kanunda öngörülen nafaka ödemesi ile finansal açıdan belirli bir ölçüde rahatlatmaya çalışmaktır. Zira, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynlerden biri genellikle çocuğu daha ağır şartlar altında yetiştirmek ve büyütme zorunda kalmaktadır. Bu durum, çocuğun yanında yaşamadığı anne veya babasından asgari iştirak nafakasını elde edemediği durumlarda daha da zorlaşmaktadır. İşte bu ek yükün, anılan kanunda düzenlenen nafaka ödemesi yoluyla düzeltilmesi gerekmektedir. Söz konusu ödeme, bir sosyal ödeme olarak tanımlanmaktadır⁷.

Çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynlerden birinin finansal durumunu iyileştirme amacını güden Kanunun hazırlık aşamasında, ilgili Avrupa ülkelerindeki düzenlemeler ve öncelikle 1.11.1976 tarihinden itibaren “Ön Ödemeli Nafaka Kanunu” nun yürürlükte olduğu Avusturya örnek olarak dikkate alınmıştır. Bu aşamada, ödemeler nafaka isteme hakkına sahip olan kişinin yoksulluk içinde olmasına bağlanmamış, nafaka ilamının alınmış olması bir koşul olarak aranmamış ve nafaka yükümlüsü olan diğer akrabalar, örneğin büyük anne ve büyükbabalar da dikkate alınmamıştır⁸.

⁵ Bkz. SCHOLZ Harald/ KLEFFMANN Norbert/MOTZER Stefan, Praxishandbuch Familienrecht, München 2013, Rn 224, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL Philipp/STAUDIGL Siegfried, Der Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, München, 2011 Rn. 262-269; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHNITZLER Günther, Familienrecht, München 2010, Rn. 145-147; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁶ Bkz. SCHNITZLER Günther, Rn. 145; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; HEISS Beate/ BORN WINFRIED, Unterhaltsrecht, München, Rn. 14, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁷ GRUBE 8; SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 224, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL/STAUDIGL, Rn. 262-269; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁸ GRUBE, 8.

III. Ön Ödemeli Nafaka Talebine İlişkin Şartlar

Anılan kanun §1’de, ön ödemeli nafakayı talep edebilmek için gerekli olan temel koşullar ve ön ödemenin unsurları düzenlenmektedir⁹.

Bu düzenleme uyarınca, ön ödemeli nafaka talep etme hakkına sahip olan;

- 1. Çocuğun 12 yaşını doldurmamış olması,**
- 2. Çocuğun, bu kanunun uygulama alanı içinde bekar, dul veya boşanmış olan veya eşinden veya hayat arkadaşından sürekli olarak ayrı yaşayan anne veya babasından biri ile birlikte yaşaması,**
- 3. Çocuğun birlikte yaşadığı ebeveynin eşinin veya hayat arkadaşının hastalık, engelli olma sebebiyle veya mahkeme kararı uyarınca en az altı ay bir kuruma(ör. Hapishane) yerleştirilmesi,**
- 4. Çocuğun nafaka yükümlüsü olan ebeveyninden nafakasını hiç veya düzenli olarak elde edememiş olması veya kanunda öngörülen asgari nafaka miktarının altında bir meblağ elde etmiş olması veya nafaka yükümlüsü ebeveynin veya üvey anne veya babasının ölmüş olması gerekmektedir.**

Nafaka ödemesi, kanunda belirtilen düzenlemeye uygun olarak iki farklı işleve sahiptir: Öncelikle, bu ödeme, nafaka ödeme yükümlüsü olan diğer ebeveyn açısından bir ön ödeme/avans işlevini görmektedir, zira bu ön ödeme sözkonusu ebeveyn tarafından geri ödenmek zorundadır. Ön ödeme aynı zamanda, ödeme gücüne sahip olan nafaka yükümlüsünün mevcut olmaması halinde “yetersizlik ödemesi” rolünü oynamaktadır¹⁰.

Ön ödemeli nafakayı talep yetkisi, çocuğun yanında yaşadığı anne veya babasına değil, doğrudan doğruya çocuğa tanınmıştır. Başka bir ifadeyle, her ne kadar kanunun yöneldiği amaç tek başına çocuğu yetiştiren ebeveynlerden birinin içinde bulunduğu sıkıntılı durumla ilişkili olsa da, nafaka ödemesini talep yetkisi çocuğa tanınmıştır¹¹.

Ön ödemenin talep edilebilmesi, çocuğun veya onu tek başına yetiştiren ebevey-

⁹ GRUBE, 31; krş. WELLENHOFER Marina, Familienrecht 2.Auflage, 2011, § 35 Unterhalt unter Verwandten, insbesondere Kindesunterhalt, Rn 31.

¹⁰ Bkz. SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 224, München 2013, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; GRUBE 10.

Tek başına çocuğu yetiştiren ebeveynen biri dul ise, ön ödemenin bu işlevlerin dışındaki üçüncü işlevi devreye girmektedir; zira ön ödeme bu olasılıkta yetim gelirinin yerine geçmektedir. GRUBE, 10.

¹¹ Bkz. GRUBE, 9; HEISS Beate/ BORN WINFRIED, Rn. 14, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 224, beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHNITZLER Günther, Rn. 14; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

nin mali açıdan yoksulluk içinde olmasına bağlı değildir. Başka bir ifadeyle, çocuk veya onu tek başına yetiştiren ebeveyn yoksulluk içinde olmasa dahi ön ödeme talep edilebilir¹².

Her ne kadar, kanunda öngörülen ödeme, kamu hukukuna özgü bir ön ödeme olsa da, aslında sözkonusu ödeme çocuğun özel hukuk kökenli nafaka talebine bağlıdır. Bu bağlantı kendisini, ön ödemenin kapsamının özel hukukta öngörülen asgari nafaka miktarına göre belirlenmesi noktasında göstermektedir¹³. Buna karşılık, belirtilen kanuna göre nafaka ön ödeneğini talep hakkı, nafaka hukukundan bağımsız olarak varlığını korur. Bu bağlamda eğer diğer ebeveynin nafakayı ödeme gücü olmadığı için kendisine karşı özel hukuktan kaynaklanan talep ileri sürülmesi dahi nafaka ön ödeneği talep edilebilir¹⁴.

1. “Çocuğu Tek Başına Yetiştiren Ebeveyn” Kavramı

Ön ödemeli nafaka talebi için belirleyici olan kriter, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynlerden birinin kişisel hal durumudur. Zira, çocuğu tek başına yetiştiren anne veya babanın bekar, dul veya boşanmış olması veya eşiyile veya hayat ortağı ile sürekli olarak ayrı yaşamakta olması gerekmektedir. Buna karşılık, “tek başına yetiştirme” kavramı ve özelliği, çocukla ilgilenen ebeveynlerden birinin diğer ebeveynin dışındaki bir kişiyle evlenmesi (üvey anne veya baba) veya tescil edilmiş bir hayat ortaklığı yaşaması halinde sözkonusu olmamakta, devre dışı kalmaktadır. Bu durumda, talebin reddedilmesinin temelinde yatan gerekçe; ilgili ebeveynin diğer eşten veya hayat arkadaşından belirli bir ölçüde destek görmesidir. Her ne kadar belirtilen kişinin çocuğa karşı bir nafaka yükümlülüğü olmasa ve bu şartlar altında çocuğun bakımına katılmayarak çocuğun mali durumunu iyileştirmese dahi, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin esas olarak mali durumunu düzeltmektedir¹⁵.

Çocuk, sadece kendisini tek başına yetiştiren ebeveynin yanında yaşmalıdır. Bu ebeveyn de, kanunda öngörülen nitelikteki kişisel durum içinde bulunmalı; yani “bekar”, “dul” veya “boşanmış” veya “sürekli olarak ayrı yaşamakta” olmalıdır. Bu noktada, kanunun, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin içinde bulunduğu zor durumu yumuşatma amacı gündeme gelmektedir. Ancak, kanunda belirtilen bu koşulların yine birinci paragrafın üçüncü fıkrasındaki düzenleme ile tamamlanması gerekmektedir. Bu hükme göre, çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn sözkonusu koşulları taşısa bile eğer diğer ebeveyn ile birlikte yaşarsa, ön ödemeli nafaka hakkı

¹² Bkz. GRUBE, 16, 32.

¹³ GRUBER, 31.

¹⁴ GRUBE, 32.

¹⁵ GRUBE, 9; SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 225, beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

doğmayacaktır. Birlikte yaşadığı diğer ebeveynin kişisel durumu da önemli değildir. Hatta ebeveynler birbirleriyle evli olmasalar, boşanmış veya dul olsalar dahi, ön ödemeli nafaka talebi reddedilecektir¹⁶. Dolayısıyla, kanunda belirtilen “bekar”, “dul”, “boşanmış” veya “sürekli olarak ayrı yaşamakta olan” kavramlarının içeriği ve anlamı önem arz etmektedir. Bekar kavramı ile kastedilen kişinin evli olmaması veya tescil/kayıt edilmiş hayat ortaklığı içinde yaşamamış olmasıdır. Dolayısıyla, çocuğu tek başını yetiştiren ebeveynin evli olup olmadığı veya tescil edilmiş bir hayat ortaklığının mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir. “Dul” kavramı, kişinin eşinin ölmüş olmasını ve sağ kalan eşin, nafaka talebinin reddini gerektirecek yeni bir kişisel durum içinde bulunmamış olmasını ifade etmektedir. Boşanmış olmanın yanısıra evliliğin bitmesine karar verilmiş olması da aynı sonuca yol açmaktadır¹⁷.

Anılan kanunun §1/1’in 3. fıkrası ile tamamlanması sistematik olarak gereksiz bir karmaşıklığa yol açmıştır. Her iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, her türlü olasılığı kapsayan dört ihtimal, yapı sözkonusu olabilecektir:

-Her iki ebeveynin birlikte yaşaması - Kişisel durumları dikkate alınmaz – Talep reddedilir.

-Evli (üvey anne veya baba) / Hayat ortaklığı (Lebenspartnerschaft) – Hayat arkadaşının diğer ebeveyn olup olmaması önemli değildir –Talep reddedilir.

-Evli/Hayat ortaklığı – Ancak sürekli olarak ayrı yaşamakta iseler - Talep kabul edilir.

-Evlilik benzeri şekilde birlikte yaşamak – Talep kabul edilir¹⁸.

Bu yapılandırmalar açısından bazı noktaların üzerinde durulması gerekmektedir:

1. Ebeveynler evlilik benzeri şekilde birlikte yaşaması halinde nafaka talebi reddedilirken, ebeveyn dışındaki diğer evlilik benzeri birlikte yaşama halinde aynı sonucun ortaya çıkmaması yani talebin kabul edilmesi aslında isabetlidir; zira ebeveynler çocukları için diğer eş benzeri kişilere göre çok daha büyük bir sorumluluk taşımaktadırlar.

2. Diğer eş(üvey anne veya baba) veya hayat arkadaşı ile birlikte yaşamak da –diğer eş veya hayat arkadaşı her ne kadar ebeveyn olmaması dolayısıyla nafaka yükümlüsü olmasa dahi- nafaka talebinin reddi sonucuna yol açmaktadır. Aslında bu düzenleme de evlilik benzeri birlikte yaşama hali karşısında yerinde bir düzenlemedir. Zira, diğer eş veya hayat arkadaşı çocuğa nafaka ödemekle yükümlü olan ebeveyn

¹⁶ GRUBE, 38.

¹⁷ Bkz. GRUBE, 40-43; SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

¹⁸ GRUBE, 39. Ayrıca bkz. WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

olmasa dahi, çocuğu tek başına yetiştiren ve çocuğa karşı nafaka yükümlüsü olan ebeveynin herşeyden önce mali durumunu fiili olarak iyileştirmektedir¹⁹.

2. Sürekli Olarak Ayrı Yaşama

“Sürekli olarak ayrı yaşama” kavramı BGB §1567’de belirtilen anlamda tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle sürekli ayrı yaşama halinin kabul edilmesi için BGB §1567’de öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, eşlerin veya hayat arkadaşlarının arasında ortak hayatın ortadan kalkması ve eşlerden veya hayat arkadaşlarından birinin ortak hayatı kurmak istemeyi reddetmesi halinde “sürekli olarak ayrı yaşama” durumu sözkonusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, “sürekli olarak ayrı yaşama” kavramı 3 unsurdan oluşmaktadır²⁰:

1. Ortak hayat somut olayın şartları çerçevesinde kurulamamış olmalı,
2. Ayrılma niyeti mevcut olmalı, (Mesleki amaçlı ayrılıklar, uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar veya rehin alınma hali veya askerlik hizmetinin görülmesi sürekli olarak ayrı yaşama hali içinde değerlendirilmemektedir.)
3. Eşlerden veya hayat ortaklarından birinin ortak hayatı kurmayı reddetmesi gerekmektedir. (Sübjektif unsur)

Bu üç unsurun kümülatif olarak bulunması gerekmektedir.

3. Hastalık, Engelli Olma Sebebiyle veya Mahkeme Kararı Uyarınca En Az Altı Ay bir Kuruma Yerleştirilme

Eşlerden veya hayat arkadaşlarından birinin hastalık, engelli olmaya veya mahkeme kararı uyarınca en az aylık olası bir süre için bir kuruma yerleştirilmesi halinde de hareket noktası kanunun “sürekli olarak ayrı yaşama” hali açısından öngördüğü amaçtır. Zira, belirtilen süre boyunca ayrı kalınması halinde de durum çocuğu tek başına yetiştirme hali ile kıyaslanabilecek ölçüde zordur. Kuruma yerleştirilen kişi, diğer ebeveyne veya hayat arkadaşına ayrı kaldıkları süre boyunca pek destek olamamaktadır²¹.

Hastalık, tıbbi tedaviyi gerektiren fiziksel veya ruhsal bir hastalık olabilir. Bu durum, aynı zamanda kişinin çalışma gücünü kaybetmesine de yol açabilir, ancak çalışma gücü kaybı olmadan da hastalık hali, kanunda öngörülen diğer şartların gerçekleşmesi halinde ön ödemeli nafaka talebi için yeterlidir²².

¹⁹ GRUBE, 39-40.

²⁰ Bkz. GRUBE, 41-42; SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 225, beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL/STAUDIGL, Rn. 263; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHNITZLER Günther, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

²¹ GRUBE, 43; WENDL/STAUDIGL, Rn. 263, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

²² GRUBE, 44.

Mahkeme kararı ile kuruma yerleştirilme hali genellikle ceza hukuku çerçevesinde verilen hürriyeti bağlayıcı ceza, tutukluluk hali açısından sözkonusu olmaktadır. Bunun dışında psikolojik rahatsızlığı olan kişilerin de mahkeme kararıyla kuruma yerleştirilmesi hali bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak belirtilmelidir ki, belirtilen bu durumlar sebebiyle nafaka talep edilebilmesi için bir kuruma yerleştirme halinin en az altı ay olarak öngörülmüş olması gerekmektedir²³.

4.Çocuğun Kendisini Tek Başına Yetiştiren Ebeveynin Yanında Yaşaması

Çocuğun nafaka hakkında sahip olabilmesi için, kanunda öngörülen şartları taşıyan ve “tek başına yetiştiren” niteliğini taşıyan ebeveynin yanında yaşamış olması gerekmektedir. Çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn, annesi veya yasa gereği babası olmalıdır. Çocuğun biyolojik babasının, babalığının tespit edilmesine kadar, bu noktada herhangi bir rolü yoktur. Hatta çocuk, annesiyle biyolojik babasının birlikte yaşadığı bir evde yaşasa bile ebeveynlerinden birinin yanında yaşıyor sayılmaktadır²⁴.

Çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn tarafından, çocuğun yaşamsal temel ihtiyaçlarının karşılanması, çocuğun bu ebeveyn tarafından özenle bakılması, ilgilenilmesi ve korunması gerekmektedir. Çocuk ve ebeveyn arasındaki kısa süreli ayrılıklar önem arz etmez. Çocuğun kreşe gitmesi veya çocukla gündüz bir bakıcının ilgilenmesi de çocuğun ebeveynin yanında yaşadığı sonucunu etkilemeyecektir. Ancak çocuk yatılı bir okulda kalıyorsa, bu durumda çocuğun hafta sonu ve tatillerde eve gidip gitmediği belirleyici olmaktadır²⁵.

Çocuğun yanında yaşadığı ebeveynin fiil ehliyetine sahip olup olmaması veya velayet hakkına sahip olup olmaması önemli değildir. Bu noktada belirleyici olan çocuğun yaşamsal ihtiyaçlarının hangi ebeveyn tarafından karşılandığıdır²⁶.

Bu çerçevede, çocuk dönüşümlü bir şekilde, yaklaşık olarak eşit sürelerle her iki

²³ GRUBE, 44.

²⁴ GRUBE, 46. Aksi görüş için bkz. SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; “Buna karşılık, çocuğun, örneğin yasal olarak aralarında soybağı kurulmasa dahi, biyolojik babasıyla birlikte yaşamaya halinde kanunda öngörülen “ebeveynle birlikte yaşama” şartı gerçekleşmiş sayılmaktadır” (VG Freiburg, FamRZ 2009, 258, 259).

Annenin çocuğun babasının kimliği ve adresi hakkında yetkili makamlara bilgi vermekten kaçınması çocuğun aleyhine bir sonuca yol açacaktır. Annenin bu bilgiyi vermekten kaçınmasının, ön ödemeli nafaka talebi üzerinde olumsuz bir etkiye yol açmaması, ancak istisnai olarak, annenin özel hayatının korunması noktasındaki menfaatlerinin, çocuğun babasını tanımaya ilişkin menfaatine göre önceliğinin olması halinde sözkonusu olabilecektir. Bu durum, menfaatlerin tartılmasına ilişkin bir husustur. Ancak, çocuğun babasının, çocuğun nesebini reddetmesi halinde, annenin çocuğun yasal babası hakkında bilgi verme yükümlülüğü altında olmadığı kabul edilmektedir. SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

²⁵ GRUBE, 46.

²⁶ SCHNITZLER, Rn. 482, , www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

ebeveynle de birlikte yaşıyorsa veya çocuk büyükanne ve büyükbabaları gibi üçüncü kişiler tarafından bakılıyor ve ebeveynleri çocuğu sadece ziyaret ediyorsa veya boşanma esnasında ebeveynlerin, ebeveynlerden her birinin çocuğun velayet hakkına sahip olacağı(ortak velayet) ve çocuğun bakımını tamamen karşılayacağı konusunda anlaşmaya varmışlarsa, ön ödemeli nafaka talebi de reddedilecektir²⁷. Ortak velayet halinde, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin müşkül durumunu düzeltme amacını taşıyan kanunun amacına bağlı kalınarak, diğer ebeveynin çocuğun bakımına birlikte katılması neticesinde hala “çocuğu tek başına yetiştiren ve yükünü çeken ebeveyn” tablosunun ortaya çıkıp çıkmadığı konusu sorgulanmalıdır. Zira, “tek başına yetiştiren ebeveyn” kavramı, diğer ebeveynin çocuğun bakımına ve yetiştirilmesine hiçbir şekilde katılmaması gerektiği anlamına gelmemektedir²⁸.

Ebeveynin aynı çatı altında annesi, kardeşi veya arkadaşları gibi diğer kişilerle beraber yaşaması, onun “tek başına çocuğu yetiştiren” ebeveyn olma durumunu değiştirmeyecektir. Aynı şekilde kadının bir kadın veya çocuk evinde kalması halinde de kişisel durumu değişmeyecektir²⁹.

5. Diğer Ebeveyn ile Birlikte Yaşamama

“Ebeveynlerin birlikte yaşamaması” şartı, kanunda öngörülen nafaka talebine ilişkin şartlar arasında olumsuz bir unsur olarak yer almaktadır³⁰. Ebeveynlerin birlikte yaşaması halinde nafaka talebinin reddedilmesi kuralı sistematik olarak §1/1’de öngörülen temel unsura dahildir. Zira, çocuğun her iki ebeveyn ile birlikte yaşaması, kanunun aradığı bir koşul olan çocuğun tek bir ebeveynin yanında yaşaması koşulunu gerçekleştirilmemektedir. Bu düzenleme, ebeveynlerin evli olmamasına rağmen birlikte yaşamaları durumunu işaret etmektedir. Ebeveynlerin evlilik benzeri şekilde birlikte yaşamaları halinde nafaka talebi –ebeveyn dışındaki bir kişiyle evlilik benzeri birlikte yaşama halinden farklı olarak – engellenmektedir. Aslında bu farklı uygulama yerinde bir düzenlemedir; çünkü ebeveynler çocukları için diğer eş benzeri kişilere göre çok daha büyük bir sorumluluk taşımaktadırlar. Ebeveynlerin birlikte yaşadıklarının kabul edilmesi için, ebeveynlerin ortak hayatı sürdürdükleri evde birlikte yaşamış olmaları gerekmektedir. Bu durumun mevcut olup olmadığı prensip olarak tıpkı evli kişiler gibi değerlendirilecektir. Ancak bu durumda bile, ebeveynler açısından da, tıpkı evli eşler gibi belirli bir süre hastalık, engelli olma veya mahkeme kararı sebebiyle bir kuruma yerleştirilme hali açısından öngörülen nafaka talebi düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır³¹.

²⁷ SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015. Krş. GRUBE, 46-47.

²⁸ GRUBE, 46.

²⁹ GRUBE, 48.

³⁰ GRUBE, 59.

³¹ GRUBE, 48.WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

6. İştirak Nafkasının Diğer Ebeveyn Tarafından Ödenmemesi veya Ödemenin Gecikmesi

Ön ödemeli nafaka veya nafaka avansının kilit noktası diğer ebeveyn tarafından iştirak nafakasının ödenmemesi veya ödemesinin geciktirilmesidir. Aynı zamanda, bu noktada ön ödemeli nafakanın, diğer ebeveyn tarafından ödenmesi gereken iştirak nafakası karşısında ikincil bir özelliğe sahip olduğu, ikinde derecede yer aldığı çok net bir şekilde anlaşılmaktadır. Ancak, kanunda öngörülen bu olumsuz unsurlar, fiilen belirli sorunları da beraberinde getirmektedir, çünkü ödemenin yapılmadığını açıklamak ve ispat etmek çok zor olabilmektedir. Kanunda öngörülen düzenleme farklı olasılıklardan yola çıkmıştır. Ancak, ödemenin yapılmadığının kabul edilebilmesi için kanunda düzenlendiği şekilde zorunlu unsurların gerçekleşmesi gerekecektir: Dolayısıyla çocuğun diğer ebeveyninden,

-hiç iştirak nafakası almaması veya,

-düzenli olarak iştirak nafakası almaması veya,

-iştirak nafakası almasına rağmen bu miktarın §2'de öngörülen asgari miktar düzeyinde olmaması gerekmektedir³².

Çocuğun hiç nafaka almaması halinde durum son derece açık olmasına rağmen, düzenli olarak nafaka almaması, -düzenli olarak yapılmayan ödemenin asgari nafaka miktarına ulaşip ulaşmadığı veya bu rakamın altında kalıp kalmadığına bakılmaksızın- belirli şartlar altında uygulamayı zorlaştırmaktadır. Çocuğun nafaka almasına rağmen, aldığı miktarın asgari nafaka miktarını yakalayamaması halinde, kanunun asgari nafaka miktarını sağlama, garanti etme işlevi devreye girmektedir³³.

Bu düzenleme, §2/3, Nr.1'deki düzenleme ile sıkı bir ilişki içindedir. Zira, çocuğun iştirak nafakasını elde ettiği aylara ilişkin ön ödemeli nafaka talebi ya tamamen düşmekte veya indirilmektedir. Aslında bu sonuç, ön ödemeli nafakanın iştirak nafakası karşısındaki ikincil karaktere sahip olmasının bir uzantısıdır. Eğer çifte ödeme yapılmışsa –hem iştirak nafakası, hem de ön ödemeli nafaka elde edilmişse-§5/2'ye göre, nafaka talebinde bulunan kişinin bu meblağı geri ödemesi gerekmektedir³⁴.

7. Nafaka Talebinin Kabul Edilmediği Durumlar

Yukarıda da yer yer değinildiği üzere nafaka talebinin kabul edilmediği durumların başında ebeveynlerin birlikte yaşaması gelmektedir. Bunun sebebi, ebeveynlerin birlikte yaşaması halinde, kanunun asıl amacı olan tek başına çocuğu tek başına ye-

³² GRUBE, 49.

³³ GRUBE 49-50.

³⁴ GRUBE, 50.

tiştiren ebeveynin taşıdığı ağır yükün hafifletilmesine gerek duyulmamasıdır. Aslında bu düzenleme 1. Fıkrafta öngörülen nafaka talebine ilişkin şartlar arasında olumsuz bir unsur olarak yer almaktadır: Ebeveynlerin birlikte yaşamaması³⁵.

§1/3'de düzenlenen ve nafaka talebine doğumuna engel olan bir diğer sebep ise, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin sözkonusu kanunun uygulanması için gerekli olan bilgileri vermeyi reddetmesi veya babalığın tespit edilmesi veya diğer ebeveynin yerleşim yerinin belirlenmesi konusunda işbirliği yapmayı reddetmesidir. Anılan düzenlemede aranan işbirliği yükümü (obliegenheit) gerçek bir koşul olarak kabul edilmelidir. Ancak, bu işbirliği yükümünün zorla yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu yükümün yerine getirilmemesinin hukuki sonucu; nafaka talebinin doğmayacak olmasıdır. Özellikle, babalığın tespit edilmesi konusunda işbirliği talep edilmesi anenin özel hayatını, cinsel yaşamını ihlal etmemektedir³⁶.

Sözkonusu kanunun §1/4'de aynı zamanda, diğer ebeveynin çocuğa karşı olan nafaka yükümünü önceden ödeme yoluyla yerine getirdiği aylara ilişkin olarak bu kanuna göre nafaka talebinin oluşmayacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde, çocuğun ihtiyaçları sosyal kanun ödemeleri (gençlik yardımı ödemeleri- Jugendhilfeleistungen) çerçevesinde karşılanmışsa, nafaka talebine bu kanun çerçevesinde yer olmayacaktır³⁷.

IV. Ön Ödemeli Nafakanın Kapsamı ve Süresi

Nafakanın kapsamı anılan kanunun 2. Paragrafında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; ödenecek olan aylık nafaka miktarı 0-6 yaş grubu (altı yaşını henüz doldurmamış) ve 6-12 yaş grubu (oniki yaşını henüz doldurmamış) çocuklar için, yani iki farklı yaş kategorisi açısından farklı rakamlar olarak öngörülmüştür³⁸.

Anılan kanunun 3. Paragrafında nafakanın süresine de yer verilmiş ve nafakanın en çok toplam 72 ay ödeneceği belirtilmiştir. Kanunda önceden bu süre 36 ay olarak öngörülmüş olmasına karşın, daha sonra yapılan değişiklikle süre iki katına çıkartılmıştır. Bu düzenleme, kanunda öngörülen azami yaş sınırına ilişkin düzenleme ile belirli bir ilişki içindedir. Bazı durumlarda, yaş sınırlaması yüzünden ödemenin yapılabileceği azami süre dolmamış olsa dahi ödeme sona ermektedir. Örneğin, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyn, çocuk 10 yaşına geldiği zaman zor durumda kalmışsa, ödeme ancak geri kalan 3 yıl için yapılabilecektir. Yaşı daha büyük olan çocuklar açtı-

³⁵ GRUBE, 59, 48; WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

³⁶ GRUBE, 59; WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GRUBE, 61-63.

³⁸ WENDL/STAUDIGL, Rn. 266; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; Ayrıntılı bilgi için bkz. GRUBE, 64-74; HEISS Beate/BORN WINFRIED, Unterhaltsrecht, München, 2010, Rn 15.

sından bu durum bir eşitsizlik olarak değerlendirilmemelidir, zira 12 yaşını doldurmuş olan bir çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin artık çok zor durumda olmadığı ilke olarak kabul edilmektedir³⁹.

V. Tazminat ve Geri Ödeme Yükümlülüğü

§5/1 uyarınca, ödenen nafakaya ilişkin yasal koşulların belirli bir ay açısından gerçekleşmemesi halinde, örneğin yanında yaşadığı anne veya babasının kasten veya kusurlu olarak yanlış veya eksik bilgi veya belge vermeleri veya nafaka ödenmesine dair koşulları karşılamadıklarını bilmeleri veya bilebilecek durumda olmalarına rağmen nafakayı almaları halinde, çocuğun yanında yaşadığı anne veya babası veya çocuğun yasal temsilcisi, ödenmiş olan nafaka tutarını tazmin etmek zorundadır. Dolayısıyla bu düzenlemede bir tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür⁴⁰.

Nafaka talep etme hakkına sahip olan çocuğun aynı kanunun 2. Paragrafının üçüncü fıkrasında düzenlenen geliri nafaka başvurusundan sonra elde etmesi ve bu durumun nafakanın onaylanması esnasında dikkate alınmaması yüzünden ödenen nafakaya ilişkin yasal koşulların belirli bir ay açısından gerçekleşmemesi halinde, çocuk ödenmiş olan nafaka tutarını geri ödemek zorundadır. Çocuğun geri ödeme yükümlülüğü sadece kanunda öngörülen geliri elde etmesi halinde uygulama alanı bulmaktadır. Bunun dışındaki başka hiçbir sebep çocuğu nafaka ödeme yükümlülüğü altına sokamaz⁴¹.

VI. Çocuğu Tek Başına Yetiştiren Ebeveynin Bildirim Yükümlülüğü

Kanunun uygulanması ve yürütülmesi açısından son derece önemli bir işleve sahip olan “bilgi verme yükümlülüğü” §1/3’te düzenlenmiştir. Ancak, §6/4’te, “şartlarda meydana gelen ve belirli bir ağırlığı olan değişikliklerin bildirim yükümlülüğü” öngörülmüştür. Söz konusu değişikliklerin önemli değişiklikler olması gerekmektedir. Zira, nafaka ödeme edimi “sürekli bir edim” olmadığından, yetkili makamlar her zaman, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyninden bilgi vermesini, açıklama yapmasını talep edebilirler. Örneğin, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyne yöneltilen; diğer ebeveynin hala nafakasını ödeyip ödemediğine ilişkin sorulara karşılık, yanıt alınamazsa, talebe karşılık verilmezse nafaka ödeme talebi de reddedilecektir. Anılan hükümde düzenlenen bildirim yükümlülüğü, yetkili makama, her ay, bu kanunun uygulanması için önem arzeden önemli şartlarda herhangi bir değişikliğin olup olmadığının sorulması yükümlülüğünü yüklemiştir⁴².

³⁹ Bkz. GRUBE, 75- 78.

⁴⁰ GRUBE, 84-85.

⁴¹ GRUBE, 89.

⁴² GRUBE, 94.

Bu bağlamda, çocuğun yasal temsilcisi veya çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyn şartlarda meydana gelen önemli değişiklikleri, bu çerçevede özellikle, bu arada belirli bir gelir elde edilmediğine ilişkin bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Üstelik bu değişiklikler daha önce yapılan bildirimlerle ilişkin olsa da, bildirim yükümlülüğü hala devam etmektedir. Örneğin, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyn, nafaka başvurusu esnasında diğer ebeveynin nerede yaşadığını bilmediğini açıklamış olmasında rağmen sonradan diğer ebeveynin yerleşim yerini öğrenmişse, bu bilgiyi yetkili makamlara iletme zorundadır. Söz konusu bilgi, nafaka talebinde bulunan kişinin nafaka ödemesi açısından önem arz etmese dahi, yetkili makamlar için son derece hayati öneme sahiptir. Bildirimin içeriğinin açık olması gerekmektedir⁴³.

Bildirim yükümlülüğünün ihlali §5/1 uyarınca tazminat talebine yol açabilmektedir⁴⁴.

VII. Nafaka Talep Etme Hakkına Sahip Olan Çocuğun Haklarının Devri

§7 uyarınca, eğer çocuğun, kendisine anılan kanun uyarınca ödeme yapıldığı süre boyunca, yanında yaşamadığı nafaka yükümlüsü ebeveynine karşı ileri sürebileceği nafaka talebi mevcutsa, bu talep hakkı, nafaka tutarında yasa gereği devlete devredilir. Anılan düzenlemede ayrıca, nafaka hukukuna ilişkin belge talebinin de devlete devredileceğine yer verilmiştir.

Bu düzenleme ödenen nafakanın, nafaka yükümlüsüne rücu edilerek refinance edilmesi noktasındaki önemli soruna ilişkindir. Düzenlemede bahsedilen devir yasal bir devirdir. Rücu ilişkisi, çocuk, diğer ebeveyn ve yetkili kurum arasındaki üç köşeli ilişki çerçevesinde işleyecektir⁴⁵. Ancak, nafaka talebinin diğer akrabalara özellikle de büyükanne ve büyükbabalara devri öngörülmemiştir⁴⁶.

Devlet kendisine devredilen nafaka talebini yetkili Aile Mahkemesi'nde ileri sürebilecektir⁴⁷.

Devredilen nafaka talebinin ileri sürülmesi esnasında temerrüt faizi de talep edilebilir⁴⁸.

⁴³ GRUBE, 94-95.

⁴⁴ GRUBE, 95.

⁴⁵ GRUBE, 97; Ayrıntılı bilgi için bkz. WENDL/STAUDIGL, Rn. 270-275; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁴⁶ WENDL/STAUDIGL, Rn. 270; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 238, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁴⁷ SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 239, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL/STAUDIGL, Rn. 269; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁴⁸ NİEPMAN BİRGİT/ SCHWAMB WERNER, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, MünchK, 2013, Rn. 646, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

§7'nin uygulanabilmesi, bu anlamda devlete devredilen nafaka alacağın talebinin ileri sürülebilmesi için, yetkili makamın diğer ebeveyni gerekli olan bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğü altına sokması herşeyden önce bir zorunluluktur. İşte bu gereklilik yüzünden §6'da, çocuğun yanında yaşamadığı ebeveynin, yetkili makamın talep etmesi halinde, bu kanunun uygulanması için gerekli olan bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Aynı şekilde genellikle, diğer ebeveynin geliri bu noktada kilit unsur olduğundan, kanun ebeveynin işverenine ve sigorta şirketini de gerekli belgeleri vermekle yükümlü tutmuştur⁴⁹. İşveren de yetkili makamın talebi üzerine, kanunun uygulanması için gerekli olan, ebeveynin işinin türü, süresi, işyeri, kazancı gibi bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür.

§6/3'de ayrıca çocuğun yanında yaşadığı ebeveynin, ödeme açısından önemli olan ilgili değişiklikleri veya ödemeye ilişkin açıklamaları derhal yetkili makama bildirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

§3. Avusturya “Ön Ödemeli Nafaka Kanunu”

Avusturya “Ön Ödemeli Nafakaya İlişkin Kanun” §1'de, küçüklere (ergin olmayanlar) nafaka ödenmesinin devletin yasal bir yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir⁵⁰.

Söz konusu kanunda ön ödemeli nafakaya ilişkin şartlar düzenlenerek ve ön ödemeli nafakanın, genel olarak §3 ve §4'te;

1. Mahkemenin hükmetmiş olduğu nafakaya ilişkin cebri icrası mümkün bir kararın mevcut olması halinde veya

2. Nafaka yükümlüsünün mahkeme kararıyla bir aydan daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilmesi ve bu yüzden nafaka borcunu ödeyememesi durumunda veya

3. Evlilik dışı çocuğun baba ile olan soybağının mahkeme kararıyla kurulmuş ve nafakanın tespitine ilişkin talebin yapılması halinde yapılacağı belirtilmiştir.

Ancak Kanunun 2. Paragrafında; ön ödemenin çocuğun nafaka yükümlüsü ile aynı çatı altında yaşaması veya başka bir sosyal yardım alması veya çocuğun bir bakımevinde, bir kurumda veya koruyucu aile yanında yetişmesi halinde söz konusu olmadığı belirtilmiştir.

Nafakanın ön ödemeli olarak ödenmesi konusunda, §10-11 uyarınca, ancak talep üzerine ilgili mahkeme yetkilidir. Ancak bazı durumlarda, §7 uyarınca, mahkeme ön ödemeyi kısmen veya tamamen kabul etmeyebilir: Örneğin, dosya kapsamında

⁴⁹ GRUBE, 92.

⁵⁰ <https://www.jusline.at/index.php?cpid=ba688068a8c8a95352ed951ddb88783e&clawid=41&-paid=1&mvpa=0>. Erişim tarihi: 01.11.2015.

artık nafaka ödeme yükümlülüğünün olmadığı veya mahkemenin uygun bir nafaka miktarına hükmetmemiş olması, çok yüksek bir nafaka miktarına hükmetmiş olması veya küçüğün bir gelirinin olması veya kendi yaşam ilişkileri gözönünde bulundurulduğunda masraflarını karşılaması vb.

Ön ödeme, §8 uyarınca, çocuğun başvurduğu aydan başlayarak, ödeme şartları devam ettiği süre boyunca, ancak herhalukarda 5 yıl boyunca verilir. Ancak, §18'e göre; çocuğun başvurması ve ödeme koşullarının devam etmesi halinde mahkeme her halukarda en fazla beş yıl için daha nafakanın ön ödenmesine karar verebilir.

Kanun kapsamında ayrıca, ön ödemenin miktarı, §19 uyarınca ödemenin değiştirilmesi, bu doğrultuda şartların değişmesi üzerine ön ödemenin de indirilmesi veya artırılması, çocuğun yasal temsilcisinin ön ödemenin indirilmesine veya kaldırılmasına yol açacak her türlü sebebi derhal mahkemeye bildirmesi gerektiği (§21),

1. Çocuğun yasal temsilcisinin, yanlış bilgi ve belge verilmesi, ön ödemenin indirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin bildirim yükümlülüğünün kasıt veya ağır ihmâl sebebiyle yerine getirilmemesi halinde yapılan haksız ödemeleri tazmin etme yükümlülüğü altında olduğu, ancak çocuğun süregelen bakımının tehlikeye atılması halinde tazminat yükümlülüğünün olmadığı (§22),

2. Ön ödemelerin nafaka yükümlüsünü borcundan kurtarmadığı, nafaka talebinin devlete intikal ettiği (§30); konuları düzenlenmiştir.

§4.Nafaka Alacaklarının Korunmasına Dair Kanun Teklifi

Boşanma Davalarında Mahkemelerce Takdir Edilen Nafakanın, Nafaka Yükümlüsünden Tahsil Edilememesi Halinde Devlet Tarafından Ödenmesine İlişkin olarak sunulan kanun teklifinin 1. maddesinde, Kadın ve aileden sorumlu devlet bakanlığı bünyesinde eşinden kendisi ve çocuğu için mahkemece bağlanan nafaka bedellerini tahsil edemeyen diğer eşin sorunlarına yardımcı olmak üzere Nafaka Takip Müdürlüğü kurulacağı öngörülmüştür.

Anılan tasarının 2. maddesinde ise ödenecek nafaka alacağının genel olarak şartları, süresi ve miktarı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, “eş ve çocuk için mahkemelerce bağlanan ve icra takibi sonunda icra müdürlüğünün kararı ile tahsilinin mümkün olmadığı anlaşılan nafaka alacakları, alacaklarının muhtaç olduklarının mülki amirce tespiti halinde 1.madde de oluşturulan müdürlük bütçesinden bir yıl süre ile ödenir. Ödeme süresi muhtaçlığın sürmesi halinde bir yıl daha uzatılabilir.

Bu hükümlerde, nafakanın kural olarak bir yıl süre ile ödeneceği düzenlenmiş, ancak, muhtaçlığın sürmesi halinde bu süre en çok toplam 2 yıl olarak sınırlandırılmıştır.

Teklifte ödeme konusunda da bir miktar sınırlamasına gidilmiş ve yapılacak ödemenin aylık brüt asgari ücretten fazla olamayacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu teklifin 3. maddesiyle, kurumun, ödediği nafaka bedelleri miktarında alacaklının halefi olduğu ve borçludan tahsil hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Teklifin 4. maddesinde, nafaka alacaklısının muhtaçlığının bitmesi ya da borçlunun ödeme imkânına ulaşması halinde durumu kuruma bildirmek zorunda olduğu, bu durumda ödemenin kesileceği, varsa haksız ödemelerin geri alınacağı düzenlenmektedir.

Ödemelerin kaynağına ilişkin olan Teklifin 5. maddesinde “Müdürlüğün bütçesine, merkezi yönetim bütçesinden ayrılacak pay yanında gerçekleşen her evlilik işlemi üzerinden bir miktar tahsile Bakanlar Kurulu’nun yetkili olduğu” düzenlenmiştir.

Hükmün gerekçesi incelendiğinde, kurulacak müdürlüğe merkezi yönetim bütçesinden pay ayrılacağı ancak sosyal riski muhtemel faydalanacaklara da yansıtma mantığı içinde Bakanlar Kuruluna yeni gerçekleştirilecek evlilik işlemleri üzerinden kurum bütçesine kaynak oluşturmak adına bir miktar belirlemeye yetki verildiği sonucuna varılmaktadır.

SONUÇ

1. AB ilkelerine paralel olarak, ülkemizde de çocuğun temel gereksinimlerinin karşılanması amacıyla, özellikle çocuğa yapılacak olan ödemenin en azından çocuğun zorunlu okul dönemi bitene kadar yapılmasının yerinde olacağı görüşündeyiz.

2. Bazı Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi, ödeme yapılacak olan çocukların da kendi içlerinde yaş gruplarına ayrılarak, farklı kategoriler için farklı ödeme miktarlarının öngörülebileceği kanaatindeyiz.

3. Kanunun amacından saptırılarak, kötüye kullanımları önlemek adına, boşanmış olsalar dahi anne ve babasıyla aynı çatı altında yaşayan çocuğun veya eski kocasıyla aynı çatı altında yaşayan kadının ön ödemeye hak kazanamayacağını, mevcut AB ilkeleri ile Alman ve Avusturya Kanunu’na paralel olarak bir yasal hükümlerle düzenlenmesi gerektiği görüşünü paylaşmaktayız.

4. Kadına ve çocuğa yapılacak olan ödemelerin, kocanın belirli bir süre bir kuruma, örneğin babanın hasta olması sebebiyle bir hastaneye yatırılması veya özürli olması veya hapis cezası alması halleri açısından da genişletilebileceği görüşünü benimsemekteyiz.

5. Nafaka alacaklısının, sadece muhtaçlığının bitmesi ya da borçlunun ödeme imkânına ulaşması halinde değil, ödeme miktarının indirilmesine yol açacak herhangi bir sebebi de kuruma bildirmekle yükümlü olması gerektiği görüşündeyiz.

6. Nafaka alacaklısının, muhtaçlık durumunun tespitinde kasten veya kusurlu olarak yanlış veya eksik bilgi veya belge vermesi veya nafaka ödenmesine dair koşul-

ları karşılamadığını bilmesine rağmen nafakayı almış olması halinde ödenmiş olan nafaka tutarını tazmin etmek zorunda olduğuna ilişkin bir hükmün de tasarıda yer alması gerektiği görüşünü benimsemekteyiz.