

İSVİÇRE HUKUKUNDA ÇOCUK NAFAKASINA İLİŞKİN ÖNTASARIDAKİ ÖNEMLİ YENİLİKLER

*Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU**

GİRİŞ

Çocuğun zayıf konumundan ötürü korunmaya muhtaç durumda olması ve bu sebeple hukuk düzenlerinde nafaka alacaklıları arasında sayılması, aslında onun açısından soybağının sağladığı en önemli maddi faydadır. Bir çocuğun en başta onu dünyaya getiren ana ve babasından nafaka isteyebilmesi, aralarındaki fizyolojik yakınlığın doğal bir sonucu olduğu kadar, bir aile bütünü içinde dayanışma, yardımlaşma şeklinde somutlaşan duygusal yakınlığın da bir gereğidir. Ana ve babanın velayet haklarından bağımsız nitelikte olan nafaka alacağı basit bir alacak olmaktan ziyade, ilişkinin tarafları da göz önünde tutulduğunda, en başta çocuğun korunması düşüncesiyle hakkında daha fazla durulması gereken bir alacaktır. Bu düşüncenin bir ürünü olarak da üzerinde gelişmiş hukuk sistemlerinde çocuğun daha da lehine olacak düzenlemeleri benimseme şeklinde bir çaba sarf edildiği görülmektedir.

İşte bu düşüncelerle İsviçre Hukuku'nda da çocuğun nafakasına ilişkin haklarını iyileştirmek amacıyla “*Çocuğun Nafakasına İlişkin Medeni Kanun ve Diğer Kanun Hükümlerinde Değişiklik Getiren Öntasarı*” hazırlanmış ve İsviçre Federal Meclisi, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan bu Öntasarıyı 4 Haziran 2012 tarihinde kamu kurumlarının görüş ve önerilerine açmış, bu süre 7 Kasım 2012 tarihinde sona ermiştir¹. Öntasarının büyük bir

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 1-2.

çoğunluğu İsviçre Medeni Kanunu'nda değişiklik öngörmekle birlikte, ayrıca İsviçre Medeni Yargılama Usulü Hakkında Kanunu'nda (madde-(m.) 296a) ve İsviçre Yargılama Yetkisi Kanunu'nda da (m. 7) yeni hükümler kabul edilmektedir².

Çalışmamızda henüz Tasarı aşamasına gelmemiş Öntasarının değişme ihtimali bulunsa da, yürürlükteki hükümler açısından önemi dolayısıyla bu hükümler incelenmeye değer hükümlerdir. Özellikle çocuğun haklarının iyileştirilmesi ve korunması düşünceleriyle olması gereken hukuk açısından bu hükümlerin irdelenmesi yararlı olacaktır. Biz de bu niyetle, değişikliklere genel hatlarıyla değindikten sonra, değişiklik getirilmek istenen yürürlükteki hükümler hakkında İsviçre ve Türk öğretisinde ileri sürülen fikirlere de yer vermeyi uygun gördük. Çalışmamızın ekinde ayrıca sağlıklı bir karşılaştırma yapılabilmesi amacıyla İsviçre Hukukundaki mevcut hükümlerle Öntasarının getirmiş olduğu yenilikleri içeren hükümleri birlikte ele aldık.

I. İSVİÇRE HUKUKUNDA ÇOCUĞUN NAFAKASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERE GENEL BAKIŞ

Çocuğun nafakasına ilişkin Adalet Bakanlığı Öntasarısında, temel olarak çocuğun nafaka talebinin yerine, miktarının belirlenmesine ve ifasına ilişkin değişikliklere yer verilmiştir. Öntasarıda getirilen en önemli değişiklikler şöylece özetlenebilir:

1. Çocuğun nafaka yükümlüğü, onun yararının gerektirdiği hallerde bakım ve eğitim giderlerine katlanmak şeklinde yerine getirilecektir. Çocuk ana ve babanın sadece birisinin bakımı altında değilse, nafaka borcu parasal yolla ifa edilecektir. (İsviçre Medeni Kanunu (İMK.) m. 276/II. fıkra değişikliği).

İlk cümledeki çocuğun yararının gerektirdiği hallerde bakım ve eğitim giderlerine katlanmak şeklindeki yükümlülük, ana ve babanın medeni hali nasıl olursa olsun geçerli olan bir yükümlülüktür. Bu sebeple İMK. m. 125/II. fıkra 6. bent (evlilik sonrası nafaka yükümlülüğünün düzenlendiği

² Bkz. çalışmamızın ekinde yer alan İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Usulü Hakkında Kanun Hakkında Değişiklikler.

125. madde 6. bentte ayrıca bakıma ilişkin karar verirken, ana ve babanın bakmakla yükümlü oldukları çocukları için nafaka yükümlülüğünün kapsamının ve süresinin de kararda belirtileceği düzenlenmektedir) ve 295/I. fıkra 2. bentteki ikinci cümle (Evlili olmayan ananın en geç bir yıl içinde babaya veya onun mirasçılara karşı açacağı nafaka davasında, “*çocuğun bakımına yönelik doğumdan sonra sekiz haftalık süre için*” ibaresinin kaldırılması, “*doğumdan önceki dört hafta için*” ibaresinin korunması) yürürlükten kaldırılmaktadır.

2. Nafaka talebi, çocuğun, ana ve babadan birinde veya üçüncü bir kimsede bakılıyor olmasıyla bağlantılı olan bakım giderlerini de kapsamaktadır. Bu giderler içinde özellikle, eşlerin evlilikleri devam etsin veya etmesin ya da hiç evlenmemiş statüde olsunlar, çocuğun kişisel ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik olan masraflar yer almaktadır. (İMK. m. 285/II. fıkra değişikliği).

3. Çocuğun nafaka talebi her türlü ailevi nafaka talebinden önce gelecektir (İMK. m. 276a-yeni hüküm).

4. Ana ve baba alacakları bir kararla, hangi gelirlerini veya malvarlığı değerlerini, hangi çocuğun nafakası için kullanacakları, nafaka tutarı, bu tutar içinde her bir yükümlünün sorumlu olduğu miktar gibi hususları belirleyebileceklerdir (İsviçre Medeni Yargılama Usulü Hakkında Kanun 296a-yeni hüküm).

5. Eşlerin nafaka ödenmesini tespit etmeleri, ancak nafakanın miktarı hakkında herhangi bir belirleme yapmamaları durumunda, nafakanın devamı süresince çocuk, öncesine kıyasla ana ve babanın gelirlerinde olağanüstü şekilde iyileşme olduğu iddiasıyla, son beş yılı kapsayacak şekilde eksik kalan nafaka miktarının tamamlanmasını isteyebilir. Eğer nafaka devlet tarafından karşılanmışsa, çocuğun ileri sürebileceği bu talep devlete geçer (İMK. m. 286a-yeni hüküm).

6. Bakımla yükümlü olan kimse, boşanma veya ayrılık sonrasında çocuğun bakımı masrafları sebebiyle yoksulluğa düşeceği gerekçesiyle, nafakayla yükümlü altsoyuna ve üstsoyuna karşı bir talepte bulunamaz (İMK. m. 329/I. fıkraya eklenecek cümle). Bu hükümlerle birlikte, çocuğa karşı bakımla yükümlü olan kimsenin bu sorumluluğunu, diğer yakınlarına karşı ileri

sürebileceği yardım nafakası talebiyle onların üzerine yıkması engellenmek istenmiştir.

7. Nafaka yükümlülüğünün daha iyi koşullarda yerine getirilebilmesi için çocuk veya bakımla yükümlü olan kimseler, Çocuk Esirgeme Makamına veya Kantonların bu konuda uzmanlığını belirlediği kimselere bir dilekçeyle başvuracaklar, böylece kendilerine nafaka yükümlülüğünün tahsil edilebilmesi için kural olarak bir karşılık talep edilmeksizin yardımcı olunacaktır. Bu yardım hakkında Meclis, Yardım Sandıklarına ilişkin Yönetmelik düzenlenmesi konusunda da bir yükümlülük altındadır (İMK. m. 131 hüküm değişikliği, 176a yeni hüküm, 290/I ve II hüküm değişikliği). Ayrıca kamu hukuku kuralları gereğince devletin evliliğin sona ermesinden sonra çocuğun bakımı için gerekli mekanizmayı sağlayacağı belirtilmektedir (İMK. m. 131a-yeni hüküm).

II. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA MEVCUT DÜZENLEMELER İŞİĞİNDE DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öntasarı incelendiğinde, bazı temel kavramların ve konuların açıklığa kavuşturulması gerektiği görülmektedir. Bu konuda özellikle çocuğun yararı kavramından neyin anlaşılması gerektiği, nafaka borcunun yerine getirilmesinde eşlerin medeni durumu, nafakanın miktarının belirlenmesi; özellikle nafaka borcunun kapsamı, hesaplanması ve hangi bakım masraflarının nafaka içinde yer alacağıın tespiti, nafaka borcunun yerine getirilmesinde eksik kalan kısmın tamamlanmasında özel hukuktaki nafaka hükümleriyle kamu hukukunda sosyal yardım hükümleri arasındaki koordinasyonun nasıl sağlanacağı hususları incelenmesi gerekli temel değişikliklerdir. Bu değişiklikleri temel hatlarıyla alt başlıklar altında incelemek uygun olacaktır:

A. ÖNTASARININ TEMEL HAREKET NOKTASI: ÇOCUĞUN YARARI

Ana babanın evlilikleri esnasında, öncesinde ve sonrasında nafaka yükümlülüklerinin tespitinde temel hareket noktası çocuğun yararadır. Nafaka yükümlülüğünün benimsenmesinde temel düşünce olan; nafaka

alacaklısının etkili bir şekilde korunması ilkesinin³ özel bir düzenlemesi olan çocuk nafakasında, çocuğun daha fazla korunma ihtiyacı içinde olduğu yadsınamaz. Bu ihtiyaç özellikle onların bedensel, zihinsel ve parasal açıdan güçsüz ve başkalarına bağımlı olmalarından doğmaktadır⁴. Çocuğun yararı genel bir ifadeyle, çocuğun her yönüyle, bedensel, ruhsal, zihinsel sosyal ve hukuksal açılardan daha iyi koşullarda yetişmesi, ona bakım gösterilmesi, uygun eğitim ve terbiye verilmesi konusunda gösterilmesi gerekli azami gayreti ifade eder. Bundan başka çocuğun yararı, ana babanın özellikle boşanma davalarındaki maddi menfaat elde etme veya intikam hislerine göre değil gerçekten çocuğun korunması düşüncesine göre ilişkilere yön vermeyi gerektirir⁵. Çocuğun yararı söz konusu olduğunda ve bu yarar ile ana babanın veya başka kimselerin yararları çatıştığında, çocuğun yararına öncelik tanınması gerekir⁶. Başka bir açıdan bakıldığında da çocuğun yararı, ana ve baba arasında eşitlik getirilmesi amacından ziyade çocuğun menfaati nasıl gerektiriyorsa o şekilde yükümlü kimseler arasında sağlıklı ve onların taşıyabilecekleri bakım gerekliliğini tespit etme amacını ön planda tutar⁷.

Çocuk hukukunda çocuğun yararı denilince özellikle, velayetin icrasında, evliliğin sona ermesinden sonra velayetin ana veya babaya verilmesini tespit etmede, velayetin bırakılmadığı tarafla kişisel ilişkileri tayin etmede, velayetin kaldırılmasında, evlat edinmede, babalığın tespitinde, tanımada ve de konumuz bakımından özel bir önemi olan çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin kapsamının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır⁸.

³ **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 276, kn. 4, s. 1496.

⁴ **Serozan**, s. 4.

⁵ **Grassinger**, s. 826; **Çelikel**, s. 69. Çocuğun yararı konusunda öğretilde yapılan bir benzetme dikkat çekicidir: “Çocuğun menfaatinden anlaşılması gereken anlam, çocuğun yetişkin biri olmuş olsa idi kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme konumundaki kişinin aynı yönde karar verebilmesi olarak ifade edilebilir” Bkz. **Grassinger**, s. 827; **Baysal**, s. 9-10.

⁶ **İnan**, s. 104; **Akyüz**, s. 47; **Serozan**, s. 66; **Acabey**, s. 95.

⁷ **Büchler/Cantieni/Simoni**, s. 207, 213; **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 6.

⁸ **Serozan**, s. 66; **Akyüz**, s. 48-49; **Abik**, s. 1, 4.

Öntasarıda çocuğun nafaka talebi güçlendirilerek çocuğun yararının ön plana çıkarıldığı, ana ve babanın arasındaki eşitliği sağlama veya onların menfaatlerine ve çatışmalarına yön verme amacının ise arka planda kaldığı görülmekte, bununla bağlantılı olarak ana ve babanın medeni durumunun da çocuğun bakımında önem taşımadığı (özellikle m. 285/II değişikliği) göze çarpmaktadır. Bundan başka çocuğun nafakaya dayalı taleplerinin diğer her türlü ailevi nafaka taleplerinden önce gelmesine ilişkin bir kuralın da (m. 276a yeni hüküm) kabul edilmiş olması da çocuğun yararının ne derece önemli olduğunu göstermektedir.

Çocuğun nafaka talebinin öncelikli olması, nafaka yükümlüsü olan kimsenin ayrıca aile hukuku içinde mesela soybağı kısmında incelenen yardım nafakası gibi diğer yükümlülüklerin de aynı kişide birleştiği hallerde kendisini gösterecektir. Söz gelimi icra aşamasında bu tür alacakları borçlara yetmeyen bir kimsenin malvarlığından öncelikle çocuğa nafaka alacağı karşılığı ödenecek, arta kalan olursa diğer ailevi alacaklar yerine getirilecektir. Kuşkusuz bu kabul, çocuğun diğer alacaklılardan daha fazla korunmaya ihtiyaç duyması gerçeğinin de bir gereğidir.

Bu konuda hukukumuzda da boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkimin çocuğun bakım ve korunmasına ilişkin önlemleri alırken eğitime ilişkin çocuğun yararını göz önünde tutacağı⁹, boşanma veya ayrılık kararından sonra çocuğun velayeti kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının göz önünde tutulacağı (Türk Medeni Kanunu (TMK.) m. 182/II), Çocuk Koruma Kanunu 4/I, b bendinde çocuğun haklarının korunması amacıyla çocuğun yararının ve esenliğinin gözetilmesi gerektiği belirtilerek çocuğun yararına vurguda bulunmaktadır¹⁰.

⁹ Çelikel, s. 33.

¹⁰ Bundan başka Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin üçüncü maddesinin birinci bendinde de “*Kamusal ya da sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir*” yine 18. maddenin birinci bendinin son cümlesinde, “*Ana baba ve vasi herşeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler*” düzenlemeleriyle

B. EŞLERİN MEDENİ DURUMUNUN ETKİSİ

Mevcut düzenlemede eşlerin medeni durumunun, bu yükümlülüğün oluşması, devamı ve kapsamı hakkında temel olarak önem taşımadığı, 276. maddenin bu konuda bir ayırım yapmadığı görülmektedir. Evli olan eşler, evlilik hukukunda öngörülen hükümlerine göre (İMK. m. 278/I, 163 vd., 173/I, 176) ekonomik güçleri yettiğince kişisel bakım yükümlülüğünü yerine getirirler. Evli olmayan eşler ise aralarındaki açık veya örtülü şekilde bazen sadece çocukla olan ilişkilerine yönelik olarak anlaşmalarına dayanarak veya fiili birlikteliğin tüm detayına yönelik hususların içinde kararlaştırılmış olan bir hükümle bakım yükümlülüğünü yerine getirirler. Ancak bu tür anlaşmaların bağlayıcılık kazanması için Çocuk Esirgeme Makamının onayı da gerekir (İMK. m. 287)¹¹. Birbirinden ayrı yaşamakta olan ana ve babalar açısından pratikte genellikle, bir tarafın fiilen bakımı sağlaması karşısında diğer tarafın parasal yolla bakımı sağladığı görülmektedir. Ayrı yaşayan ana ve babaların bakımı fiilen birlikte sağlamaya çalışmalarına, artık ortak hayatın paylaşılmamasının gereği olarak rastlanılmamaktadır. Aslında çocuğun ayrılık veya boşanmadan sonra, eskisinden farklı olarak sadece ana veya babanın yanında yaşıyor olmasına karşılık, onun bundan sonraki yaşamında gelişimi açısından uygun olan yol, ana ve babanın bakım düzenini değiştirmemeleridir¹². Ancak çoğu kez eski düzenin devamının imkânsızlığı karşısında, hâkim tarafından 125. madde ikinci fıkraya göre tespit edilen nafaka içinde 6. bende göre henüz bakılmakta olan çocuk varsa, onun bakımının kapsamı ve süresinin de tespit edileceği belirtilmektedir.

Evli eşlerin evliliğinin sona ermesinden sonra öngörülen bu tür olumsuzluğun giderilmesinde 125/II. fıkra 6. bent benzeri bir hüküm, hiç

çocuğun yararına gereken önemi vermektedir. Bkz. **Serozan**, s. 65; **Acabey**, s. 96; **Çelikel**, s. 157, 161. Çocuğun yararı kavramı karşısında “*çocuğun yüksek yararı*” kavramı Medeni Hukukta daha çok çocuğun korunmasında temel bir ilke olarak kabul edilmekte, bu kavramın daha çok çocuğun güvenliği kavramıyla eş anlam taşıdığı belirtilmektedir. Bkz. **İnan**, s. 104; **Akyüz**, s. 263; **Acabey**, s. 95; **Abik**, s. 7-9.

¹¹ **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 276, kn. 9, s. 1497; **Geiser/Widmer**, s. 4.

¹² **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 2-3.

evlenmemiş ana ve babanın ayrılık durumuna düşmeleri halinde benimsenmiş değildir. Bu durum ise özellikle evlilik dışı bir ilişkiden doğmuş bulunan bir çocuk aleyhine eşitsizlik getirmektedir. Bu sebeple Öntasarı, İMK. m. 125/II bent 6'yı kaldırarak, ana ve babanın medeni durumlarını göz önünde tutmaksızın; yani ana ve baba; ister evli olup da evlilikleri sona ersin, isterse de hiç evlenmemiş olup da ayrılık durumuna düşsün, nafaka yükümlülüğünün her durumda geçerli olacağı kabul edilmiş, esasen aynı düşüncelerle, 285/II. fıkra değişikliğiyle, çocuğun bakımıyla ana veya babanın ya da üçüncü kimselerin yükümlü olabileceği ihtimalleri benimsenerek, bakım miktarının tespitinde bu ihtimallere göre ortaya çıkabilecek giderlerin göz önünde tutulacağı belirtilmiştir (İMK. m. 285/II değişikliği).

Mevcut uygulama açısından evlilik içinde ve evlilik dışında doğmuş çocuklar arasında bu kez de evlilik içinde doğmuş olan çocuklar aleyhine eşitsizlik doğuran başka bir sosyal gerçek daha vardır. Evliliği sona eren ana veya baba, o ana kadar birlikte bakımı üstlenmiş konumdayken, bundan sonra kendi hayatlarını idame ettirebilmek ve çocuğun bakımını yerine getirebilmek zorunda kalacaklardır ki hayat mücadelesinde bunun üstesinden gelmek gerçekte kolay değildir. Zira daha önce çalışmamaktayken, bakımı yerine getirecek ana veya baba artık kendi geçimini sağlamak, bunun için de bir işte çalışmak zorundadır. Bu sebeple evliliği sona eren ana ve babanın çocuklarının bakımı eskisi gibi olamayacaktır. Buna karşılık hiç evlenmemiş ve fiilen çocuklarının bakımını üstlenerek çaba göstermemiş ana ve babanın ayrılık durumuna düşmeleri halinde de, çocuk açısından durum çok da önemli etkiler doğurmayacaktır. Ancak bu sosyolojik gerçeğin tespiti, asla evlilik dışı doğan çocukların bakım giderlerinin önemsenmemesi sonucunu doğurmamalıdır. Aksine yukarıda benimsediğimiz üzere, evlilik dışı doğmuş bulunan çocuklar için de, her halükarda nafakaya hükmedilmesi uygun olacaktır¹³.

Medeni duruma bakılmamasının, özellikle İsviçre hayatında evlilik dışı birlikteliğin yaygınlaşıp yasal zemine kavuşmasıyla daha da önem kazanarak

¹³ Rumo-Jungo/Hotz, s. 3-4.

nafaka yükümlülüğünü çocuk açısından teminat altına alacağı ileri sürülmektedir¹⁴.

Öğretide¹⁵ İsviçre Medeni Kanun 125/II bent 6'yı kaldırmanın gereksiz olduğu gibi uygun olmadığı da ileri sürülmektedir. Öncelikle 6. bent yürürlükten kaldırılrsa da, mevcut anlayışın sürdürülmesi tehlikesi vardır. Buna göre 125. madde gereğince evliliği sona eren eşler açısından, çocuğun bakımına ilişkin tutarın da yer aldığı bir nafakaya hükmedilmesi, buna karşılık hiç evlenmemiş kişilerin ayrılığa düşmesi bakımından böyle bir nafakaya hükmedilmemesi de mümkündür. Bundan başka 6. bendin kaldırılmasıyla, bu bentte belirtilen unsurun; yani çocuğun bakım giderlerinin, nafaka giderleri arasında hesaplanıp hesaplanmayacağı konusunda tereddüt oluşması da söz konusu olabilir. Zira çocuğun bakım giderleri de eşlerin nafaka giderleri arasında hesaplama da önemli bir yer tutan ve eşlerin gelir düzeylerini doğrudan etkileyen bir unsurdur.

C. NAFAKANIN KAPSAMI VE HESAPLANMASI

Yürürlükteki hukuka göre 276. maddede ana ve babanın çocuğa karşı kapsamlı bir şekilde bakım yükümlülüğü altında olduğu düzenlenmektedir. Bakım yükümlülüğü çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. Bir çocuğun bakımında, çocuğun ana ve babasına karşı ileri sürebileceği talepler arasında onun en başta olmazsa olmaz nitelikteki ihtiyaçları yer almaktadır. Bu ihtiyaçlar arasında öncelikle, beslenme, giyim, barınma, tedavi gibi bakım giderleri ile eğitim giderleri gelmektedir. Bu maddenin, 272. maddedeki “*ana ve babanın ve çocukların aile bütünlüğünü ve huzurunu sağlayacak şekilde birlerine karşı saygı, anlayış ve yardım göstermekle yükümlü oldukları*” düzenlemesindeki aile bütünlüğü ve huzuru kavramıyla birlikte yorumlanmasından dolayı, çocuğun sadece parayla veya ayımla yerine getirilebilen fiziki ihtiyaçlarını değil, duygusal ihtiyaçlarını da kapsadığı kabul görmektedir. Duygusal ihtiyaçlar

¹⁴ Rumo-Jungo/Hotz, s. 30.

¹⁵ Rumo-Jungo/Hotz, s. 9-10.

denilince, bakım yükümlüsünün çocukla kişisel ilişki kurması, mesela çocukla belirli bir süre görüşmesi anlaşılabilir¹⁶.

Duygusal ihtiyaçlar bir yana bırakılırsa, fiziki ihtiyaçlar bakımından çocuğun kendi malvarlığı imkânlarıyla bu giderleri karşılama imkânı bulunmadıkça, ana ve babanın çocuk üzerinde bakım yükümlülüğü söz konusudur. Bakım yükümlülüğünün kapsamı çocuğun hayat şartlarına göre beliren ihtiyaçlarına ve ana babanın ekonomik gücüne göre tespit edilir. Ana ve babanın ekonomik gücü değerlendirilirken, onların malvarlıkları, gelecekte elde edecekleri kazançlar ile hâlihazırda elde ettikleri aylık gelirleri dikkate alınır. Nafaka temini konusunda ana ve baba, gerektiğinde melseğini, hatta uygun mesleğini icra edebilmek için yerleşim yerini dahi değiştirmekle yükümlü tutulabilir. Eğer ana baba çalışma olanağına sahip olduğu halde bundan kaçınınmaktaysa, az gelire sahip olmaları, çocuğun nafakasının da düşük takdir edilmesine dayanak oluşturamaz¹⁷. Bundan başka nafaka miktarının tespit edilmesinde ayrıca çocuğun malvarlığı ile gelirleri ve bakım yükümlüsü olmadığı halde çocuğa bakım sağlayan kimsenin katkıları da göz önünde tutulur (İMK. m. 285). Bakılacak çocuğun sayısı da ayrıca ana ve babanın ekonomik gücünü, dolayısıyla bakım yükümlülüğünün kapsamını etkiler. Takdir edilecek nafaka miktarı çocuğun zamansal olarak ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde; yani çocuğun yaşına göre ortaya çıkabilecek ihtiyaçları da göz önünde tutularak kademeli olarak tespit edilmeli, gerektiğinde başlangıçta toplu bir paraya hükmedilmelidir. Mahkeme bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahiptir¹⁸. Hâkim tarafından takdir edilecek nafaka miktarı makul ölçüde ve denetime elverişli şekilde hesaplanmalıdır¹⁹. Nafakanın beslenme ve giyinme gibi aynı yolla, bakımını ve eğitimini fiilen üstlenme gibi iş edimleriyle veya ona harçlık verilmesi gibi parasal yolla

¹⁶ **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 276, kn. 21, s. 1499; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 987-988.

¹⁷ **Schloms**, s. 154; **Serozan**, s. 244-245; **Çelikel**, s. 141.

¹⁸ **Hegnauer**, Art. 285, kn. 13, s. 340; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 285, kn. 4, s. 1530; **Geiser/Widmer**, s. 3-4; **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 10-11; **Çelikel**, s. 137 vd.

¹⁹ **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 15.

hesaplanması bakımından somut olayın özel koşulları belirleyicidir²⁰. Bu konuda bir tarafın nakden ödeme gücüne sahip olmayıp da çocuğa fiilen eğitimi ve bakımını sağlama yoluna gitmesi de katkı olarak değerlendirilmekte, bu katkının parasal değeri tahmini olarak belirlenerek diğer tarafın ödeyeceği nafaka miktarında göz önünde tutulmaktadır. Aksi düşünülerek eğitim ve bakımın katkı olmadığı kabul edilseydi, ana veya baba bakım görevini parasal yolla yerine getirerek bu yükümlülükten kurtulmaya çalıştıklarında bu durum çocuğun yararıyla uyuşmayan sonuçlar doğururdu²¹.

Miktarın hesaplanmasında çocuğun erginliğe ulaşmış olup olmaması da önem taşımaktadır, zira kural olarak bir çocuk ergin olduktan sonra artık ona karşı ana ve babanın bakım yükümlülüğü de ortadan kalkmaktadır. Kuralın istisnaları ise, çocuğun daha erken yaşta ekonomik açıdan bağımsızlığını kazanması halinde daha öncesinde bakım yükümlülüğünün ortadan kalkması (İMK. m. 276/III) ya da ergin çocuğun eğitiminin devam etmesi halinde ana ve babanın erginliğe ulaşmış çocuğa karşı da, ekonomik güçlerinin elverdiği ölçüde ve çocuğun da kendi ihtiyaçlarını karşılayabileceği sınırlar içinde ekonomik desteklerini sürdürmeleridir (İMK. m. 277/II). Özellikle bakım nafakasının zamansal sınırını, çocuğun meslek öğrenimini tamamlaması ve ekonomik açıdan bağımsızlığını kazanması olarak tayin etmek mümkündür. Ancak ekonomik açıdan bağımsızlığını elde etmiş olmasından dolayı bakım nafakası isteyemese de sıkıntı içinde bulunma koşulu gerçekleştiği takdirde çocuğun ikincil karakterdeki yardım nafakasını isteyebilmesinde bir engel yoktur. Yardım nafakası, bakım nafakasından farklı olarak sadece ana ve babadan değil, büyük ana ve babadan, kardeşten de istenebilir²².

Kanunda ve Mahkeme içtihatlarında nafaka miktarının tespitinde hangi hesaplama yöntemine göre hareket edileceği belirtilmemektedir. Her somut olayda çocuğun ihtiyaçları belirleyici bir ölçüt olacaktır. Uygulamada hesaplamada hayat tecrübelerine ve ortalamalarına göre tespit edilen gelirin

²⁰ **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 276, kn. 26, s. 1501; **Serozan**, s. 243.

²¹ **Geisser/Widmer** s. 4; **Çelikel**, s. 141.

²² **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 1025-1026; **Serozan**, s. 113, 245, 246 vd.; **Akyüz**, s. 198.

belirli bir oranını esas alan “soyut metod”un esas alınabileceği belirtilmektedir. Mesela yükümlünün net gelirin % 15 ila % 17’si bir çocuk için, % 25 ila % 27’si iki çocuk için, % 33 ila % 35’i ise üç çocuk için nafakaya ayrılması gerektiği kabul edilmektedir²³. Bunun yanında Gençlik ve Mesleki Danışma Dairesi’nin 1974 yılında hazırladığı ve üzerinde çalışılıp her yıl güncellenen “Zürcher Tabelle”²⁴ (Zürih Tablosu) ismi verilen bir tabloda, ana ve babanın yerine getirmekle yükümlü oldukları, başkasının bakımı altındaki çocuğun ortalama bakım ihtiyaçlarına yer verilmiştir. Tabloda çocuğun beslenme, giyinme, barınma, diğer masraflar, eğitim giderleri gibi masraf kalemleri göz önünde tutularak hesaplama yapılmakta, ayrıca çocuklar, 1-6, 7-12, 13-18 şeklinde üç ayrı yaş grubuna ayrılmakta ve bir çatı altında kaç çocuğun yaşadığı (tek çocuktan üç ve daha fazla çocuğa kadar) göz önünde tutulmaktadır²⁵. Bu metodun tavsiye niteliğinde olduğu ve her somut olayın şartları bakımından farklı değerlerin benimsenebileceği²⁶,

²³ **Geisser/Widmer** s. 4-5; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 285, kn. 10, s. 1534; **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 11-12.

²⁴ Bu tabloya aşağıdaki adresten ulaşılabilir: (son erişim tarihi 01.12.2013)
http://www.ajb.zh.ch/internet/bildungsdirektion/ajb/de/kinder_jugendhilfe/kjz/unterhalt/unterhaltsbedarf.html

²⁵ Bundan başka İsviçre Hukukunda Freiburg Metodu, daha ucuz hayat şartları sebebiyle, Zürih Tablosunda belirtilen değerlerin % 25, Tessin Kantonu %5-10, Wallis Kantonu % 30 oranında azaltılmış halini kabul etmekte, Aargau Kantonu ise ucuz hayat şartları gerekçesiyle Zürih tablosunu tamamen reddetmektedir. Bkz. **Hausheer/Spycher**, kn. 06.145, s. 439; **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 12. Yine uygulamada “İki Kademeli Somut Metod” gereğince, ilk kademede icra dairelerinin minimum geçim giderleri konusunda Yönetmelikteki (Richtlinien der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (SchKG-Richtlinien)) sabit değeri kabul ederek, ikinci aşamada da ailevi temel ihtiyaçlar ve minimum geçim giderleri toplanarak toplam gelirden düşüldükten sonra kalan bakiye nafaka yükümlülüğü için paylaştırılmaktadır. Bkz. **Geisser/Widmer** s. 5; **Hausheer/Spycher** kn. 02.27 vd.; **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 12. Sadece parasal yükümlülüğü ele aldığı, ancak bakım ve eğitim gibi iş edimlerini ihmal ettiği gerekçesiyle, Rolf Widmer ve Thomas Geiser tarafından, işgücü istatistiklerine dayalı olarak 2000 yılında SAKE Tablosu önerilmiştir. Bkz. **Geisser/Widmer** s. 6 vd.

²⁶ **Geisser/Widmer** s. 4; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 285, kn. 7, s. 1533.

ancak özellikle düşük ve orta düzeyli ekonomik ilişkiler bakımından uygun bir metod olduğu belirtilmektedir²⁷.

Öntasarıda ana ve babanın alacakları bir kararla, hangi gelirlerini veya malvarlığı değerlerini, hangi çocuğun nafakası için kullanacakları, nafaka tutarı, bu tutar içinde her bir yükümlünün sorumlu olduğu miktar gibi hususları belirleyebilecekleri belirtilmektedir (İsviçre Hukuk Muhakemeleri Hakkında Kanun 296a-yeni hüküm). Hukukumuzda da bu konuda pozitif bir düzenleme bulunmasa da ana babanın nafaka miktarını aralarında yapacakları bir sözleşmeyle belirleyebilecekleri, ancak böyle bir sözleşmenin geçerliliği için hâkimin onayının gerekli olduğu kabul edilmektedir²⁸.

Bu hüküm yanında Öntasarıda çocuğun bakımına ilişkin giderlerin de nafaka miktarının bir parçası olarak kabul edildiği (İMK. m. 285/II değişikliği) görülmektedir. Bu değişikliklerin çocuğun nafakası hakkında getirmiş olduğu iyileştirme etkisi şüphesiz çocuğun nafaka talebinin her türlü

²⁷ Öğretide gelir sınıfına göre farklı hesaplama metodlarının ve buna uygun nafaka türlerinin benimsenebileceği, buna göre “*Temel Nafaka*” yönteminde icra dairelerinin, içinde barınma ve hastalık sigortası giderlerinin de bulunduğu minimum geçim giderlerine göre hesaplama yapıldığı, “*Oransal Nafaka*” yönteminde yüzdesel olarak ortalama 6.000 İsviçre Frangı gibi bir gelirin esas alındığı, “*Tablosal Nafaka*” yönteminde çocuğun ortalama ihtiyaçlarının esas alınarak Zürih Tablosu gibi bir tablonun oluşturulduğu, “*Genişletilmiş Tablosal Nafaka*” yönteminde yine çocukların ihtiyaçları esas alınarak 10.000 İsviçre Frangının esas alındığı görülmektedir. Bkz. **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 13.

Bundan başka Sosyal Yardımların Ölçülmesi ve Şekillenmesi Hakkındaki Yönetmelikle (Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe-SKOS Sosyal Yardım Hakkındaki İsviçre Konferansı), sadece kişisel ihtiyaçların varlığı ve olmazsa olmaz niteliği değil, ihtiyaç sahibinin sosyal ve iş hayatına katılımı da sağlanması amaçlanmakta, yönetmelik gereğince bakım yükümlüsünün en az geçim tutarları göz önünde tutularak, hem bakım yükümlüsünün, hem de alacaklısının bütçeleri karşılaştırılmaktadır. Bu yönetmelik aslında çocuğun bakımına yönelik değerleri tespit etmemekte, asgari geçim giderini tespit etmektedir. Asgari geçim gideri bir kişi için 960, iki kişi için 146, üç kişi için 1786, dört kişi için 2054, beş kişi için 2323, altı kişi için 2592, yedi kişi için 2861 (bundan sonraki her kişi için fazladan 269 Frank) öngörülmektedir. Bkz. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 285, kn. 9, s. 1534.

²⁸ **Çelikel**, s. 141.

ailevi nafaka talebinden önce geleceği (İM.K. m. 276a-yeni hüküm), nafakanın devamı süresince çocuğun, öncesine kıyasla ana ve babanın gelirlerinde olağanüstü şekilde iyileşme olduğu iddiasıyla, son beş yılı kapsayacak şekilde eksik kalan nafaka miktarının tamamlanmasını isteyebileceği (İM.K. m. 286a-yeni hüküm) yenilikleriyle de sağlamlaştırılmış olmaktadır.

Çocuğun nafaka talebinin her türlü ailevi nafaka talebinden önce geleceği kuralıyla ailede öncelikle çocuğun yararının bulunduğu gerçeğine bir kez daha vurguda bulunmakta ve onun ihtiyaçları her türlü ihtiyaçtan öncelikli sayılmaktadır. Çocuğun son beş yılı kapsayacak şekilde eksik nafaka miktarını isteyebilmesinin de mevcut düzenlemeye göre onun haklarını daha fazla koruduğu şüphesizdir. Zira 279. maddeye göre çocuk, ana ve babaya karşı geleceğe ilişkin nafaka alacağını ve dava açılmasından geriye doğru sadece bir yıllık nafaka alacağını dava edebilme hakkına sahiptir. Hukukumuzda ise çocuğun sonradan nafaka miktarının arttırılmasına yönelik dava açabileceği kabul edilmekle birlikte (TMK. m. 331), bu talebin dava tarihinden itibaren geçerli olacağı kabul edilmekte, buna göre geriye etkili bir şekilde artırım talebine cevaz verilmemektedir²⁹. Gerçekten nafakaların ortak özellikleri arasında sayılan; geçmişte kalmış olan bir ihtiyaç için nafaka istenemeyeceği kuralına³⁰ aykırı olduğu zannı uyansa da Öntasarıda

²⁹ **Çelikel**, s. 147. Acabey'e göre hukukumuzda, İM.K. m. 279 benzeri bir kuralın kabul edilmemiş olmasının önemli bir eksiklik, bu boşluğun mahkemelerce, çocuğun üstün yararı dikkate alınarak doldurulması gereklidir. Bkz. **Acabey**, s. 124. Özdemir/Ruhi de, taraflar arasında yapılan anlaşmada kararlaştırılan nafaka miktarının, daha sonra tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile çocuğun ihtiyaçlarındaki olağanüstü artış olması halinde yeniden dava konusu yapılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Özdemir/Ruhi**, s. 102.

³⁰ Bu kuralın geçmiş için beslenilmez "*pro praeterito non alitur*" ve geçmiş zamanda yaşanmaz "*in praeteritum non vivitur*" şeklinde ifade edildiği de görülür. Bkz. **Serozan**, s. 248. Buna karşılık Alman hukukunda evlilik içi doğan çocuklar için nafakanın yöneldiği amaç yani yaşamsal ihtiyacın karşılanması doğrultusunda geçmişe yönelik olarak nafaka talep edilmeyeceği ancak evlilik dışı doğmuş olan çocuklar için geçmişe etkili nafaka talep edilebileceği zira nafaka talebi için öncelikle babanın tespit edilebilmesinin gerekli olduğu bu konuda farklı düşünmek gerektiği ifade edilmektedir. **Schloms**, s. 156, 158.

geçmişe dönük olacak şekilde beş yıllık sürede eksik kalan nafaka miktarının istenebilmesinin, çocuğun geçmişte almış olduğu nafaka miktarının aslında olması gereken tutardan düşük kaldığı halleri kapsamına aldığı görülür. Bu ise özellikle çocuğun menfaati açısından olumlu bir yeniliktir ve kanımızca nafakanın anılan özelliğine bir istisna oluşturmamaktadır.

Öntasarının nafaka miktarının hesaplanmasıyla ilgili 285. madde birinci fıkrada çocuğun ihtiyaçları kadar ana babanın hayat koşullarının ve ödeme güçlerinin de dikkate alınacağı belirtilmektedir. Bu durum mevcut uygulamada da kabul edildiği üzere, ana ve babanın asgari geçim koşulları tutarınca korunması düşüncesinin değişmediğini göstermektedir. Asgari geçim koşulları belirlenirken, nafaka yükümlüsünün net geliri esas alınacak, gerektiğinde yükümlünün işgücü veya çalışmaktan yoksunluk seviyesine göre bu geçim tutarı genişletilebilecek veya daraltılabilecektir³¹.

285. maddenin yeni halinde belirtilen kriterler arasında çocuğun ihtiyaçlarının diğerlerine göre bir önceliği bulunmamaktadır. Zaten Öntasarının açıklayıcı raporunda da açıkça kriterler arasında bir öncelik-sonralık ilişkisinin bulunmadığı belirtilmektedir³². Buna göre ana babanın hayat koşullarının ve ödeme güçlerinin, çocuğun ihtiyaçlarıyla eşdeğerde tutulması sayesinde, çocuğun nafaka talebinde çocuğa karşı ana ve babanın geçinebilecekleri asgari tutar ölçüsünde korundukları görülmektedir.

Mevcut uygulamada, bakım tutarının ya çok fazla belirlendiği ya da hiç belirlenmediği, böylece aradaki dengenin sağlanamadığı ileri sürülmekte ve bu durum eleştirilmektedir. İlk ihtimalde, bakım yükümlüsünün menfaatleri de ihlal edilmekte, onun geçimi için en az tutarın kendisinde kalması yoluyla korunması amacı boşa çıkmaktadır. Bundan başka, öncelikle çocuğun bakımına mı, yoksa ana ve babanın geçimine mi önem verileceği konusunda bir düzenleme boşluğunun söz konusu olmasının da çocuğun aleyhine bir durum olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir³³.

³¹ **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 276, kn. 6, s. 1496, Art. 285, kn. 12, s. 1535.

³² Açıklayıcı Rapor, s. 38.

³³ **Rumo-Jungo/Hotz**, s. 4.

Nafaka miktarının tespitinde bakım yükümlüsü ana ve babanın asgari geçim giderleri ölçüsünde korunmaları yanında, çocuğun bakım giderleri ihtiyacında asgari bir tutarla çocuğun haklarının garanti altına alınması esasının Öntasarıda kabul edilmediği görülmektedir. Ancak bu konuda öğretilerde³⁴ Alman Hukukunda³⁵ olduğu gibi bir asgari nafaka tutarının kabulü önerilmektedir.

³⁴ Rumo-Jungo/Hotz, s. 16.

³⁵ Alman Medeni Kanunu “küçüğün asgari nafakası” başlıklı 1612a paragrafının ilk fıkrasında, “bir aile çatısı altında yaşamayan küçüğün, belirli bir yüzdeyle tespit edilecek asgari nafaka tutarını ana veya babasından isteyebileceği, asgari nafaka tutarının, maddi açıdan küçüğün geçimi için gerekli asgari tutar olarak Gelir Vergisi Kanunu 32. Paragraf 6. fıkranın 1. cümlesine göre serbest tutarlar şeklinde çift tutar olarak belirlenebileceği, bu tutarın aylık olarak hesabında çocuğun yaşına uygun olarak 12. çift tutarın:

1. 6 yaşın doldurulduğu güne kadar ilk yaş kademesinde % 87’si,
 2. 7 yaştan 12 yaşın doldurulmasına kadar ikinci yaş kademesinde % 100’ü,
 3. 13 yaşından sonrası için üçüncü yaş kademesinde % 117’si,
- Asgari geçim tutarı olarak hesaplanır. “

Bu düzenleme de dikkate alınarak, Alman Hukuku’nda da mahkemelerin evlilik içi çocuklarda çeşitli eyalet yüksek mahkemelerinin aile senatoları tarafından uzun yıllara dayanan tecrübeler neticesinde oluşturulan nafaka tablolarından “Düsseldorfer Tabelle” (Düsseldorf Tablosu) hazırlanmış ve bu tabloya göre tespit edilen minimum geçim değerleri uygulamada kabul görmektedir. Bu geçim değerleri geliri 2010 yılında nafaka yükümlüsünün net gelirin 1.501 Avronun altında olduğu hallerde, 6 yaşın doldurulduğu birinci kademe için 317 Avro, 12 yaşın doldurulduğu ikinci kademe için 364 Avro, 18 yaşın doldurulduğu üçüncü kademe için 426 Avro, 18 yaştan büyükler için 488 Avro, eğer yükümlünün geliri 4701 ila 5100 Avro arasındaysa, bu değerlerin 508, 583, 682, 781 Avro olacağı, yükümlünün geliri daha fazlaysa bu kez de somut olayın koşullarına göre geçim değerlerinin tespit edileceği kabul edilmektedir.

Evlilik dışı çocuklarda ise babanın “kural nafaka” olarak adlandırılan nafakayı ödemekle yükümlü olduğu, kural nafaka miktarının Düsseldorf tablolarında olduğu gibi değişen ekonomik koşulların 3 yıllık arayla yönetmeliğe uyarlandığı özel bir “Kural Nafaka Yönetmeliği”nin belirlendiği, bu yönetmelikte çocuğun yaşına göre kademelendirilen tutarların, bireysel duruma uygun düşen arttırmalar, istisnaen indirimler yoluyla tespit edildiği görülmektedir. Bkz. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 285, kn. 5, s. 1531; **Schloms**, s. 156, 158.

D. NAFKA BORCUNUN EKSİK KALAN KISMININ TAMAMLANMASI

Nafaka borcuyla yükümlü olan kimselerin, asgari geçim koruması altında olması sonucunda, çocuğa bakmakla yükümlü olan, çoğu zaman da onu eğiten annenin, nafaka borcunun eksik kalan kısmının olumsuzluğuna kendisinin katlanmak durumunda kaldığı görülür. Mevcut düzenlemede bakım yükümlüsü kimselerin borcuna yeterli gelmeyen ödemede bulduklarında, eksik kalan kısmı sosyal yardımlar yoluyla tamamlattıkları görülse de bakım alacaklısının menfaatlerini tam olarak korumaktan uzak kaldığı için bu çözüm tarzı tatmin edici görülmemekte ve eleştirilmektedir. Gerçekten mevcut düzenlemede, nafaka yükümlüsünün de asgari geçim tutarınca korunması ve onun sınırlandırılmış bir şekilde tayin edilen nafakayı yerine getirmekle yükümlülükten kurtulması karşısında, eksik kalan nafaka miktarının tamamlanabilmesi açısından mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır.

Öğretide bazı yazarlarca³⁶ nafaka yükümlülerinin asgari geçim tutarıyla korunmasının mutlak olarak uygulanmaması, onların her türlü gelir kaynaklarıyla bakım ihtiyacını gidermeye katılarak eksik kalan nafaka kısmını tamamlamaları, bu eksik kısmın çocukla olan ilişkilerine göre nafaka yükümlülerine dağıtılabilmesi yoluyla bu olumsuz durumun giderilebileceği ileri sürülmektedir. Bu konuda başka yazarlara³⁷ göre ise özellikle annenin sosyal yardımla desteklenmesi gerektiği, bunun için de nafaka yardımına başvurulduğunda, bu yardımın etkili ve gerçekçi bir şekilde gerçekleştirilmesi için ailevi nafaka yükümlerine yönelik olmak üzere Sosyal Yardım Bütçesinin de düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Böyle bir bütçe Kantonel Sosyal Yardım kanunlarında öngörülmediği gibi, Anayasa da bu konuda bir adım atılmış değildir. Nafaka sandıklarının ve sosyal yardım mekanizmalarının oluşturulması hakkında Öntasarıda Yardım Sandıklarına yer verilmektedir (İMK. m. 131 hüküm değişikliği, 131a yeni hüküm, 176a yeni hüküm, 290 hüküm değişikliği). Yardım sandıklarının amacı, nafaka

³⁶ Honsell/Vogt/Geiser, Art. 285, kn. 20-21, s. 1538.

³⁷ Rumo-Jungo/Hotz, s. 26, 28.

yükümlüsü olan kimselerin her türlü ekonomik zorluklarına karşı onlara destek olabilmektir.

İsviçre hukukunda bu konuya çare olması beklenen ve yürürlükte olan 293/II. fıkraya göre ana ve babanın, bakıma yönelik güçlerinin yetmediği yerde, kamu hukuku kuralları gereğince devletin çocuğun bakımı için gerekli mekanizmayı sağlayacağı belirtilmektedir. Ancak halen böyle bir mekanizmanın etkin bir şekilde yerine gerçekleştirilmemesi, bunun için ayrıntılı ve etkili hükümler içeren, gelişime açık bir nafaka mekanizmasının kurulamamış olması eleştirilere sebep olmaktadır³⁸.

Hukukumuzda ise bu konuda etkin bir mekanizma sağlayabilmek adına Anayasanın 41/II. maddesinde devletin çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilatı kuracağı belirtilmektedir. Bu temel norm yanında Aile Mahkemeleri Kanunu altıncı maddede Aile Mahkemelerinin küçükler hakkında bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya yetkili oldukları, Çocuk Koruma Kanunu beşinci maddede çocuğa danışmanlık, bakım, eğitim, sağlık ve barınma konuların koruyucu ve destekleyici tedbirler alınacağı belirtilmekte, özellikle bakıma ilişkin olarak birinci fıkra c bendinde; çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesi öngörülmekte, bu konuda altıncı ve dokuzuncu maddelerde Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu harekete geçerek gerekli araştırma yapmaya ve acil hallerde mahkemeye başvurmaya yetkili makam olarak belirtilmektedir.

SONUÇ

Çocuğun öncelikle korunması düşüncesiyle hazırlanmış bulunan ve henüz Tasarı aşamasına gelmemiş olsa da yürürlükteki hukuk açısından önem taşıyan Öntasarıda önemli bazı yeniliklere yer verilmektedir. Bu yenilikler arasında; çocuğun yararına daha fazla vurguda bulunulması, çocuğun bakımında eşlerin medeni durumu açısından mevcut olan eşitsiz-

³⁸ Rumo-Jungo/Hotz, s. 4.

liğin giderilmesi, nafaka miktarının belirlenmesi ile nafaka borcunun eksik kalan kısmı için devlet mekanizmaların daha etkin kılınması sayılabilir.

Çocuk hukukunun da temel ilkesi sayılan çocuğun yararı konusunda Öntasarıda en çok göze çarpan hüküm; çocuğun nafakaya dayalı taleplerinin diğer her türlü ailevi nafaka taleplerinden önce gelmesine ilişkin bir kuralın benimsenmiş olmasıdır. Çocuğun yararı bundan başka diğer yeniliklerin de kabul edilmesinde temel düşünce olmuş, buna uygun olarak nafaka yükümlülüğünün belirlenmesinde eşlerin medeni durumunun gözetilmeyeceği kabul edilmiştir. Uygulamada evlilikten doğan ile evlilik dışı doğan çocuklar açısından eşitsizlik getirdiği ileri sürülen; evliliğin sona ermesinden sonra nafaka yükümlülüğünün belirlenmesine ilişkin 125/II-6. bendin Öntasarıda kaldırılması da bu kabulün bir sonucudur. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların da en az evlilikten doğan çocuklar gibi korunma ihtiyacı içinde olduğu inkâr edilemez bir gerçektir. Özellikle batılı toplumlarda evlilik dışı ilişkilerin yaygınlaşmasıyla bu ilişkiden dünyaya gelen çocukların da hukuken aynı zemine oturtulması ihtiyacı gitgide kendini göstermektedir. Bu sebeple Öntasarının eşitliği sağlama düşüncesiyle bu yönde getirmiş olduğu yenilikler yerinde olmuştur.

Nafaka miktarının belirlenmesi konusunda da çocuğun ana ve babadan birinde ya da üçüncü bir kimsede bakılıyor olmasından kaynaklanan giderlerin de hesaplamada dikkate alınması ve özellikle ödeme güçsüzlüğü dolayısıyla eksik nafaka miktarı tespit edildiğinde, sonradan durumda olağanüstü bir iyileşme olduğunda son beş yıla ait eksikliği tamamlanmasına yönelik çocuğa dava hakkı tanınması önemli yeniliklerdir. Öntasarıda çocuğun nafaka alacağı korunmakla birlikte nafaka yükümlüsünün asgari geçim koşulları çerçevesinde korunması düşüncesinin de sürdürüldüğü ancak çocuğun almaya hakkı olduğu asgari bir nafaka tutarından bahsedilmediği görülmektedir. Bir yandan çocuğun nafaka alacağı, diğer yandan nafaka yükümlüsünün asgari geçim sınırı; birbiriyle zıt olan ve dengede tutulması gereken menfaatler olmasının bir sonucu olarak çocuğun da asgari nafaka alacağıyla ilgili bir hükme yer verilmesi yerinde olurdu.

Son olarak yükümlü olan kimselerin asgari geçim koruması altında olmaları sonucunda nafaka borcunun olması gerekenden eksik şekilde tayin

edilmesi halinde, eğer bu eksiklik kolay ve hızlı bir şekilde tamamlanamıyorsa, nafaka alacaklısı çocuğun yararının tam olarak korunduğundan bahsetmek de mümkün olmaz. Bu konuda en başta devletin, sosyal yardım politikaları uyarınca bütçeden gereken payı ayırması ve nafaka sandıklarının oluşturulması için somut adımlar atması gerekir. Hukukumuzda bu konuda etkin bir mekanizma sağlayabilmek adına Anayasada, Aile Mahkemeleri Kanunu'nda ve Çocuk Koruma Kanunu'nda çeşitli hükümler öngörülmüş olsa da gerçekte etkin bir korumanın halen sağlanamamış olduğu bir gerçektir. Bunun için de en başta Anayasa'da ve Türk Medeni Kanunu'nda, Öntasarıdaki gibi yasakoyucuyu harekete geçirecek bir hükmün kabulü, sosyal devlet ilkesi gereğince çocuğun sahip olduğu hakları iyileştirme zımında iyi bir adım olacaktır.

EK: Mevcut Hükümlerle Karşılaştırmalı Olarak İsviçre Medeni Kanununda ve Medeni Yargılama Usulü Hakkında Kanunda Değişikliği Amaçlanan Hükümler³⁹:

İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği: m. 125/II, b. 6 yürürlükten kaldırılması

Mevcut hüküm:

E. Evliliğin Sona Ermesinden Sonra Nafaka

I. Koşulları

Madde 125

Eşlerden biri ihtiyacı olduğu nafakayı emeklilik fonuyla karşılamıyorsa, diğeri ona uygun miktarda nafakayı sağlamakla yükümlüdür.

Nafakaya karar verilirken, nafakaya hükmedilip hükmedilmeyeceği, nafakaya hükmedilecekse nafakanın miktarı ve süresi gibi hususlar yanında özellikle aşağıdaki hususlar da göz önünde tutulur:

³⁹ Bu hükümlerle birlikte uyumluluk sağlanması amacıyla 132, 177, maddelerin kenar ve üst başlıklarının da değiştirilmesi söz konusu olup, yukarıda sadece içerik olarak göze çarpan ve önem taşıyan değişiklikler belirtilmiştir.

...

6. Halen bakımıyla yükümlü olunan çocuk söz konusuysa, çocuğun bakımının kapsamı ve süresi,

...

İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği: m. 131'in, 131 ve 131a maddesi olarak ayrılması ve bazı değişikliklere gidilmesi

Mevcut hüküm:

IV. İnfaz

I. Yardım Sandıkları ve Ödemeler

Madde 131

Yükümlü olan kimseler nafakayı yerine getirmezlerse, Çocuk Esirgeme Makamı veya Kantonel Hukukun yetkili saydığı alanında uzmanlaşmış bir kimseler, dilekçeyle kendisine başvurulduğu anda, nafakanın uygun şekilde yerine getirilmesi konusunda kural olarak herhangi bir karşılık almadan yardımcı olacaklardır.

Yükümlü kimsenin nafakayı yerine getirmemesi halinde ödemelerin düzenlenmesi hakkında kamu hukuku kuralları saklıdır.

Nafaka yükümlülüğünü devlet yerine getirmişse, nafaka alacağı tüm haklarıyla birlikte devlete geçer.

Yeni hüküm:

IV. İnfaz

I. Yardım Sandıkları

Madde 131

Yükümlü olan kimseler nafakayı yerine getirmezlerse, Çocuk Esirgeme Makamı veya Kantonel Hukukun yetkili saydığı alanında uzmanlaşmış bir kimse, dilekçeyle kendisine başvurulduğu anda, nafakanın uygun şekilde yerine getirilmesi konusunda kural olarak herhangi bir karşılık almadan yardımcı olacaklardır.

Federal Meclis, yardım sandıklarının yerine getirmek zorunda oldukları edimleri, buna ilişkin bir Yönetmelikle belirlemekle yükümlüdür.

II. Ödemeler

Madde 131a

Yükümlü kimsenin nafakayı yerine getirmemesi halinde Kamu Hukuku kuralları ödemelere ilişkin gerekli mekanizmanın kurulmasıyla ilgili gerekli düzenlemeyi yapar.

Nafaka yükümlülüğünü devlet yerine getirmişse, nafaka alacağı tüm haklarıyla birlikte devlete geçer.

İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği: m. 276/II değişikliği ve 276a maddesinin eklenmesi

Mevcut hüküm:

İkinci Bölüm Ailenin Nafaka Yükümlülüğü

A. Konusu ve Kapsamı

Madde 276/II

Nafaka yükümlülüğü bakım ve eğitim yoluyla, eğer çocuk bakımla yükümlü olan kimsenin gözetimi altında değil ise parasal yolla yerine getirilir.

Yeni hüküm:

A. Genel Olarak

1. Konusu ve Kapsamı

Madde 276/II

Nafaka yükümlülüğü çocuğun yararının gerektirdiği hallerde, bakım ve eğitim yoluyla yerine getirilir. Eğer çocuk bakımla yükümlü olan kimsenin gözetimi altında değil ise yükümlülüğün parasal yolla yerine getirilmesi söz konusu olur.

2. Reşit Olmayan Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğünde Öncelik

Madde 276a

Reşit olmayan çocuğa karşı yerine getirilmek zorunda olunan nafaka talebi, diğer her türlü ailevi yükümlülüklerden önce gelir.

İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği: m. 285 değişikliği ve 285a maddesinin eklenmesi

Mevcut hüküm:

IV. Nafaka Miktarının Belirlenmesi

Madde 285

Nafaka miktarı çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşullarına ve ödeme güçlerine uygun şekilde tespit edilmeli ve bu tespitte varsa çocuğun malları ile gelirleri ve herhangi bir yükümlülüğü olmayıp da çocuğa bakım gösteren kimsenin durumu da göz önünde tutulmalıdır.

Mahkeme tarafından aksi belirtilmediği sürece, nafakayla yükümlü kimseler için öngörülmüş olan; çocuğa ayrılan ödenekler, sosyal sigorta ödemeleri ve çocuğu yapılacak benzer ödemeler de nafaka tutarının içinde yer alır.

Nafaka yükümlülüğüyle bağlantılı olarak ödenen ve kanunen ödeme ölçüsünde nafaka yükümlülüğünü azaltan nitelikteki yaşlılık aylığı, sakatlık sebebiyle sosyal sigorta ödemesi ya da benzeri ödemeleri yükümlü kimse çocuğun nafakasına ayırmak zorundadır.

Nafaka miktarının tabi olduğu süre önceden mahkeme tarafından tespit edilir.

Yeni hüküm:

IV. Nafaka Miktarının Belirlenmesi

1. Ana ve Babanın Sorumlu Olduğu Tutar

Madde 285

Nafaka miktarı çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşullarına ve ödeme güçlerine uygun şekilde tespit edilmelidir. Bunun yanında çocuğun malları ile gelirleri de göz önünde tutulmalıdır.

Nafaka miktarının belirlenmesinde ana ve babanın veya üçüncü kimselerin çocuğun bakımı sebebiyle bağlantılı olan giderler de hesaba katılır.

Nafaka miktarının tabi olduğu süre önceden mahkeme tarafından tespit edilir.

2. Çocuğun Nafakasında Yer Alan Diğer Katkılar

Madde 285a

Mahkeme tarafından aksi belirtilmediği sürece, nafakayla yükümlü kimseler için öngörülmüş olan; çocuğa ayrılan ödenekler, sosyal sigorta ödemeleri ve çocuğu yapılacak benzer ödemeler de nafaka tutarının içinde yer alır.

Nafaka yükümlülüğüyle bağlantılı olarak ödenen ve kanunen ödeme ölçüsünde nafaka yükümlülüğünü azaltan nitelikteki yaşlılık aylığı, sakatlık sebebiyle sosyal sigorta ödemesi ya da benzeri ödemeleri yükümlü kimse çocuğun nafakasına ayırmak zorundadır.

İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği: m. 286a eklenmesi

Mevcut hüküm: karşılığı bulunmamakta.

Yeni hüküm:

VI. Eksik Nafakanın Yerine Getirilmesinde Nafaka İlişkisinde Meydana Gelen Olağanüstü İyileşmeler

Madde 286a

Halen ödenmekte olan nafaka hakkında sözleşme yapılmış olup da miktarı konusunda herhangi bir belirleme yapılmadığı hallerde, nafaka ilişkisinde nafaka yükümlüsü ana veya babanın durumunda öncesine kıyasla olağanüstü şekilde bir iyileşme olursa, çocuğun o ana veya babasından son beş yılı kapsayacak şekilde eksik kalan nafaka tutarını talep etmeye hakkı vardır.

Eksik nafaka miktarı devlet tarafından karşılanmışsa bu talep devlete geçer.

İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği: m. 290 kenar başlığıyla 1. ve 2. fıkra şeklinde yeniden düzenlenmesi

Mevcut hüküm:

II. İnfaz

1. Uygun Yardımlar

Madde 290

Yükümlü olan kimseler nafakayı yerine getirmezlerse, Çocuk Esirgeme Makamı veya Kantonel Hukukun yetkili saydığı alanında uzmanlaşmış bir kimseler, dilekçeyle kendisine başvurulduğu anda, nafakanın uygun şekilde yerine getirilmesi konusunda kural olarak herhangi bir karşılık almadan yardımcı olacaklardır.

Yeni hüküm:

II. İnfaz

1. Yardım Sandıkları

Madde 290

Yükümlü olan kimseler nafakayı yerine getirmezlerse, Çocuk Esirgeme Makamı veya Kantonel Hukukun yetkili saydığı alanında uzmanlaşmış bir kimseler, dilekçeyle kendisine başvurulduğu anda, nafakanın uygun şekilde yerine getirilmesi konusunda kural olarak herhangi bir karşılık almadan yardımcı olacaklardır.

Meclis yardım sandıklarının yerine getirmek zorunda oldukları edimleri bir yönetmelikle tespit etmekle yükümlüdür.

İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği: m. 295/I b. 2 değişikliği

Mevcut hüküm:

J. Evli Olmayan Ananın Talepleri

Madde 295/I-2

Ana doğumdan itibaren en geç bir yıl içinde babaya veya onun mirasçılara karşı dava açarak şu taleplerde bulunabilir:

...

2. Doğumdan geriye doğru en az dört haftalık ve doğumdan sonrası için en az sekiz haftalık nafaka giderlerini;

Yeni hüküm:

J. Evli Olmayan Ananın Talepleri

Madde 295/I-2

Ana doğumdan itibaren en geç bir yıl içinde babaya veya onun mirasçılarına karşı dava açarak şu taleplerde bulunabilir:

...

2. Doğumdan geriye doğru en az dört haftalık nafaka giderlerini;

İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği: m. 329/I'e yeni bir cümle eklenmesi

Mevcut hüküm:

B. Taleplerin Kapsamı ve İleri Sürülmesi

Yardım nafakası hakkındaki talep mirastaki sıraya göre ileri sürülebilir ve bu talep yardım ihtiyacı içinde olanın geçimi için gerekli ve onun yükümlü ile olan ilişkisine uygun nitelikte olmalıdır.

Somut olayın özel şartları gereğince nafakanın ödenmesi hakkaniyete aykırı olacaksa mahkeme bu yükümlülüğü azaltabilir veya tamamen ortadan kaldırabilir.

Çocuğun nafakasına ilişkin talepler ve bu taleplerin devlete geçmesiyle ilgili özel kuralların niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması mümkündür.

Yeni hüküm:

B. Taleplerin Kapsamı ve İleri Sürülmesi

Yardım nafakası hakkındaki talep mirastaki sıraya göre ileri sürülebilir ve bu talep yardım ihtiyacı içinde olanın geçimi için gerekli ve onun yükümlü ile olan ilişkisine uygun nitelikte olmalıdır. *Bu talep, boşanma veya*

ayrılık sebebiyle gelirinde azalma olup da çocuğun bakımı giderleri sebebiyle ekonomik açıdan zayıf duruma düşmüş olma gerekçesiyle ileri sürülemez.

Somut olayın özel şartları gereğince nafakanın ödenmesi hakkaniyete aykırı olacaksa mahkeme bu yükümlülüğü azaltabilir veya tamamen ortadan kaldırabilir.

Çocuğun nafakasına ilişkin talepler ve bu taleplerin devlete geçmesiyle ilgili özel kuralların niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması mümkündür.

İsviçre Medeni Yargılama Usulü Hakkında Kanun Değişikliği:

Mevcut hüküm: karşılığı bulunmamakta.

Yeni hüküm:

Nafaka Miktarı

Madde 296a

Anlaşma yoluyla nafaka miktarının belirlenmesinde şu hususlar da göz önünde tutulur:

- a. Ana ve babanın ve her bir çocuğun hangi gelirlerinin ve malvarlığı değerlerinin dikkate alındığı;*
- b. Her bir çocuk için miktarın nasıl tespit edildiği;*
- c. Her bir çocuk için ödenecek miktarda ne kadar eksik bulunduğu;*
- d. Hayat koşullarının değişmesi sebebiyle gerekli olan uygun gider artışlarının miktarı.*

Kaynakça

- Abik**, Yıldız: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan 2011, s. 1-75.
- Acabey**, Beşir Mehmet: “Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Konular”, İzmir Barosu Dergisi, Ekim 2006, s. 88-138.
- Baysal**, Başak: “Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 2012, S. 95-96, s. 7-27.
- Büchler**, Andrea/**Cantieni**, Linus/**Simoni**, Heidi: “Die Regeln der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda - ein Vorschlag”, FAMPra - Die Praxis des Familienrechts 2007, S. 2, Stämpfli Verlag AG, Bern, s. 207-227.
- Çelikel**, Serdar: Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012.
- Geiser**, Thomas/**Widmer**, Rolf: “Ein Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, AJP 2000, s. 3-17.
- Grassinger**, Gülçin Elçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s. 823-846.
- Hausheer**, Heinz/**Spycher**, Annette: Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010.
- Hegnauer**, Cyril: Berner Kommentar, Bd. II/2/2/1, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 270-295 ZGB, Stämpfli Verlag, 1997.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art 1-456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010.
- İnan**, Ali Naim: Çocuk Hukuku, İstanbul 1968.
- Özdemir**, Hayrunnisa/**Ruhi**, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, Ankara 2012.

Rumo-Jungo, Alexandra/Hotz, Sandra: “Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt”, FAMPRA - Die Praxis des Familienrechts 2013, S. 1, Stämpfli Verlag AG, Bern, s. 1-32.

Schloms, Heidemarie (Çev. Ozanoğlu, Hasan Seçkin): “Alman Hukukunda Çocukların Nafaka Hakkına, Özellikle Adli Memurlara Yüklenen Görevler Bakımından Genel Bir Bakış”, AÜHFD 2001, C. 50, S. 1, s. 153-162.

Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005.

Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre: Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000.