

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA
TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDAKİ VELÂYET HAKKININ
KALDIRILMASI (TMK. M. 348) HÜKÜMLERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yrd. Doç. Dr. İsmail ERBAY*

1. Özet

Türk hukukunda, velâyet hakkının kaldırılmasına, sadece son çare olarak başvurulabilir. Velâyet hakkı kaldırılmadan önce, bu hakkın muhtevasına giren bazı yetkilerin sınırlandırılması yoluyla, çocuğun menfaatine yönelik tehlike ortadan kaldırılmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nda kayyım atanmasına ilişkin kanunî düzenleme mehz İsviçre Medenî Kanunu'ndan farklı düzenlense bile, bu sonuca Türk Anayasa'sının ailenin korunmasına ilişkin hükümlerinden çıkarılabilir. Zira velâyet hakkının kısıtlanması, anne ve/veya baba ve de çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması niteliğindedir. Özgürlüklerde, özüne dokunmaksızın demokratik devlet düzenine uygun kısıtlanabilir. Demokratik devlet düzeninin gereklerine uygunluğu belirlerken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları Türk hukuku açısından yol göstericidir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkeme kararları, Türk hukuku açısından bağlayıcıdır. O halde, çocuğun menfaatine yönelik tehlike daha düşük bir tedbiri gerektiriyorsa, hukukumuz açısından da kayyım atanabilir.

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Öğretim Görevlisi Üyesi

TMK. m. 346/III'de yer alan, velâyet hakkının kaldırılmasının daha sonra doğacak çocukları kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince benimsenen ve Türk Anayasa hukuku açısından da kabul edilen ilkeler gereği, kabul edilemez. Ana ve/veya babanın velâyet hakkı, her bir çocuk açısından değerlendirilmesi gerekir. TMK. m. 346/III'deki velâyet hakkının kaldırılmasının diğer doğacak çocukları kapsamı halinde, velâyet hakkı, sadece ana ve/veya babanın mutlak eğitim yeteneğinden yoksun olması halinde, kaldırılabilir. Bu ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki ailenin korunması ilkesi ile bağdaşmaz. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, ailenin ve özel hayatın korunması ilkesi çerçevesinde devletlerin aktif yükümlülükleri vardır. Bu çerçevede çocuğa yönelmiş tehlike, ana ve babanın mutlak çocuk eğitim yeteneğinden mahrumiyetten beklenilmeden çocuğun yüksek yararı gerekli kılması halinde velâyetin kaldırılması yoluyla izale edilmelidir.

DEPRIVATION OF CHILD CUSTODY UNDER TURKISH LAW ACCORDING TO ARTICLE 348 OF THE CIVIL CODE

2. Abstraction

1.1 General

Turkish family law applies a particular hierarchy of measures to be taken in case that a risk to the child's well-being is identified.

As a rule, the law draws a distinction between several child protection measures within a particular hierarchy: appropriate actions can be taken in compliance with Article 346 by issuing adequate instructions, followed by the appointment of a guardian under article 426 et seqq. Turkish Civil Code (CC).

Deprivation of parental care pursuant to article 347 Turkish CC is a subsidiary measure permissible only if more moderate measures are not eligible in order to remedy a risk to the child's well-being.

As the most stringent measure within said hierarchy, deprivation of child custody, either under article 348 (against the parents' will, ordered

by the supervisory authority), or under article 349 Turkish CC (with the parents' consent, ordered by the guardianship authority) is possible.

1.2 Principles to be obeyed

When ordering a deprivation of child custody, specific principles shall be obeyed:

1. A risk to the child's welfare is the precondition for depriving the parent(s) of child custody;
2. When ordering deprivation of custody, guidelines regarding proportionality must be followed;
3. In the codification of the Swiss Civil Law into the Turkish Civil Code, the regulation of guardian was not accepted, therefore in practice removing the partial deprivation of parental custody the complete depriving the parents of child custody is practiced; But this is under Turkish Constitution (Art. 42) unlawful because a freedom can be restricted in a democratic society only to the extent necessary, without affecting their core under article 13 of the Turkish Constitution.
4. Deprivation of child custody can be ordered only as a ultima ratio measure when other measures fail.

1.3 Criteria justifying the strict standard when appelying custodial measures

1. Deprivation of child custody is regarded as an intrusion into the parents' personal rights and into one's private and family life, which is why courts are reluctant to grant measures directed towards deprivation of parental child custody;
2. Only in case of the parents' permanent failure to comply with their duties under article 339-344 Turkish CC, meaning serious deficiencies relating to the child's education, physical or mental health, moral or social development, the child's place of residence and similar, the courts may order a deprivation of child custody;

3. However, even if a deprivation of child custody has been ordered by the court, the parents' access rights and, vice versa, the child's access rights remain in effect, in compliance with article 323 Turkish CC and Art. 8 of the European Convention on Human Rights;
4. In relation of European Court of Human Rights case law, the provision of article. 348/III Turkish CC obviously does not satisfy said standards, as it stipulates that any deprivation of child custody ex lege applies also to children born subsequently.
5. The educational capacity of parents is relative determining, the parents of a child may be education incapable, but for the other child education capable. The demand for an absolute educational capability for deprivation of custody of all children cannot be agreed with the task of supporting the family by the state. That is why the depriving the parent(s) of child custody for each child to be assessed separately and an absolute inability of parents educational capacity is not to wait out to help the child.

3. Giriş

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nu 22.11.2001 tarihinde kabul edilerek 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹. Mehaz İsviçre Medenî Kanunu'ndaki, "*elterliche Gewalt=velâyet hakkı*" kavramı, 26.06.1988 kabul edilen, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile yerini "*elterliche Sorge= ana babanın bakım yükümü*" kavramına bırakmıştır². Yeni Türk Medenî Kanunu büyük ölçüde, mehaz İsviçre Medenî Kanunu'nu takip etmesine rağmen, *velâyet hakkı kavramını* aynen muhafaza etmiştir. Velâyet hakkı kavramı olarak, yeni 4721 sayılı Türk

¹ Resmî Gazete, Tarih: 08.12.2001, S. 24607.

² **SCHWENZER/BASLER KOMMENTAR**, Art. 296, Nr. 8 ZGB. Velâyet hakkının sorumluluk karakterini vurgulamak için yazar „ebeveyn sorumluluğu“ kavramının kullanılmasını önermektedir. Özellikle Fransızca ve İtalyanca metinde „autorité parentale“ ve „autorità parentale“ kavramı kullanılmıştır.

Medenî Kanunu'nda yerini korumasına rağmen, anlam olarak değişikliğe uğradığının Türk hukuku açısından kabulü gerekir. Bunun önde gelen sebebi, Türkiye Cumhuriyeti'nin milletlerarası alanda çocuk haklarına ilişkin sözleşmeleri iç hukuk normu haline getirmesidir. Buna ilave diğer bir sebep ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin³ Türkiye Cumhuriyeti tarafından 1954 yılında imzalanarak yürürlüğe konulması; ardından da, 28.01.1987'de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önünde **bireysel başvuru** hakkını, 26.12.1989'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin **yargı yetkisini** tanımasıdır⁴. Bunların sonucu olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, iç hukukumuz bakımından bağlayıcı hale gelmiştir. Bu yüzden iç hukuk normlarının, bu arada velâyet hakkının kaldırılmasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları açısından değerlendirilmesi gereklidir.

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 Numaralı Protokol'ün hükümleri arasında, özel ve aile hayatına saygı ilkesi (madde 8)⁵ kapsamında, Türk Medenî Kanunu'ndaki velâyet hakkının kaldırılması (TMK. m. 348) hükmü değerlendirildi.

4. Velâyet Hakkının Türk Hukukundaki Yeri

Aile, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, 20. ve 41. maddelerine göre millî seviyede korunur⁶. Aile, hukuken korunan toplumsal bir kurumdur⁷; toplumun temelini oluşturur (AY. m. 4/I). Türkiye

³ Sözleşme 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 59. maddeye uygun olarak 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzaladı ve 10 Mart 1954 tarihinde ihtirazi kayıtla onayladı. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

⁴ **GÖZLER**, İnsan Hakları Yıllığı, s. 165.

⁵ Sözleşmeyi yeniden düzenleyen 11 Numaralı Protokol 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaya açılmış ve 4. maddeye uygun olarak 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 11 Numaralı Ek Protokolü 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaladı ve 14 Mayıs 1997 tarihinde onayladı. 4255 Sayılı Onay Kanunu 22 Mayıs 1997 gün ve 22996 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

⁶ Bkz. **BADUR**, s. 63 vd.; Alman Anayasa Mahkemesi kararına göre, Anayasal olarak ailenin korunması kavramına öncelikli olarak, birlikte yaşamın korunması girer. Bkz. BVerfG, FamRZ 2007, s. 1869.

⁷ Bkz. BVerfG, FamRZ 2002, S.119; BVerfG, FamRZ 1968, S. 578.

Cumhuriyeti Anayasası'ndaki ailenin korunmasını düzenleyen hükümler, ailenin devletin denetiminde olduğunu ve velâyet hakkının ana-babanın doğal bir hakkı olduğunu lâfzen düzenlememiştir⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde de, AY. m. 20'de olduğu gibi, özel ve aile hayatının korunması genel olarak düzenlenmesine rağmen, devletin, aileyi koruma ve denetleme görevi de, kabul edilmiştir. Bu kapsamda özel hayatın ve aile hayatının korunmasını isteme hakkı, velâyet hakkının korunmasını da kapsamaktadır⁹. Türk hukuku açısından, velâyet hakkı, ailenin korunması kapsamında anayasal koruma bulur. Bu sebeple TMK. m. 348'deki velâyet hakkının kaldırılması da, AY. m. 13 kapsamında özgürlüklerin sınırlandırılması kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında, sadece velâyet hakkı sahibi ana ve babanın hakkı korunmaz, ***bundan daha fazla çocuğun hakkı da korunur. Bu kapsamda çocuğun ana ve/veya babasının velâyeti altında kalma hakkı da korunur***¹¹. Türk Anayasası'ndaki aileyi koruyan hükümler de aynı şekilde anlaşılmalıdır.

Aile kavramı, geniş anlaşılır; birlikte hayat, kanunî evlilik şeklinde olmasa da ailenin korunması hükümlerinden faydalanır¹². Kanunî evlilik

⁸ Oysa Alman Anayasa'sının § 6 hükmü, daha isabetli bir düzenleme içermektedir: „(1) Evlilik ve aile, devletin özel koruması altındadır. (2) Çocukların bakım ve eğitilmesi, ana ve babanın doğal hakkıdır ve öncelikli olarak onlara yüklenen yükümlülüktür. (3) Eğitime hakkı sahibinin iradesine aykırı olarak sadece açık bir kanun hükmüne istinaden, eğitim hakkı sahibinin çocuklara ilişkin yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde veya başka bir nedenle çocukların bakımsızlık tehlikesine düşmüş olması halinde, çocuklar ailelerinden ayrılabilir. (4) Her anne, toplumun korumasını ve sosyal yardımını isteme hakkı vardır. (5) Evlilik dışı çocuklara, kanun yoluyla bedensel ve ruhsal gelişimleri için toplumda, evlilik birliğinden doğan çocuklar gibi konuma getirilmeleri gerekir.“

⁹ Bkz. NESSELRODE, s. 26.

¹⁰ Bkz. GÖZLER, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, s. 53.

¹¹ Bkz. KOÇİSARLIOĞLU, s. 190.

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aynı esası benimsemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında korunan özel hayat kavramına, sadece yasal evlilik birliği değil, evlilik birliği dışındaki birliktelikler de girer. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aileyi, hukuki bir birlikten ziyade, tabii bir birlik olarak değerlendirmektedir. Bkz. EuGHMR, EuGRZ 1993, s. 547.

olmaksızın gerçekleşen birliktelik içerisinde, çocuk doğmuş ise, bu çocuğun eğitimi ve korunması da, anayasal olarak ailenin korunması hükümlerinden yararlanır¹³. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41. maddesinin 2. fıkrası “...*ananın ve çocukların korunması...*” görevini çocukların evlilik birliğinde doğup doğmadığı ayrımını yapmaksızın devlete ait bir görev olarak yüklemektedir.

Ailenin ve çocuğun korunmasının mantıkî ön şartı, devletin denetleme yetkisine de sahip olmasıdır. Denetleme yetkisi, genel olarak velâyet hakkına sınırlamayı da beraberinde getirir. Velâyet hakkına ilişkin getirilen sınırlamalar özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel esaslara tabidir. Devlet ana ve babanın velâyet hakkını sadece, kanunda sayılan hallerde, çocuğun yüksek yararını korumak amacıyla sınırlandırabilir¹⁴.

Velâyet hakkı, sahibine, sadece devlet karşısında değil, üçüncü kişi karşısında da, koruma hakkı bahşeder. Bu kapsamda, ebeveynen her biri, diğer ebeveyn karşısında da velâyet hakkının korunmasını talep edebilir.

Velâyet hakkının kapsamının belirlenmesi özel ve kamu hukuku alanında özel bir önem arz eder¹⁵. Ayrıca aile mahkemeleri ve çocuğun korunmasından sorumlu olan diğer devlet makamlarının uygulaması açısından velâyet hakkının belirlenmesi öneme sahiptir. TMK. m. 348'e göre, velâyet hakkının sınırlandırılması, AY. m. 13'e göre, özlerine dokunulmadan demokratik toplum düzeninin gereklerine göre, sınırlandırılabilir. Bu ilkenin bir sonucu olarak da, velâyet hakkının muhtevasının ancak haklı bir sebeple, *gerektiği ölçüde* sınırlandırılabilir¹⁶. Demokratik toplumun bir gereği olarak, velâyet hakkının içeriğine giren yetkilerin kısmen sınırlandırılmasının, tamamen kaldırılması yerine mümkün olması gerekir. Bu nedenle öncelikle velâyet hakkının ve muhtevasına giren yetkilerin tespit edilmesi gerekir.

¹³ Bkz. BVerFG, FamRZ 2007, s. 965.

¹⁴ Bkz. BVerG, FamRZ 1982, S.1179=NJW 1983, s. 101.

¹⁵ Bkz. PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1625, Rz. 1 ve 2.

¹⁶ Özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin, bkz. GÖZLER, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, s. 53 vd.

5. Genel Olarak Velâyet Hakkı

Velâyet hakkı, ana-babanın çocukların ve istisnai olarak da, kısıtlı yetişkinlerin, bakım ve korumasının sağlanması amacıyla, onların şahıslarının ve mal varlığının üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakları ifade eder¹⁷. Velâyet hakkı kapsamına, çocuğun bakımı, eğitimi, kanunî temsili, ona uygun okul ve meslek eğitimi belirlenmesi; meslek eğitiminin belirlenmesinde çocuğun gittiği okulu seçme ve okul ile birlikte çalışma, çocuğun yardıma ihtiyaç duyması durumunda devlet kurumları ile birlikte çalışmayı, dini eğitim, çocuk mallarının yönetilmesi ve de çocuk ile aynı çatı altında yaşama yani onun ikametgâhını belirleme hak ve yükümlülüğünü kapsar¹⁸.

Velâyet hakkı, Türk-İsviçre Hukuku'nda soybağına bağlıdır. Birbirleri ile evli olan ana ve baba müştereken velâyet hakkına sahiptir. TMK.m.335/I'e göre, "*Ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır*". Reşit olmayan evlâtlıkta, TMK. m. 314/I'e göre, evlat edinenin velayeti altındadır. Ana ve baba birbirleri ile evli değilse, TMK. m. 337/I'e göre velâyet hakkı anaya aittir¹⁹.

Velâyet hakkının kaldırılmasında kanun koyucunun kademeli bir sistemi benimsemesi dolayısıyla, velâyet hakkının muhtevasına giren yetkilerin belirlenmesi özel bir önem arz eder. Kanun tarafından benimsenen anılan bu sisteme rağmen, velâyet hakkı, Türk mahkemelerince çoğu defa velâyet hakkı bir bütün olarak değerlendirilerek, muhtevasına dâhil yetkiler kısmen alınıp kayyım atanması yerine, tamamen kaldırma yoluna gidilmektedir²⁰. Genel olarak velâyet hakkının içerdiği yetki, öncelikli olarak şahsa ve mal varlığına ilişkin velâyet yetkisi olarak ikiye ayrılır²¹. Şahsa ve mal varlığına ilişkin velâyet yetkileri de, fiilî ve hukukî temsil yetkisi olmak üzere kendi

¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 519; HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 25.02; AKINTÜRK, s. 394; SEROZAN, s. 167; Diğer tanımlamalar için bkz. ÖZTAN, s. 364.

¹⁸ HÄFELI, s. 121; Ayrıca bkz. FRANK, Grenzgebiete der elterlichen Gewalt, in FS Hegnauer zum 65. Geburtstag s. 40; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 519; ÖZMEN, s. 37 vd.

¹⁹ Bkz. AKINTÜRK, s. 395.

²⁰ Bkz. ÖZMEN, s. 427 vd.

²¹ Bkz. SEROZAN, s. 174 vd.

içlerinde ikiye ayrılır. O halde, şahsa ilişkin velâyet yetkisi; fiilî şahsa ilişkin velâyet yetkisi (hakkı) ve temsili şahsa ilişkin velâyet yetkisi olarak ayrılır. Aynı ayırım mal varlığına ilişkin velâyet hakkı için de geçerlidir²². Fiilî şahsa ilişkin velâyet yetkisi (hakkı), çocuğa isim verme yetkisi²³, doğumunu nüfus dairesine bildirme hak ve yükümlülüğü, onun bakım ve eğitimi (TMK. m. 340), gözetim yükümlülüğü, yerleşim yerini (ikametgâhını) belirleme hakkı²⁴ (TMK.m.339/III), okul eğitimi²⁵, sağlığının korunması ve tedavi ettirilmesi yetkisi²⁶, yurt dışında ikamet etmesine izin verme yetkisi²⁷, malvarlığı üzerindeki yetkiler (TMK. m. 352 vd.), dinî eğitim hakkı (TMK. m. 340)²⁸, arkadaşlık edeceği arkadaşını belirleme, ölümü halinde onun mezar yerinin belirlenmesi ve onun defni, vs. yetkilerini içerir²⁹.

Velâyet hakkının hukukî temsil boyutuna, çocuğun nafaka ve babalık ya da bir ceza davasında onun temsili, adına ona karşı bir suç işlenmesi halinde, ceza davası açmayı, onun adına mesleki eğitim sözleşmesi kurmayı, evlenmesine rıza beyanında bulunmayı, ona soyadı belirlemeyi, onun idari merciler önünde ve idari yargı davalarında temsil yetkilerini içerir³⁰.

Velâyet hakkının kısmen sınırlanarak kayyım atanması halinde, prensip olarak velayet hakkının muhtevastındaki çocuğun şahsına ve/veya mal varlığına ilişkin temsil yetkilerinin bir veya birden fazlası kayyıma devredilir³¹. Çocuğun ana ve babasının yanından alınarak bir yurda ve bakıcı aile yanına yerleştirilmesi halinde, önce kayyım velâyet hakkının

²² VÖLKER/CLAUSIUS, S. 47; BAKTİR ÇETİNER, s. 52 vd.

²³ Bkz. OLG Brandenburg, FamRZ 2005, s. 1119.

²⁴ Bkz. OLG Karlsruhe, FamRZ 2001, s. 391; OLG München, FamRZ 2008, s. 1103.

²⁵ Bkz. OLG Hamburg, FamRZ 2001, s. 1088.

Bkz. OLG Bamberg, FamRZ 2003, s. 1403; Çocuğa aşı yaptırmak gündelik işlerdendir.

Bkz. OLG Frankfurt, FamRZ 2011, s. 47.

²⁷ OLG Hamburg, FamRZ 2012, s. 562; OLG Köln, FamRZ 2012, s. 563.

²⁸ OLG Hamm, FamRZ 2012, s. 94; AG Weilburg, FamRZ 2003, s. 1308.

²⁹ VÖLKER/CLAUSIUS, s. 43 und 48; Ayrıca Bkz. HÄFLI, s. 121; FRANK, Grenzbereiche der elterlichen Gewalt, in FS Hegnauer 1986, s. 40.

³⁰ VÖLKER/CLAUSIUS, s. 48; Ayrıca bkz. HÄFLI, s. 121; FRANK, Grenzbereiche der elterlichen Gewalt, in FS Hegnauer 1986, s. 40.

³¹ Bkz. BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 308 Nr. 11 ZGB.

muhtevastadaki yetkiyi temsilen kullanarak bakım yurdu ile sözleşme yapar. Kayyımın görevi fiilî bakımın üstlenilmesi değildir.

5.1 Velâyet hakkının kullanılması ölçütü olarak çocuğun yüksek yararı

1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin³² 3. m. 1-d fıkrası, “çocuklar ile ilgili her türlü tedbirlerde, kamu veya özel makamlarca tedbirin alındığına bakılmaksızın (tedbirlerin mahkemelerce veya başka idari kamu kuruluşlarınca ya da kanun koyucu tarafından ele alınmasına bakılmaksızın), çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak gözetilmesi” prensibini benimsenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti de sözleşmenin tarafı olarak bu ilkeyi kabul etmiştir.

Velâyet hakkının mahkeme kararı ile kaldırılması için, her durumda çocuğun menfaatinin tehlikede olması gerekir. Çocuğun menfaati kavramı, 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. m. 1-d fıkrasında kabul edilmesinden sonra, ülkelerin kanun koyucuları tarafından da kabul edildi. Ancak çocuğun menfaati kavramından ne anlaşılması gerektiği sözleşmeye taraf ulusal kanun koyucular tarafından tanımlanmadı³³. Bunun başta gelen sebebi, çocuğun menfaatinin her somut olayda bağımsız olarak değerlendirilmesi gereklilięidir³⁴. Çocuğun menfaati kavramı, mahkeme kararları için belirleyici ölçüttür. Örneğin evlât edinme kararı, evlât edinme ilişkisinin çocuğun menfaatine uygun olduğu sürece mahkemece verilir (TMK.m.315/I; ZGB Art. 264; § 1774/I BGB)³⁵. Kavramın tanımlanma güçlüğünün diğer önemli bir sebebi, farklı disiplinlerce, değişik anlamlarda kullanılmasıdır³⁶.

³² Çocuk Hakları Sözleşmesi, 20 Kasım 1989 tarihinde BM tarafından kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti 09.12.1994 tarihinde 4058 sayılı kanun ile sözleşmeyi onaylamak için hukuk normu haline getirildi. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı 27.1.1995/22184.

³³ Değerlendirme sadece, Türkiye, İsviçre ve Almanya'daki kanun koyucularını kapsamaktadır.

³⁴ **SCHWENZER/ BASLER KOMMENTAR**, Art. 301, Nr. 4 ZGB; **DETTENBORN**, s. 47; Ayrıca bkz. **KOÇHİSARLIOğLU**, s. 203 vd..

³⁵ **DETTENBORN**, s. 47.

³⁶ **DETTENBORN**, s. 47.

Çocuğun menfaatinin tespit etmek bakımından, kanunî düzenleme olarak Alman Hukuku'ndaki SGB VII § 1 f.1 özel bir önem arz eder. Bu hükme göre, “*Her genç, kendi gelişim ve eğitimini, bireysel sorumluluk sahibi olma ve toplum ile uyumlu şahsiyete sahip olma yönünde, geliştirmesini talep etme hakkına sahiptir*”. Bu hükmün ışığında **çocuğun menfaatinin** şu şekilde tanımlamak mümkündür: “*Aile psikolojisi bakış açısıyla çocuğun yüksek yararı, bir çocuğun veya gencin şahsiyetinin gelişimi için, ihtiyaçları ile kendi hayat şartları arasındaki uygun bağlılığı ifade eder*”³⁷. Kavram olumsuz olarak tanımlandığında, çocuğun kendi hayat şartlarına göre, ruhi, ahlakî ve fiziki olarak olumsuz etkilenmesi, çocuğun menfaatinin ihlalidir³⁸. Doktrinde ihtiyaç teorisi kapsamında, üstün yarar kategorize edilerek, aşamalara ayrılmıştır. Bir aşama çocuk için tamamlanmadan, onun gelişiminin sonraki aşamaya geçmeyeceği kabul edilmektedir. Buna göre, çocuğun gelişimi için gerekli olan aşamalar şu şekildedir³⁹:

- i. Beslenme yoluyla, çocuğun vücudunun tatmini (açlığının ve susuzluğunun giderilmesi),
- ii. Çocuğa hayat güvencesi sunulması (gelecek kaygısı duymaması),
- iii. İstikrarlı bir sosyal ilişkiler ortamında hissî yakınlık sunulması,
- iv. Hissî bağlılık, anneye bağlılığı gibi,
- v. Bulunduğu çevreyi tanımasına imkân sunulması,
- vi. Aidiyet duygusunu geliştirme imkânı sunulması,
- vii. Kişiliğinin toplumsal kabul görmesi,
- viii. Kendisine bir yön çizebilmesi ve hayatında amaçlar belirleyebilmesi,
- ix. Kendi kendine karar verebilmesi,
- x. Kendi ferdî gelişimini sağlayabilmesi,

³⁷ DETTENBORN, s. 50.

³⁸ HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.14; HEGNAUER, Berner Kommentar zu Art. 274 ZGB, Nr. 23 vd.; BILDERBOST, s. 133; TAMMEN,B/TRENCZEK, T./FRANKFURTER KOMMENTAR ZUM SGB VIII: KINDER UND JUGENDHILFE; 6. Auflage, Berlin/Heidelberg/Hannover 2009.

³⁹ DETTENBORN, s. 52; Ayrıca bkz. SCHWENZER/BASLER KOMMENTAR, Art. 301, Nr. 5 ZGB.

xi. Bilgi ve eğitim imkânına kavuşması.

Çocuğun menfaatinin tehlikede olduğunun kabulü için, bu tehlikenin gerçekleşmiş olması gerekli olmadığı gibi⁴⁰, yalın bir tehlikenin varlığı ihtimali de, velâyet hakkının kaldırılması için yeterli değildir. Çocuğun menfaatinin tehlikede olduğunun kabulü için, korkulan muhtemel yakın bir tehlike olmalıdır⁴¹. Anne ve/veya babanın çocuk eğitime yeteneği olmasına rağmen, aralarındaki anlaşmazlık da, çocuğun menfaatini tehlikeye atabilir. Bu durumda anne ve/veya baba, kamusal yardıma başvurmalıdır⁴². Her durumda, çocuğun menfaati, ana ve/veya babanın menfaatinden öncelikli olarak korunur⁴³.

İsviçre Federal Mahkemesi ana veya babadan birisine velâyet hakkı verilmesi gerektiğinde, hangisine velâyetin verileceğine ilişkin bir kararında şu ilkeyi benimsemiştir: Ana veya babadan *“her kim tüm şartlar göz önüne alındığında, çocuklara ruhî-psikolojik, bedenî veya sosyal açıdan yaşına en uygun imkân sunarsa”*⁴⁴ öncelikli olarak velâyet hakkı ona verilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, ana ve baba birbirine yakın şartlar sunması halinde, yerel ve aile yapısı sağlamlılığı ve de çocuğun şahsî kararı dikkate alınır⁴⁵.

Çocuğun menfaati kavramının sınırlarını belirlemek için, ayrıca ana ve/veya babanın hakları ve yükümlülüklerini düzenleyen (TMK. m. 182) kapsamında bir değerlendirme yapılması da gerekir. Bu kapsamda çocuğun ebeveyn için taşıdığı önem de rol oynar.

⁴⁰HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.14; HEGNAUER, Berner Kommentar zu Art. 274 ZGB, Nr. 23 vd; BGE 124 IV 154.

⁴¹BGE 122 III 404, 407 f; BGer, 5P.131/2006 E.3.; BILDERBOST, s. 132 vd., s. 169.

⁴²HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.14; LIECHTI /ZBINDEN, Verminderung der Zahl eingeleiteter Massnahmen als Resultat systemischer Sozialarbeit: Beispiel Jugendamt Kassel (BRD), ZVW 1988, s. 81.

⁴³Bkz. BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 133, Nr. 6 ZGB; BGE 117 II 353, 354 f. E. 3; BGE 5P.257/2003, 18.9.2003, FamPra.ch 2004, s. 157 vd.; BAKTIR ÇETİNER, s. 32 vd.

⁴⁴BGE 115 II 206.

⁴⁵BGE 115 II 206.

5.2 Velâyet hakkının eşlerden birisine verilmesi

TMK.m.182'ye göre, boşanmanın bir sonucu olarak velâyet hakkı, eşlerden birisine verilir. Türk Medenî Kanunu boşanmadan sonra müşterek velâyet hakkını tanımamaktadır⁴⁶. Velâyet hakkı eşlerden birisine verilirken çocuğun menfaati, ebeveyn menfaatinden önce gözetilir. Bu kapsamda, çocuğun menfaati gözetilirken ana veya babanın çocuk eğitim yeteneği ile bağlantı içerisinde olmayan boşanmadaki kusuru önem arz etmez⁴⁷. Ana ve babanın çocuk eğitime yeteneği ve diğer ebeveyn ile ve üçüncü kişiler ile iletişim kurma yeteneği önem arz eder⁴⁸. Aynı şekilde çocuğun velâyet hakkının hangi ebeveyne verileceği belirlenirken, çocuk ile ebeveyn arasındaki hissî bağlılık, çocuğa bizzat bakıp bakamayacağı veya daimi olarak çocuğun bakımı için sunduğu teklif⁴⁹ ve çocuğun yaşı dikkate alınır. Mahkeme bu kararı verirken, çocuğun menfaati ile ilgili tüm şartları göz önüne alır. Velâyet hakkını eşlerden birisine verirken, çocuğun iradesini de dikkate almalıdır (TMK. m. 182/I; Art. 133 Abs. 2 ZGB)⁵⁰. TMK. m. 182'de çocuğun görüşüne başvurmak ihtiyari izlenimi vermektedir. Ancak Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne⁵¹ göre, çocuğa bir temsilci atanması anlaşmanın 4. ve 9. maddelerine göre gereklidir. Yargılama esnasında her bir somut olayın tüm şartları dikkate alınarak, velâyet hakkının kime verileceği belirlenmelidir. Velâyet hakkının ana ve babadan birisine verilirken de, çocuğun şahsi ihtiyacı dikkate alınmalıdır.

⁴⁶ Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 133, Nr. 2 ZGB.

⁴⁷ Bkz. BGE 117 II 353, 358 E.4d; 05.07 1995 tarihinde bir kararda „ Davacı annenin mücerret genelevde çalışmakta olması onun kötü bir anne olduğunu göstermez. Anne çocuğu bu yaşantısının dışında tutabiliyorsa ve çocukla yaşam biçimi çocuğun yararına ise, velayet anneye verilebilir. Nitekim idrak çağındaki küçük de annesi ile birlikte kalmak istemektedir.“ Yarg. 2.HD. 05.07.1995, 6964/7868, **AKINTÜRK** s. 303 dn. 140a`dan naklen.

⁴⁸ Bkz. BGE 115 II 206, 210; BGE 115 II 317.

⁴⁹ Bkz. BGE 117 II 353, 35; BGE 114 II 203-204, E.5; BGE 112 II 381, 383 E.4.

⁵⁰ **SCHWENZER/FamKOMMENTAR SCHEIDUNG**, Art. 133, Nr. 2 ZGB; BGE 111 II 225, 227; BGE 111 II 405, 406.

⁵¹ Sözleşme 25 Ocak 1996 tarihinde Strasbourg'da imzalanmış ve 21. maddeye uygun olarak 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe girdi. Türkiye Sözleşmeyi 9 Haziran 1999 tarihinde imzalayarak 18 Ocak 2001 tarihinde onayladı. 4620 Sayılı Onay Kanunu 1 Şubat 2001 gün ve 24305 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlandı.

Bu kapsamda olmak üzere, çocuğun yaşı, ilgi alanları, eğilimleri, özenle bakım ihtiyacı ve de eğitimi dikkate alınmalıdır⁵². Bu sebeple çocuğun ana ve babası ile şahsi ilişkisi, ana ve babanın eğitim yeteneği, çocuğa şahsî bakım ve özeni dikkate alınmalıdır⁵³. Hâkim tüm şartları değerlendirirken, geniş bir takdir hakkına sahiptir⁵⁴.

Boşanma kararından sonra doğan çocuğun velâyeti, boşanma kararıyla diğer çocukların velâyeti bırakılan ebeveyne kendiliğinden sahip olmaz. Mahkemenin ayrıca yeni doğan çocuk için velâyet hakkının belirlenmesi için karar vermesi gerekir⁵⁵. Boşanma kararı ile kendisine velâyet hakkı bırakılan ebeveynin ölmesi halinde, velâyet hakkı kendiliğinden diğer eşe ait olmaz. Mahkeme uygun görürse, velâyet hakkını sağ kalan ebeveyne verebilir, uygun görmez ise de, çocuklara vasi atar⁵⁶. Evlât edinenin ölmesi halinde, evlâtlığın velâyeti, kendiliğinden, biyolojik ana ve babasına geçmesi sonucu doğurmaz⁵⁷.

Türk hukukunda, boşanmadan sonra ana ve babanın anlaşması halinde, çocuğun menfaatine uygun olduğu sürece, TMK. m. 182'e göre velâyet hakkının ana ve babaya birlikte verilebileceği savunulmuştur⁵⁸. Bu yönde bir görüşte Koçhisarlıoğlu⁵⁹ tarafından ileri sürülmüştür. Yazar, çocuğun menfaatinin onun her iki ebeveynin velâyet hakkı altında bulunmasını gerekli kıldığından hareketle, kanun hükmünün aşılması gerektiğini vurgulamaktadır. Kanaatimizce, TMK. m. 182'deki velâyet hakkının ana veya babadan birisine verilmesi hükmü, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları dolayısıyla aşılmıştır. Bu sebeple,

⁵² BGE 112 II 381, E.3.

⁵³ BGE 112 II 381, E.3. ; BGE 111 II 227 E. 2.

⁵⁴ BGE 112 II 381 f, 111 II 225 f, 109 II 193; **SCHWENZER/FamKOMMENTAR SCHEIDUNG**, Art. 133, Nr. 2 vd. ZGB; **AKINTÜRK**, s. 302.

⁵⁵ **AKINTÜRK**, s. 304.

⁵⁶ **AKINTÜRK**, s. 305; Yargıtay bir kararında farklı sonuca vardı: „Karı-kocadan birisinin ölmesi halinde, velayet sağ kalana geçer. Ana sağ olduğuna göre, velayet hakkı mahkeme kararı ile nez edilmedikçe, çocuğa vasi tayini mümkün değildir“ Yarg. 2. HD. 10.12.1982 9972/10197 bkz. **ŞENER**, s. 262.

⁵⁷ Yarg. 2.HD. 12.11.1981 6777/6997 bkz. **ŞENER**, s. 262.

⁵⁸ **ÖZTAN**, s. 466-467

⁵⁹ **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 210 vd.

TMK. m. 182'nin Anayasa Mahkemesinin denetimine sunulması, yasama erkinin harekete geçirilmesi gerekir.

Türk Medenî Kanunu'nun kanunlaştırma aşamasında İsviçre Medenî Kanunu'nun 133. maddesinin 3. fıkrası Türk hukukuna alınmamıştır. Anılan bu hükme göre, ana ve baba, çocuğun bakımının paylaşılması hakkında ve ödenecek nafaka konusunda anlaşmaları halinde, çocuğun menfaati ile bağdaştığı ölçüde, müşterek velâyet hakkı her iki ebeveyne bırakılır (Art. 133/III ZGB). Bunun için her iki ebeveynin müşterek velâyet yönünde müracaat etmeleri, tarafların mahkemece kabul edilebilir anlaşmaları ve bu anlaşmanın çocuğun menfaati ile bağdaşması gerekir⁶⁰.

TMK.m.183 hükmü, ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi olgular zorunlu kılması halinde hâkimin re'sen veya ana ve babadan birisinin talebi üzerine gerekli önlemleri alacağını ifade etmektedir. Bu maddenin mehz İsviçre'de olduğu gibi anlaşılması daha isabetli olur: Buna göre, “Çocuğun menfaatine ilişkin önemli değişiklikler olması halinde, ana veya babadan birisinin veya çocuğun ya da vesayet makamının müracaatı üzerine, çocuğun velâyetinin hangi ebeveyne verileceği tekrar belirlenir (Art. 134/I ZGB)”.

Kural olarak, boşanmadan sonra velâyet hakkının ana veya babadan birisine verilmesi sürekli⁶¹. Ancak çocuğun menfaati yeni çıkan şartlara göre de korunması gerekir⁶². Velâyet hakkının yeniden ana ve baba arasında değerlendirme konusu olabilmesi için gerçekleşen olaylara ilişkin muhtemel değişikliklerin ön görülememiş olması gerekir. Velâyet hakkı sahibi ebeveynin taşınma zorunda kalması, borcunu ödemekten acze düşmesi sebebiyle okul taksitlerini ödeyememesi örnek kabilinden sayılabilir⁶³. Velâyet hakkı sahibi ebeveynin evlenmesi, başlı başına velâyetin diğer eşe verilme sebebi değildir⁶⁴.

⁶⁰ **BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 133, Nr. 18 ZGB.

⁶¹ Bkz. BGE 120 II 232 vd.

⁶² **BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 134, Nr. 2 ZGB.

⁶³ **BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 134, Nr. 4 ZGB.

⁶⁴ Yarg. 2. HD. 28.01.1985 209/666, ŞENER, s. 262.

5.3 Boşanmadan sonra ana ve babanın müşterek velâyet hakkının İsviçre’de kanunlaştırma çabaları ve bunun velâyet hakkının kaldırılmasına etkileri

Boşanmadan sonra ana-babanın müşterek velâyet hakkına ve boşanma ve ayrılıktan sonra nafaka talebine ilişkin, 16.11.2011 tarihli İsviçre’deki Kanun Değişikliği Tasarısının 296. maddesinin 2. fıkrasında⁶⁵, her iki ebeveynin şahsî durumundan bağımsız olarak velâyet hakkı, genel kural olarak ana ve babaya müştereken ait olacağı öngörülmektedir. O halde, boşanmadan sonra da ve de babanın çocuğu tanınması halinde çiftler evli olmasa bile, velâyet hakkına müştereken sahip olurlar⁶⁶. Bu yeni kural, hem velâyet hakkının kazanılmasında uygulandığı kadar, kaybını da uygulanır.

Yukarıda bahsedilen yeni tasarıya göre, müşterek velâyet hakkı çocuğun yararına olmaması halinde, müşterek velâyet hakkından vazgeçilerek, ebeveynden birisine velâyet hakkı verilir⁶⁷. Tasarı gerekçesine göre, velâyet hakkının kaldırılmasını gerekli kılan şartların mevcut olması gerekir⁶⁸. Başka bir ifade ile eşlerden birisinin velâyet hakkından mahrum edilmesi için, kanunda düzenlenen velâyetin kaldırılmasına ilişkin şartların o eş için gerçekleşmesi lazımdır. Yeni

⁶⁵ BBI 2011 9077 vd.

⁶⁶ İsviçre Medeni Kanununda reforma gidilmesinin gerekçesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bir kararıdır (Zaunegger`in Almanya`ya karşı açtığı davada aldığı 03.12.2009 tarihli kararır, Karar numarası: 22028/04). İsviçre ve Türk Medeni Kanunu, evli olmayan kişilerin çocuğunun velayet hakkını, anneye vermektedir (TMK. m. 337/I; Art. 298 Abs. 1 ZGB). Bu hüküm İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihadı ile çelişki içerisinde. İsviçre Kanununa ilişkin olarak bkz. **BÜCHLER, /VETTERLI**, s. 228-229; **RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH**, Nichteheleche Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindesrechtliche Belange, in FamPra.ch 2004, s. 895, 906. Diğer taraftan evli olmayan anneye öncelikli olarak velayet hakkı tanınması, hukuki açıdan objektif olarak haklı değildir-çocuk gelişimi için her iki ebeveyn tarafı da aynı derecede önemlidir. Bkz. Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 11.06.2009, BF.2008.39.

⁶⁷ Bkz. **RÜTSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 tarih: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 630.

⁶⁸ **RÜTSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 tarih: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 630.

Tasarıya göre, velâyet hakkının boşanmadan sonra veya evlilik birliği dışında çocuğun tanınmasından sonra, ana veya babadan birisine velâyet hakkının verilmesi istisnâî bir durumdur.

Doktrinde hâkimin takdir yetkisi kapsamında, müşterek velâyet hakkına ilişkin bir değerlendirme yapılarak; boşanmadan sonra müşterek velâyet hakkının kararlaştırmasını veya ebeveynden birisi için velayet hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin şartların mevcudiyetini tespit ederek, velâyetin sadece ebeveynden birisine verilmesinin kararlaştırılmasına şüphe ile yaklaşılmaktadır. Mahkemenin burada bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Hâkimin boşanmadan sonra müşterek velâyet hakkına ilişkin tereddütleri olması durumunda, „güvenli bir karar” için eşlerden birisine velâyet hakkını verip vermeyeceği sorunu ile karşılaşılmaktadır⁶⁹. Çocuğun menfaatine en uygun çözümü bulmak için, hâkimin takdir yetkisini en uygun şekilde kullanması gerekmektedir.

İsviçre Federal Parlamentosunun 17.11.2011 tarihli basın açıklamasına göre⁷⁰, öngörülen değişikliğin detaylarında ifade edildiği gibi, *“gelecekte [...] boşanmadan sonra ana ve baba müştereken velâyet hakkını muhafaza ederek, mahkeme [...] boşanmada müşterek velâyet hakkının şartlarının mevcut olup olmadığını kendiliğinden araştırır. Çocuğun yüksek yararı için, boşanmadan sonra çocuğun velâyet hakkının sadece ana veya babadan birisine verilip verilmeyeceğine mahkeme; evlilik birliği dışında doğan çocuklar için ise, çocuğu koruma makamı, karar verir.”* şeklinde düzenlenecektir. Böylece İsviçre Medenî Kanununun değişikliği tasarısı ile bir taraftan ana ve baba için müşterek velâyet hakkı genel kural olarak kararlaştırılırken, diğer taraftan da mahkemeye ve çocuğu koruma kurumuna, genel kuraldan ayrılma sebebinin olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğü yüklenmektedir. Burada karşılaşılabilecek en önemli sorun ise, evlilik birliği temelden ve birbirleri ile

⁶⁹ Bkz. RÜTSCHI, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 tarih: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 653.

⁷⁰ <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-17.html> [login tarih: 12.09.2012].

kavgalı olan ana ve babanın münhasır velâyet hakkını almak için her yola başvurarak, mahkemeyi veya çocuğu koruma kurumunu yanıltması ihtimalidir. Diğer bir problem ise, velâyet hakkının kaldırılması müessesesinin, kötüye kullanıp kullanılamayacağıdır.

6. Velâyet Hakkının Kaldırılması

TMK. m. 348 anlamında velâyet hakkının kaldırılması sadece, fiil ehliyetine sahip ana ve/veya baba bakımından söz konusudur. Reşit olmayan veya mahcur olan ana ve/veya babanın velâyet hakkı, TMK. m. 296/II'ye göre, kanun dolayısıyla mevcut değildir⁷¹. Ana ve/veya babaya TMK. m. 429'a göre yasal danışman atanması halinde, velâyet hakkı kanun gereğince sona ermez⁷². 5237 sayılı TCK. m. 53/I-a-e hükümlerine göre, cezaî mahkûmiyetin sonucu olarak, velâyet, vesayet veya kayyımlığa ait hakları, koruma tedbirleri kapsamında kaybeder. Bu halde, mahkûm kişinin sahip olduğu velâyet hakkı, diğer eşe geçer. Mahkûmun velâyet hakkına münferiden sahip olması durumunda, mahkûmiyet süresince çocuklara vasi atanır⁷³.

TMK. m. 348 anlamında velâyet hakkının kaldırılması için belirlenen şartlar, hem ana ve babanın müşterek velayet hakkının kaldırılmasında, hem de velâyetin zaten ana veya babadan birisinde olması hallerine uygulanır⁷⁴.

Velâyet hakkının kaldırılmasıyla birlikte, velâyet hakkına bağlı tüm yetkiler, diğer ebeveyne veya vasiye intikal eder⁷⁵. Buna karşılık, velayet hakkının kaldırılması, evlât edinmeden farklı olarak hısımlık ilişkisini etkilemez. Velâyet hakkı, kaldırılmasına rağmen, ana ve/veya babanın

⁷¹HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechtes, Nr. 25.08; JORIO, s. 307; BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 312, Nr. 2 ZGB; BGE107 II 22.

⁷²ÖZTAN, s. 644.

⁷³743 sayılı eski Türk Medenî Kanunu'na göre, ana ve/veya babanın hacir altına alınması otomatik olarak velâyet hakkını kaybetmesi neticesi doğurmazdı. Bu durumda ana ve/veya baba, kendileri bizzat kanunî temsilciye ihtiyaç duymalarına rağmen, hacir kararına rağmen çocuklarının yasal temsilcisi olarak kalmaya devam ediyorlardı. JORIO, S. 308.

⁷⁴JORIO, s. 308.

⁷⁵BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 312, Nr. 1 ZGB; ÖZTAN, s. 641; AKINTÜRK, s. 428.

nafaka yükümlülüğü, çocuk hakkında bilgi alma hakkı ve çocuk ile şahsi görüş hakkı devam eder⁷⁶.

6.1 Velâyet hakkının kaldırılmasının şartları

6.1.1 Çocuğun menfaatinin tehlikede olması

Velâyet hakkının mahkeme kararı ile kaldırılması için, her durumda çocuğun menfaatinin tehlikede olması gerekir. Çocuğun menfaatinin tehlikede olması, onun fizikî, zihnî veya ruhî gelişiminin kalıcı⁷⁷ olarak tehlikede olmasını ifade eder⁷⁸. Buna ilâve olarak bu tehlikeleri izale etmek istememesi veya tehlikeyi izale edebilecek durumda olmaması gerekir⁷⁹. O halde 743 sayılı eski Türk Medenî Kanunu'ndan farklı olarak, ana ve/veya babanın kusurundan bağımsız bir şekilde, çocuğun menfaatinin tehlikede olması gerekir⁸⁰. Velâyet hakkının kaldırılması, ana ve babanın kusurundan bağımsız olarak gerçekleşebilir. Başka bir ifade ile ana ve baba yükümlülüklerini yerine getirememesinde kusursuz olsa bile velâyet hakkının kaldırılmasına karar verilir. Bu tedbir ile ana ve baba karşısında çocuğun korunması sağlanır⁸¹.

Çocuğun menfaatinin tehlikede olması ana ve/veya babanın aktif bir davranışına dayanabileceği gibi, gerekli önlemleri almamak gibi, ana ve/veya babanın pasif bir davranışına da dayanabilir. Çocuğun menfaatinin tehlikede olması, ana ve/veya babanın davranışlarından bağımsız üçüncü kişinin fiilinden de kaynaklanabilir.

⁷⁶ **BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 312, Nr. 1 ZGB; **ÖZTAN**, s. 641

⁷⁷ Bkz. OLG Frankfurt, FamRZ 1988, S. 98; BGE 119 II 9, 11;

BEREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 312, Nr. 3 ZGB.

⁷⁸ Bkz. BVerfG., FamRZ 1982, 567; BayObLG, FamRZ 1994, s. 975.

⁷⁹ OLG Hamm FamRZ 2009, s. 1752.

⁸⁰ **JORIO**, s. 309; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.46.

⁸¹ **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 8., <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarih: 19.12.2012].

Velâyet hakkının kaldırılması, ana ve/veya babanın yükümlülüklerini ağır şekilde ihlâl etmesine dayanıyorsa, hukukî sonuç, cezaî müeyyide olarak gözüktür⁸².

6.1.1.1 Ana ve babanın yükümlülüklerini kusursuz olarak ihlâl etmesi

Kanun ilk olarak ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirirken (TMK. m. 339-344) yetersizliği objektif olgusunu, velâyeti kaldırma gerekçesi olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda ana-babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması gibi velâyetin kaldırılması sebepleri sınırlı olmayan şekilde kanunda sayılmıştır⁸³. Velâyetin kaldırılması, somut olayda bir veya birden fazla çocuğun menfaatini tehlikeye sokan olguya dayanabilir. Her durumda, velâyetin kaldırılması için özel bir sebebe ihtiyaç vardır⁸⁴. Bu sayılanlara ilâve olarak ana ve/veya babanın uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılması da doktrinde bu kapsama sokulmaktadır⁸⁵. Ana ve babanın kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesi⁸⁶ veya psikolojik rahatsızlığı⁸⁷ ya da uyuşturucu bağımlısı⁸⁸ olması da bu kapsamda velâyet hakkının sona erme sebeplerinden görülmektedir⁸⁹. Ayrıca ev düzenin olmaması⁹⁰ ve ebeveynin sık sık ayrılarak tekrar birleşmesinden dolayı taşınmaları⁹¹, diğer eşin çocuğun menfaatini tehlikeye sokan davranışlara göz

⁸²Bkz. die Argumentation des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. ZK, NQ110053-O/U, karar tarih: 23.01.2012, E.2.2.

⁸³ ÖZTAN, s. 643; AKINTÜRK, s. 441.

⁸⁴BGer, ZVW 2008, 508, 509.

⁸⁵HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.46; BGE 119 II 9; Hürriyeti bağlayıcı cezanın bir yıldan fazla olması, velayet hakkı sahibinin kısıtlanma nedenidir (TMK.m.407). Daha düşük cezalarda, her somut olayın özelliği dikkate alınmalıdır. JORIO, s. 337.

⁸⁶Bkz. DOPFFEL, s. 61.

⁸⁷Ana ve babanın travma geçirmesi için bkz. OLG Karlsruhe, NJW-RR 2007, S. 443; BayObLG, FamRZ 1999, S.318.

⁸⁸Bkz. BGE 5C.157/2004, karar tarihi: 09.08.2004.

⁸⁹BGE 90 II 471.

⁹⁰OLG Hamm FamRZ 2002, s. 692.

⁹¹OLG Köln FamRZ 2011, s. 1307.

yumması⁹², çocuğun gelişimi için gerekli desteği verememesi⁹³, bu kapsama girmektedir.

Ana ve/veya babanın yetersizliği kusursuz olduğu için, velâyetin kaldırılmasına oldukça istisnâ başvurulması gerekir⁹⁴.

6.1.1.2 Ana ve babanın yükümlülüklerini ihmal ile ihlâl etmesi

Bu halde ana ve/veya baba çocuğun menfaatini korumak için, gerekli tedbirleri almamaktadır. Alınması gereken tedbirler, ailenin sosyal, ekonomik ve kültürel seviyesine göre belirlenir. Söz konusu tedbirlerle çocukların eğitiminin, bakımının, gözetiminin garanti altına alınması gerekir⁹⁵. Mahkeme kararlarına göre, yetersiz beslenme⁹⁶, çocuğun hijyenine dikkat edilmemesi⁹⁷, tedavisi mümkün bir hastalığın daimi olarak çocukta bulunması, çocuğun gelişim bozukluğu göstermesi⁹⁸, çocuğun okula gitmemesi veya devamsızlığının yüksek olması, çocuğun tedavisi⁹⁹ ve terapisi¹⁰⁰ için doktor muayenelerine götürülmemesi bu kapsamda sayılmaktadır. Çocuğun cinsel olarak taciz edilmesi, ihmal kapsamına girmez¹⁰¹. Zira çocuğun cinsel tacizi, onun travma geçirmesine yol açıp, çocukta gelişim bozukluğuna sebep olur. Bunun ise, ihmal kavramına dâhil edilme ihtimali yoktur. Burada velâyet hakkının kötüye kullanımı söz konusudur.

6.1.1.3 Ana ve/veya babanın yükümlülüklerini kusurlu ihlâl etmesi

Ana ve baba yükümlülüklerini kusurlu ihlâl etmeleri halinde, çocuğun menfaatini tehlikeye atma durumlarından farklı olarak, velâyet hakkını kötüye kullanması söz konusudur. Uygulamada velâyet hakkının

⁹² OLG Frankfurt FamRZ 1981, s. 308.

⁹³ BayObLG FamRZ 1999, s. 1154.

⁹⁴ VÖLKER/CLASIUS, s. 111.

⁹⁵ VÖLKER/CLASIUS, s. 109.

⁹⁶ BayObLG, FamRZ 1988, s. 748.

⁹⁷ OLG Hamm, FamRZ 2002, s. 691.

⁹⁸ BayObLG, FamRZ 1997, s. 1553.

⁹⁹ PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1666 Rz. 12.

¹⁰⁰ OLG Hamm, FamRZ 2010, s. 1747.

¹⁰¹ Bu konudaki farklı görüş için bkz. ÖZTAN, S. 645 ve dn. 648'de anılan kaynaklar.

kötüye kullanılması ile çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi arasındaki illiyet bağını ispat etmek oldukça zordur¹⁰².

Ana ve/veya baba velâyet hakkı kapsamındaki hakkını, aktif bir fiil ile yanlış kullanır ise ve bu fiil çocuğun menfaatine ve eğitim amacına aykırı olursa ve de bu hakkı kullanan ebeveyn tarafından bu fiil bilinçli gerçekleştirilir ise, velâyet hakkının kötüye kullanıldığının kabulü gerekir¹⁰³. Mahkemeler buradaki ölçüyü belirlerken, velâyet hakkının şiddete başvurulmadan kullanılıp kullanılmadığını dikkate alması gerekir. Şiddet kavramına fizikî şiddet yanı sıra, psikolojik şiddet¹⁰⁴ de girer¹⁰⁵. Şiddetin ana ve/veya baba tarafından gelmesi zorunlu değildir. Üçüncü kişi tarafından çocuğun şiddete uğraması neticesi, ağır travma geçirmesi halinde de, bu şiddetin engellenmemesi halinde velâyet hakkının kötüye kullanılmasından söz edilir¹⁰⁶.

Mahkeme içtihatlarında bazı davranışlar velâyet hakkının kötüye kullanımı olarak kabul edilmektedir. Bunlar arasında, çocuğun meslek seçiminde eğilimlerinin ve yeteneklerinin dikkate alınmaması¹⁰⁷, diğer ebeveyne gösterilmemesi¹⁰⁸ veya ondan kaçırılması¹⁰⁹, ülkedeki zorunlu okula gitme yükümlülüğüne riayet edilmemesi¹¹⁰, zorunlu tedavilerinin bilinçli olarak yaptırılmaması¹¹¹, büyük anne ve büyük baba ya da kardeşleri ile gereksiz şekilde şahsî münasebetinin kesilmesi¹¹², suça veya fahişeliğe yönlendirilmesi özellikle zikredilmektedir¹¹³. Ayrıca, Alman

¹⁰² VÖLKER/CLASIUS, s. 107.

¹⁰³ Bkz. PRÜTTING/WEGEN/WEINREICH, § 1666 Rz. 5 BGB.

¹⁰⁴ OLG Celle, FamRZ 2003, s. 549; OBERLOSKAMP, FPR 2001, S. 267; RAACK, FPR 2001, s. 258.

¹⁰⁵ Ayrıca bkz. ÖZTAN, s. 644 ve dn 673`de sayılan kaynaklar.

¹⁰⁶ Bkz. PALANDT/DIEDERICHSEN, § 1666 Rz. 11 BGB.

¹⁰⁷ Bkz. BayObLG FamRZ 1982, s. 634.

¹⁰⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.05.2007 Esas No: 2007/2-251 Karar No: 2007/277 kararında diğer eşin çocuk ile şahsî görüş hakkı tanımamasını velayetin kaldırılması sebebiolarak değerlendirmemi. Bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> [login tarih: 03.01.2013]

¹⁰⁹ Bkz. OLG Bamberg FamRZ 1987, s. 185.

¹¹⁰ Bkz. AG Saarbrücken, FamRZ 2003, s. 1859; AG München, FamRZ 2002, s. 690.

¹¹¹ Bkz, BGH NJW 2000, S. 1784; OLG Celle NJW 1995, s. 792.

¹¹² Bkz. BayObLG, FamRZ 1984, s. 614.

¹¹³ Bkz. BayObLG, FamRZ 1996, S. 1031; Krş. ÖZTAN, s. 645.

hukukunda Köln Asliye Hukuk Mahkemesi, Müslüman erkek çocuğun ebeveyni tarafından sünnet ettirilmesini, çocuğun vücut bütünlüğünün ihlâli sayarak, velâyet hakkının kullanımını kötüye kullandığını kabul¹¹⁴ etmektedir. Köln mahkemesinin bu kararı, vicdan ve din hürriyeti ile özel hayatın korunması ilkeleri açısından kabul edilemez.

6.1.2 Daha düşük düzeydeki çocuğu koruma tedbirlerinin sonuç vermemesi (Subsidiaritätsprinzip)

Türk-İsviçre Medenî Kanunlarında, çocuğu korumak için velâyet hakkını sınırlayan kademeli tedbirler öngörülmektedir. Düzenlenen tedbirler, velâyet hakkına artan bir müdahaleyi öngörmektedir. Bu kapsamda, öncelikli olarak ana ve baba ihtar edilir. Çocuğun üstün yararının maruz kaldığı tehlikeye göre, müşterek yerleşim yeri (ikametgâhı) belirleme hakkı kısıtlanarak, çocuk bakıcı bir aileye verilebilir veya çocuk bir bakım yurduna yerleştirilebilir (TMK. m. 347) ya da ana ve babadan maruz kalınan tehlikeleri nasıl kaldıracağına ilişkin bilgi de istenebilir¹¹⁵. Hâkim çocuğun menfaatini korumak için eğitim kayyımı (Art. 308 ZGB) da atayabilir. Türk Medenî Kanunun kanunlaştırılması aşamasında mehaz İsviçre Medeni Kanunun bu maddesi alınmadı. Ancak TMK. m. 346'da hâkime geniş yetki tanımaktadır. TMK. m. 346'nın Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine uygun yorumlanması yoluyla, Türk hukuku açısından da eğitim kayyımı atanmanın mümkün olduğu sonucuna varabiliriz¹¹⁶. Velâyet hakkı kaldırılmadan önce, birden fazla tedbir bir arada uygulanabilir¹¹⁷. Ancak velâyetin kaldırılması diğer tedbirler ile bir arada uygulanamaz¹¹⁸.

Çocuğun menfaatini korumak için alınacak tedbir ile tehlike arasında bir oran mevcut olması gerekir (Verhältnismäßigkeitsprinzip). Bu

¹¹⁴ Bkz. LG Köln, karar tarihi: 07.05.2012-151 Ns 169/11-juris.

¹¹⁵ **BAKTİR ÇETİNER**, s. 135, ayrıca bkz. Yarg.2.HD. 13.10.1954, 3624/5921, dn. 43'den naklen.

¹¹⁶ Bkz. **ÖZTAN**, s. 673.

¹¹⁷ **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.08; **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307 Nr 2 ZGB.

¹¹⁸ **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307 Nr 15 ZGB.

kapsamda, çocuğun menfaatine yönelmiş tehlike, daha düşük bir tedbir ile önlenilebileceği yerde, velâyet hakkının kaldırılması isabetli değildir¹¹⁹.

Tehlike ve tedbir arasındaki orantılılık prensibi gereğince, sonuç verecek en düşük tedbir alınmalıdır¹²⁰. Son tedbir olarak, mahkeme velâyet hakkını tamamen ortadan kaldırabilir. Velâyet hakkını ortadan kaldıran mahkeme kararında, bu hakkın kaldırılmasına yol açan sebepleri somut olarak belirtmesi gerekir¹²¹. Çocuğun sağlığına ilişkin bir tehlike daha düşük bir tedbir ile ortadan kaldırılabilirdiği halde, doğrudan velâyet hakkının kaldırılması, orantılılık prensibine aykırılık teşkil eder¹²². Ana ve baba velâyet hakkını kötüye kullansa bile, velâyet hakkının kaldırılması, çocuğun menfaatini korumak için bir araç olup, ana ve babayı cezalandırma yöntemi değildir. Ana ve baba yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, onların yerine geçecek çocuk eğitim yeteneğine sahip yedek ana ve baba sunması, devlet için bir yükümlülüktür¹²³.

Velâyet hakkı kaldırılmadan alınan diğer önleyici tedbirin, fiilen bu hakkın kullanımını imkânsızlaştırmaması gerekir. Bu konuda bir Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: “...*Velâyetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velâyet görevlerine müdahale olunamaz. Mahkemece, velâyetin babadan kaldırılması isteğine ilişkin dava reddedilmiş, velâyet babada bırakılmıştır. Velâyet babada bırakıldığı halde, Türk Medenî Kanunu'nun 346. maddesi koşulları da gerçekleşmemişken babanın velâyeti fiilen kullanamaması sonucuna müncer olacak şekilde çocukların öğrenimlerini*

¹¹⁹HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.12; VÖLKER/CLASIUS, s. 112.

¹²⁰BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 307 Nr. 8 ZGB..

¹²¹BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 311/312 Nr. 6 ZGB; Ayrıca bkz. Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U.

¹²²Bkz. Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.6.6.

¹²³Bkz. HANSBAUER; s. 92. En önemli araç vesayettir; Bundan dolayı, vesayet makamının uzmanlığı ve tavrı, bunu desteklemektedir, Art. 315 vd. ZGB. – Bkz. DOPFFEL, s. 61.

davacı anneannenin yanında sürdürmelerine karar verilmesi doğru bulunmamıştır...¹²⁴.

Çocuğu korumak için alınan yukarıda sıralanan tedbirler, fayda vermez ise, ancak son çare olarak velâyetin kaldırılması nihaî olarak düşünülmelidir (ultima ratio)¹²⁵; bu halde velâyet hakkının kaldırılması yoluna gidilebilir¹²⁶. Ancak daha düşük tedbirlerin alınması, mevcut tehlikeyi bertaraf edebilecek konumda değil ise, bunlara başvurulmaksızın, doğrudan velâyet hakkının kaldırılması yoluna gidilebilir¹²⁷.

6.1.3 Velâyet hakkının kaldırılması zorunlu olması (Erforderlichkeitsprinzip)

Çocuğun menfaatinin tehlikede olması halinde, hâkim öncelikle kanunda velâyet hakkının kaldırılması dışındaki öngörülen diğer tedbirleri uygulamalıdır¹²⁸. Gereklik ilkesi, sadece velâyet hakkının kaldırılmasında değil, uygulanacak diğer tedbirler açısından da geçerlidir. Bu bakımdan çocuğun maruz kaldığı tehlike, menfaatini korumak için seçilen tedbirin uygulamasını kaçınılmaz kılmalıdır¹²⁹. Bu kapsamda, velâyet hakkının kaldırılması da, çocuğun menfaatini korumak için tek çare olmalıdır.

6.1.4 Her iki ebeveynin de velâyet hakkına sahip olamaması

Boşanmada velâyet hakkı, eşlerden birisine verilmiş ise, bu hakkın kaldırılmasına, orantılılık ilkesi gereğince karar verilmez¹³⁰. Boşanma anında her iki ebeveyne velâyet hakkının verilmesi çocuğun menfaati ile bağdaşmaz ise, bu takdir de, velâyet hakkı TMK. m. 348 anlamında

¹²⁴ Yarg. 2 HD. 2007/16702 E., 2007/17570 K, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasi> [login tarihi: 03.01.2013].

¹²⁵ BGer, ZVW 2008, 508, 509 und ZVW 2006, 107-108; Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52.

¹²⁶ HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.46; JORIO, S. 307; BGE 119 II 12.

¹²⁷ VÖLKER/CLASIUS, S. 113-114; BayObLG, FamRZ 1999, s. 316.

¹²⁸ BVerfG, ZKJ 2012, s. 186 ve buna ilişkin Coester'ın izahatı, ZKJ 2012, s. 182. BVerfGE 100, 313, 375.

¹²⁹ VÖLKER/CLASIUS, s. 112.

¹³⁰ JORIO, s. 359.

kaldırılır¹³¹. Boşanmada velâyet hakkı, ebeveynen birisine verildikten sonra, diğer ebeveyne velâyetin tevdi edilmesi, TMK. m. 348 anlamında değil, TMK.m.183 kapsamında gerçekleşir.

TMK. m. 348 anlamındaki velâyet hakkının kaldırılması, boşanma hukuku karakterli olmayıp, çocuğu koruma önlemlerinin bir parçasıdır¹³². Bu sebeple boşanmadan bağımsız olarak evlilik devam ederken de, velâyet hakkı ana ve babadan TMK. m. 348 anlamında kaldırılabilir. TMK. m. 348 anlamında velâyet hakkının kaldırılabilmesi için her iki ebeveynin de, çocuğun menfaati açısından velâyet hakkına sahip olamaması gerekir. Şayet velâyet hakkı, ana ve babadan birisine ait ise, TMK. m. 348 anlamında velâyet hakkının kaldırılması, ancak diğer eş velâyet hakkının verilememesi halinde mümkündür¹³³.

6.1.5 Çocuğa davada temsilci atanması

Hâkim, velâyetin kaldırılması davasında, çocuğa bir temsilci (kayım) atmalıdır. Temsilcisi vasıtasıyla çocuğun iradesi sorgulanmalıdır. Çocuğun iradesinin belirlenmesi, aynı zamanda menfaatinin tespitinin de bir parçasıdır. Çocuğun iradesi, kendi geleceğini belirleme hakkının bir tanımıdır¹³⁴. Çocuğun iradesinin üst sınırını onun menfaati teşkil eder. Aynı zamanda yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi bir sebep ile çocuğun iradesi belirlenemiyorsa, onun objektif iradesi, başka bir ifade ile menfaati esas alınır¹³⁵.

Ülkemizin taraf olduğu, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin¹³⁶ 4. maddesine göre, çocuk kendisine özel temsilci atanmasını isteme hakkına sahiptir. Anlaşmanın 4. maddesinde çocuğa temsilci atanmasının, ebeveyn ile bir menfaat çatışması olması şartına bağlamaktadır (TMK.m.426 /I-2). Velâyet hakkının kaldırılmasında ana ve baba ile çocuk arasında bir menfaat çatışması vardır. Zira çocuğun menfaati, ana ve babası tarafından birlikte büyütülmek ve onlar ile hissî

¹³¹ Bkz. BGE 40 II 315 vd. 440; BGE 47 II 18; BGE 48 II 305; BGE 55 II 74.

¹³² JORIO, s. 359.

¹³³ HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 24.48.

¹³⁴ DETTENBORN, s. 61

¹³⁵ BVerfG/1 BvR 1986/04 v. 08.03.2005.

¹³⁶ Bkz. dn. 50.

bağı kurmaktır. Menfaati ihlâl edildiğinde, çocuk ana ve/veya babası ile menfaat çatışması içerisindedir. Alman Hukuku'nda olduğu gibi, (§ 158 FamFG), TMK. m. 348 davalarında da, davada çocuğu temsil etmesi için, çocuğa TMK. m. 426/I-2'ye göre kayyım atanmalıdır.

6.2 Mahkeme içtihatlarına göre, velâyet hakkının kaldırılması

Mahkeme içtihatlarına göre, velâyet hakkının kaldırılmasında dört ana husus vardır. Bunlar:

1. Çocuğun fizikî, ruhî, zihnî olarak menfaatinin tehlikede olup olmadığı,
2. Bu tehlikenin, ana ve babanın bir davranışına veya hareketsizliğine dayanıp dayanmadığının tespiti,
3. Ana ve babanın, var olan bu tehlikeyi, ortadan kaldırmak için gerekli yeteneğe sahip olup olmadığı veya bu tehlikeyi kaldırmak isteyip istemediği,
4. Velâyet hakkının kaldırılmasının, tehlike ile orantılı olup olmadığıdır¹³⁷.

Özellikle dördüncü bentte yer alan hususun sonucu belirleyicidir. Bu sebeple, dördüncü soruyu, üç bakış açısından incelemek gerekir. Bu ise, nitelik, nicelik ve müdahalenin orantılılığı olarak sayılır¹³⁸. Orantılılık bu anlamda, ilk olarak alınan tedbirlerin çocuğun menfaatini desteklemeye uygun olmalıdır. İkinci olarak tedbirler, çocuğun korunması için gerekli bulunmalıdır. Üçüncü olarak, alınan tedbirler dolayısıyla beklenen fayda, korkulan neticeyi ortadan kaldıracak nitelikleri taşımalıdır¹³⁹.

¹³⁷ Bkz. BGE 119 II 9; ZVW 1991, 78; ZR 1986 Nr. 83; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.46; Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, tarih: 11.06.2009, BF.2008.39.

¹³⁸ **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307, Nr. 4 vd. ZGB; **BÜCHLER/VETTERLI**, s. 245 vd.; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.09 vd.; Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 11.06.2009, BF.2008.39.

¹³⁹ **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307, Nr. 4 vd. ZGB; **BÜCHLER/VETTERLI**, s. 245-246; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.09 vd.; Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 11.06.2009, BF.2008.39.

Öncelikli olarak, istenilen amaca ulaşmak için ana ve babanın korumasının (birlikte yaşamın) ortadan kaldırılmasının yeterli olup olmayacağı veya istenilen amaca ulaşmak için velâyet hakkının kaldırılmasının da gerekip gerekmediği araştırılmalıdır. Ayrıca, alınan farklı hafif tedbirler ile velâyet hakkının muhtevasının boşaltılmaması gerekir. Farklı tedbirlerin bir arada uygulanması (TMK. m. 346-347), buna göre, velâyet hakkının kaldırılması ile aynı neticeyi doğurmaz; aksi halde velâyetin kaldırılmasına ilişkin şeklî prosedür takip edilmelidir¹⁴⁰. Meselâ ana ve babaya çocuğu koruma yetkisi veren yetkilerin kaldırılmasından sonra, kayyım tayin edilmiş, ana ve babaya çocuğun meslek edinmesini belirleme ve çocuk ile şahsî görüş belirleme hakkı bırakılmış ise, bu durumda velâyet hakkının içeriği boşaltılmış olur. Bu durumda kapsamı olmayan bir haktan (ius nudum=Rechte ohne Inhalt) söz edilir¹⁴¹.

Velâyet hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin aşırı tedbirler, özellikle ana veya babadan birisinin *çocuk yetiştirme yeteneğini* kaybetmesi halinde, haklıdır. Bu durumda mahkeme ana ve baba ile çocuk arasındaki şahsî bağa özellikle dikkat eder¹⁴². Bu durumu örneğin St. Gallen Kanton Mahkemesi 2011 yılındaki bir kararında şöyle açıklamaktadır¹⁴³. Evli olmayan X ve Y'nin müşterek iki erkek çocukları vardır. Ana ve baba çocuklar iki yaşında iken ayrılmışlardır. Çocuklar babada kalmıştır. Çocuklar ile ana arasında şahsî münasebet kurulamamıştır. Ayrılıktan 11 yıl sonra baba, velâyet hakkının paylaştırılmasını istemiştir; anadan velâyet hakkı alınmıştır. Mahkemenin

¹⁴⁰ BGE 5C.207/2004, karar tarihi: 26.11.2004, E.3.1.2.; **HEGNAUER**, Grundriss des Kindesrechts, Nr. 27.08; **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 307 ZGB.

¹⁴¹ **JORIO**, S. 86 vd.; BGE 5C.207/2004, karar tarihi: 26.11.2004, E.3.1.2.

¹⁴² Bu manada Poschke'nin görüşü takip edilmesi gerekir. Anne ve babanın boşanması sadece aralarındaki evlilik ilişkisini ortadan kaldırmaktadır. Ancak, çocuğun da dahil olduğu aile ilişkisi sona ermemektedir. Aile ilişkisi, değişik bir boyutta devam etmektedir. Boşanmadan sonra müşterek velayetin ön şartı, her iki ebevyinin çocuk eğitim yeteneğine sahip olması gerekir. Başka ifade ile, her iki ebevyne de, yalnız velayet hakkını alabilecek olabilmesi gerekir; **POSCHKE**, Das neue Schweizer Scheidungsrecht, s. 150.

¹⁴³ Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52.

kabul ettiği gibi, velâyet hakkının alınması için özel bir sebebinin varlığı gereklidir ve mahkeme ananın çocuk eğitim yeteneği olmadığını esas almaktadır. Bu ise, “*gerçek olarak çocuğa düşkünlük ve kimin çocuğa ilgi göstermesini ve gelişimine katkı sağlamasına*” bağlıdır.

Kendisine çocuk bırakılan ana veya babanın, “*ciddi olarak çocuğu ile ilgilenmesi, çocuğuna güvence sunması ve okul ve çevre ile birlikte çalışmaya hazır olması gerekir. Çocuğu eğitim yeteneğinin de, her bir çocuğa göre farklı değerlendirilmesi gerekir*”¹⁴⁴. Yukarıda belirtilen olayda, 12 yıldan fazla çocuklar annesi ile şahsî münasebet kurmamış, ondan sonra da kurmak istememektedirler. Buna bağlı olarak çocukların annesine karşı bir hissî yakınlığı mevcut değildir. Karşılıklı olarak güvenin ve müşterek bir temel olmaması halinde, anne çocuklarını meselâ “*koruması altında olmasa da, velâyet hakkı sahibi olarak hangi mesleği seçecekleri konusunda bilgilendirebilme hakkına sahip olmasına rağmen*” bunu yapamaz, çünkü çocukların şahsî yeteneğini ve hangi mesleği sevdiğini bilemez. Bu sebeple artık anne için çocuklarını eğitmesi daimi olarak imkân dâhilinde değildir¹⁴⁵. Mahkeme ayrıca, şartların artık değişmeyeceği olgusunu da tespit ederek, buna bağlı olarak da çocuğun annesinin objektif ve daimi olarak, çocukları eğitme yeteneğini de kaybettiğini belirtmektedir.

Ana veya babadan birisinin ağır şizofreni hastalığı ve kendini öldürme eğiliminin olması durumunda (Suizidgefahr), bu ebeveyn sadece çocuğu şahsî olarak bakmaktan mahrum olmayıp, aynı zamanda üçüncü şahsın çocuğa bakması halinde, onu kontrol etme imkânına da sahip değildir. Ayrıca bu kişi şartların gerektirdiği takdirde çocuğun başka yere yerleştirilmesi kararını da alabilecek durumda değildir¹⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1963 yılında verdiği bir kararına göre¹⁴⁷, velâyet hakkının

¹⁴⁴ Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52.

¹⁴⁵ Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52.

¹⁴⁶ Türk hukuku’nda velayet kavramına tekabül eden, „elterliche Gewalt“ kavramı, 26.06.1998 tarihli İsviçre Kanunu’nun revizyonunda yerini „elterliche Sorge=ana baba bakımı“ kavramına bırakmıştır. Bu değişiklikte İsviçre’de 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe girdi.

¹⁴⁷ BGE 90 II 471 orada anılan kaynaklar.

kaldırılması, bu hakkı kaybeden ebeveynin çocuk ile şahsî ilişki kurmasına, çocuğun menfaati imkân verdiği oranda engel değildir.

İsviçre Federal Mahkemesi 1993 yılında verdiği başka bir kararında¹⁴⁸, uzun süreli hapis cezası alan babanın velâyet hakkını kaldırılmasını haklı bulmuştur. Federal Mahkemeye göre, uzun süreli hürriyeti kısıtlayan ceza dolayısıyla müşterek yerleşim yerinden ayrı kalınmasını, TMK. m. 348 f.1/b.1 (Art. 311 Abs. 1 Satz 1 ZGB)'deki yerleşim yerinde (ikametgâhında) olmama durumunun kıyasen uygulanabileceğini, bu sebeple babanın, hapisteyken yükümlülüğünü yerine getiremediği gerekçesi ile velâyet hakkını kaldırmıştır¹⁴⁹.

Unutulmamalıdır ki, yukarıda da ifade edildiği üzere velayet hakkının kaldırılması, cezai bir karakter taşımayıp, ana ve/veya babanın objektif olarak yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayanır. Velâyet hakkının kaldırılmasına da son çare olarak başvurulur.

Velâyet hakkının kaldırılması müessesine başvurmak, mahkemelerce sınırlı ve tedbirli şekilde uygulanmalıdır. Bu kapsamda İsviçre'deki kararlardan biri de, Zürih Kanton Yüksek Mahkemesi'nin 15.03.2012 tarihli bir kararıdır¹⁵⁰. Bu karara göre, boşanma aşamasında bulunan çiftin kız çocuğu için, koruma tedbirleri kapsamında (Art. 315a ZGB), önce eğitim kayyımı atamış, daha sonra da, çocuğun sağlığının kötüleşmesinin engellenememesi sebebiyle annenin **velâyet hakkını kaldırarak, vasi atanmasına karar vermiştir** (TMK. m. 404; Art. 368 Zi 2a ZGB).

Yukarıda kısaca özetlenen karar üzerine ilk derece mahkemesi, ana ve babanın çocuğun uygun şekilde tedavi ettirilmesini engellemesi dolayısıyla çocuğa vasi atanmıştır¹⁵¹. Yargılamada çocuk, vasi atanmasına, kendisinin ihtiyacı olmadığı, yönünde görüş bildirmiştir. Çocuk, ana ve babasının kendisini koruyacak durumda olduğunu, kendisinin de ana ve

¹⁴⁸ BGE 119 II 9, karar tarihi: 05.03.1993.

¹⁴⁹ BGE 119 II 9, karar tarihi: 05.03.1993.

¹⁵⁰ Obergericht des Kantons Zürih, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U.

¹⁵¹ Obergericht des Kantons Zürih, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.I.2.1.

babası ile birlikte doktorlara giderek tedavi olabileceğini beyan etmiştir¹⁵². Somut olayda çocuk, uyuşturucu kullanımına bağlı olarak oluşan şahsiyet bozukluğu olarak ifade edilen ağır psikolojik bir rahatsızlığa sahipti. Aynı şekilde bu kişide, yeme alışkanlığı bozukluğu (aşırı zayıflık hali=Magersucht) ve kendini öldürme eğilimi (Suizidgefahr) ve de artan şekilde sosyal davranış bozukluğu mevcuttu. Zürih Yüksek Mahkemesi, ana ve babanın Art. 308 Abs. 3 ZGB kapsamında, tıbbî ve terapi alanda velâyet hakkını kısıtlayarak, Art. 310/I (TMK. m. 347/I) anlamında çocuğu başka yere yerleştirilmesine ve ona kayyım atanmasına karar vermiştir¹⁵³.

Zürih Yüksek Mahkemesi, ilk derece mahkemece verilen velâyet hakkının tamamının kaldırılmasını doğru bulmadı; somut olayda velâyet hakkının kısıtlanmasını yeterli görerek ana ve babanın anlaşamamasını, eğitim yetersizliği veya yükümlülük ihlali olarak değerlendirmemiştir¹⁵⁴.

Zürih Yüksek Mahkemesi, velâyet hakkının sağlık alanında kısıtlanmasını yeterli görerek, ayrıca velâyet hakkının, çocuğun devlet makamları önünde temsili (Behördenangelegenheit) alanında da kısıtlanmasını gerekli görmemiştir¹⁵⁵. Bunun dışında, Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinin somut olayın şartlarına uygun karar vermediği, daha düşük bir tedbir ile kız çocuğunun içinde bulunduğu tehlikenin ortadan kaldırılabilineceği halde, tüm velâyet hakkının kaldırılması yoluna gidilmesini isabetli bulmamıştır¹⁵⁶. Bu sebeple, Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını düzelterek, Art. 308 fıkra 3 ve Art. 310 fıkra 1 ZGB anlamında daha düşük bir tedbir olarak kayyım atama (*velâyetin kısmî sınırlandırılması*) yoluna gitmiştir.

7. Velâyet hakkının kaldırılmasının sonucu

Velâyet hakkının ana ve babadan kaldırılması halinde, TMK. m. 404'ün TMK. m. 348/II birlikte uygulanması sonucu, zorunlu olarak vasi

¹⁵² Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.I.5.

¹⁵³ Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.II.9.2.

¹⁵⁴ Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.II.6.5.

¹⁵⁵ Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.II.6.5.

¹⁵⁶ Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, E.II.6.6.

atanması gerekir. Bunu takip eden şekilde ana ve/veya baba ile çocuk arasında TMK. m. 323'e göre şahsî ilişkiler düzenlenmelidir. Zira bu karar vasinin vereceği kararlar arasında yer almaz¹⁵⁷. Çocuğu koruma tedbirleri ifade edildiği şekilde gerçekleşir ise, mahkeme çocuk için vasi tayin eder¹⁵⁸. Ana veya babadan sadece birisinden velâyet hakkı alınmış ise, diğer ebeveyn velâyet hakkına tek başına sahip olur. Velâyet hakkına sadece ana veya babadan birisi sahip iken, bu kişiden velâyet hakkı alınrsa, bu takdirde, velâyet hakkının diğer ebeveyne verilip verilmeyeceği konusunda bir inceleme yapılır. Çocuğun menfaati gerektiriyor ise, vasi atanır.

8. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Başvuru Hakkı

Bir olaya, İHAS. M. 8'in uygulanabilmesi için, Sözleşmenin hem Türkiye'de, hem de İsviçre'de kabul edilerek uygulama alanı bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Yargı kararlarına ilişkin üst mahkemeye itiraz edilebilir¹⁵⁹. Buna uygun olarak, velâyet hakkının kaldırılmasına konusunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurulabilir.

Hem velâyet hakkının kaldırılmasında hem de velâyet hakkına getirilen her türlü sınırlamada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurulabilir. Velâyet hakkından bağımsız olarak çocuk ile şahsî ilişki kurulmasına ilişkin kararlara karşı da başvuru hakkı mevcuttur¹⁶⁰.

¹⁵⁷ **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kinderschutzes (2002/2004), S. 9, <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012]; BGE 125 III 401.

¹⁵⁸ BGE 135 III 49, E.4.1.

¹⁵⁹ Krş. BGer, karar tarihi: 19.03.1975, BGE 101 Ia, 67, 69, karar tarihi: 16.07.1976, BGE 102 Ia, 196, 199; Ayrıca bkz. **STREINZ/ALEX**, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, s. 314; İsviçre'de, hakim görüşüne göre, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Federal Anayasa Mahkemesi ile Federal ve Kantonal hukuku arasında bir başvuru hakkına sahiptir. Bkz. **HAEFLIGER**, S. 34, alıntı: **STEINZ/ALEX** Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, s. 314.

¹⁶⁰ Bkz. **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kinderschutzes (2002/2004), S.10, <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

TMK. m. 324/II (Art. 274 Abs. 2 ZGB)'deki haklı gerekçelerin olması halinde, şahsî görüş hakkı geçici veya daimi olarak ortadan kaldırılabilir. Özellikle çocuğun ana ve/veya babası ile şahsî ilişki kurması, onun menfaatini zedeliyor ise, şahsî ilişkiye yasak getirilebilir. Özellikle çocuğun cinsel istismarı dolayısıyla, çocuk travma geçirmesi halinde, şahsî ilişki yasaklanabilir. Bu örnekler çoğaltılabilir¹⁶¹. Burada da ölçüt çocuğun menfaatidir. Baba tarafından çocuğa karşı şiddet uygulanması veya çocuğun cinsel istismar edilmesi halinde, çocuğun yerleşim yeri (ikametgâhı) değiştirilmekle kalmamalı, aynı zamanda baba ile arasındaki şahsî ilişki de kesilmelidir¹⁶².

Çocuk ile şahsî ilişki kurmak, sadece şahıs olarak onu görme hakkını değil, aynı zamanda onunla telefonda veya mektupla haberleşme hakkını da kapsar. Aynı şekilde, çocuğun hayatındaki özel anların (doğum günü gibi) paylaşılmasını da içerir¹⁶³. Mevaz İsviçre Medenî Kanunu'nun 275 a maddesi, kanunlaştırma aşamasında Türk Medenî Kanunu'na alınmamıştır. Ancak, Türk hukuku açısından bilgi edinme hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında kabul edilmelidir. Buna göre, ana ve/veya baba velayet hakkına sahip olmasa bile, çocuğun gelişimi için önem arz eden kararlarda, karar alma sürecine katılması ve görüşlerinin dinlenmesi gerekir¹⁶⁴. Çocuk mümeyyiz küçük ise, kendisi hakkında bilgi vermek, onun şahsına sıkı sıkıya bağlı haklardandır¹⁶⁵. Ana ve baba ile çocuk arasındaki şahsî ilişkiyi kural olarak mahkeme belirler. Ancak mahkeme şahsî ilişkiyi belirlemek için kayyım atayabilir. Kayyım,

¹⁶¹ Bkz. **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 10, <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

¹⁶² Bkz. BGE 5C.207/2004, U. v. 26.11.2004.

¹⁶³ **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 11., <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

¹⁶⁴ **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 11., <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

¹⁶⁵ **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 11., <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].; **SCHWENZER/BASLER KOMMENTAR**, Art. 310 Nr. 1 ZGB.

ihtiyaç halinde, doktordan veya başka bir uzmandan da yardım alabilir¹⁶⁶. Mahkeme, tartışmalı boşanmalarda, çocuk ile ebeveyn arasında şahsî ilişkinin kurulması için kayyım da atayabilir. Türk hukukunda kayyım atanması düzenlenmese bile, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında devlete pozitif bir görev yüklenmektedir. Buna göre devlet, insanların normal bir aile yaşantısı sürmesine imkân sağlamakla yükümlüdür¹⁶⁷. Özel ve aile hayatının dikkate alınmasındaki temel hakkın özü, ailevi ilişkilerin tanzim edilmesidir. Burada kanun koyucuya önemli bir karar verme imkânı tanınmıştır¹⁶⁸.

Hoffmann'ın Avusturya'ya karşı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde açtığı davada¹⁶⁹ görüldüğü gibi, velâyet hakkının kaldırılması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. maddesi anlamında ayrımcılığın engellenmesi maddesine aykırılık da teşkil edebilir. Somut olayda ana ve babadan birisinin dinî anlayışı dolayısıyla velâyet hakkı kaldırıldı. Benzer bir durum Kutzer'in Almanya'ya karşı açmış olduğu davada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ilgili devlete gerçi karar serbestîsi tanımakla birlikte, alınan tedbirlerin karşılaşılan tehlike ile orantılı olması gerektiğini ve özel ve aile hayatının korunması isteğini ve oradaki anayasal menfaate vurgu yapılmıştır¹⁷⁰. Diğer taraftan, en üstün değer olarak çocuğun menfaatinin korunması, böylece de devlete çocuğun menfaatine yaptığı müdahalede, istenilen sonuca ulaşmak için hak ve yükümlülükler yüklenmiştir. Çocuğun menfaatini engelleyen davranışlar da cezalandırılmıştır. Bu çerçevede devlet, velâyet hakkını kaldırırken, çocuğa yeni yaşayacağı yeri tespit eder veya onunla ana ve baba arasında şahsî ilişki hakkı tanır. Kreutzer'in Almanya'ya karşı açtığı davada, psikolojik rahatsızlığı olan çocuklarını ana ve baba eğitim yeteneğinden mahrumdur, bu mahrumiyet de doktor raporu ile sabittir. Bu durumda davalı devlet (Almanya) velâyet hakkını ortadan kaldırmış ve her iki

¹⁶⁶ Bkz. Obergericht des Kantons Zürich, II. ZK, karar tarihi: 15.03.2012, LY110046-O/U, I.4.

¹⁶⁷ Bkz. EGMR, karar tarihi: 26.05.1994, Bs Nr. 16969/90, Rz 48-50 – Keegan gegen Irland.

¹⁶⁸ Bkz. EGMR, karar tarihi: 03.03.2010, Bs Nr. 22028/04, Rz 60 – Zaunegger gegen Deutschland.

¹⁶⁹ EGMR, karar tarihi: 23.06.1993, Bs Nr. 12875/87, Rz 29 – Hoffmann gegen Österreich.

¹⁷⁰ EGMR, karar tarihi: 10.07.2001, Bs Nr. 46544/99, Rz 60, 81 – Kutzner gegen Deutschland.

çocuğu birbirinden farklı iki bakım yurduna yerleştirmiştir. Böylece ana ve babanın çocuklar ile şahsî ilişki hakkı ehemmiyetli oranda sınırlandırılmıştır¹⁷¹. Uygulanan çocuğu koruma tedbirleri, onun menfaatini göz önünde tutması zorunlu olmasına rağmen, çocuğun sağlığının, ahlâkının, sahip olduğu hakların ve özgürlüğün korunması için, alınan tedbirler “*demokratik toplum gereklerine*” aykırı olamaz¹⁷².

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Cengiz Kılıç’ın Türkiye’ye karşı açtığı davada, sözleşmeye taraf devletlerin pozitif bir yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. Özel ve aile hayatının korunması kapsamında, üye ülkeler boşanma davası süresince çocuk ile şahsî ilişkinin önüne geçen bütün engelleri kaldırmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür¹⁷³. Bu olayda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlâl edildiği görüşündedir. Keegan’ın İrlanda’ya karşı açmış olduğu davada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sözleşmeye taraf devletlerin pozitif yükümlülüğünü yine vurgulamış ve çocuk ile ana ve babasının birlikte yaşaması halinde, devletin aile birliğinin gelişimine katkı sağlamakla yükümlü olduğunu ve aile birliğine hukukî güvenlik sağlamakla yükümlüğünü de tespit etmiştir. Bu güvenlik içerisinde, devlet çocuğun aile içerisinde doğumundan itibaren uyum sağlama imkânına kavuşturmak zorundadır¹⁷⁴. Bu anlamı ile velâyet hakkı, gerçi dokunulmayan bir hak olarak öne çıkmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, TMK. m. 348 (Art. 311 ZGB) anlamındaki sınırlamalar ve koruma tedbirleri, hiç bir şekilde ana ve/veya babaya karşı bir ceza niteliğinde değildir, aksine tek amacı çocuğun menfaatini korumaktır¹⁷⁵. Çocuğun menfaatine olarak, ana ve baba arasında ve de çocuk ile ebeveyn arasındaki bağı, şahsî münasebet yoluyla bozulmasına imkân verilmemelidir. En azından ana ve babaya yönelik şahsî ilişki çocuğun

¹⁷¹ EGMR, Kutzner gegen Deutschland, Bs Nr. 46544/99, Rz 20.

¹⁷² EGMR, Kutzner gegen Deutschland, Bs Nr. 46544/99, Rz 20 vd.

¹⁷³ EGMR, karar tarihi: 06.12.2011, Bs Nr. 16192/06 – Cengiz Kılıç gegen Türkei.

¹⁷⁴ EGMR, Keegan gegen Irland, Bs Nr. 16969/90, Rz 50.

¹⁷⁵ Bkz. Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, karar tarihi: 22.09.2011, BF.2010.52; Ayrıca bkz. **AFFOLTER/VOGEL**, Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes (2002/2004), S. 8, <http://www.vogel-consulting.ch> [login tarihi: 19.12.2012].

yüksek yararını uygun olup olmadığı veya çocuğun şahsî münasebeti isteyip istemediği ya da buna tahammül edip etmeyeceği belli değil ise, şahsî münasebet kurulmamalıdır¹⁷⁶. Ana ve/veya baba ile çocuk arasında şahsî ilişki en düşük düzeyde olsa bile muhafaza edilmelidir¹⁷⁷. Bu sebeple velâyet hakkı ana ve/veya babadan alınsa bile ebeveynin sorumluluğu çocukların geleceği için sona ermemektedir¹⁷⁸.

9. Velâyet hakkının kaldırılmasının, doğacak çocuklara etkisinin TMK. m. 348/III hükmünün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi

Velâyet hakkı kaldırılrsa bile, ana ve babanın çocukları hakkında bilgi edinme hakkı devam eder¹⁷⁹. Velâyet hakkını kaybeden ana ve/veya babanın çocuğuna verdiği önem azalabilir¹⁸⁰. TMK. m. 348/III hükmüne göre, “*velâyet hakkının kaldırılması kararı, kararda başka türlü kararlaştırılmadığı sürece, doğacak çocukları da kapsar*”. Böylece velâyet hakkının kaldırılması kararı kanun gereğince, doğacak çocukları da kapsar.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Kanun koyucu tarafından düzenlenen çocuğu koruyucu tedbirlerin tek amacı, çocuğun menfaatinin korunması olup, cezai karakterde değildir. Buna rağmen, velâyet hakkının kaldırılmasının doğacak çocukları da kapsamaması hükmü ile kanun koyucu peşin bir yargıya varmıştır.

TMK. m. 348/III'deki hüküm iki açıdan problem teşkil eder. İlk olarak benimsenen bu kural her bir somut olayı bağımsız olarak çocuğun menfaati açısından ele almamaktadır. Sonraki değişen olayları dikkate almaksızın, daha önceki olguyu, „herkese eşit oranda“ uygulama esasını getirmektedir. Buna göre daha sonraki doğacak çocuklar da velâyet hakkının kaldırılmasından eşit olarak yararlanmaktadır. O halde yeni doğan çocuğun bireysel özellikleri dikkate alınarak, onun menfaati

¹⁷⁶ BGE 5C.207/2004, karar tarihi: 26.11.2004, E.3.

¹⁷⁷ BGE 5C.207/2004, karar tarihi: 26.11.2004, E.3.

¹⁷⁸ Bkz. STETTLER, s. 517.

¹⁷⁹ BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR, Art. 311/312, Nr. 1 ZGB.

¹⁸⁰ Bkz.. STETTLER, s. 517.

kavramında bir karar verilmemekte, aksine ana ve/veya babanın velâyet hakkının kalktığı zamandaki olguların genel geçerliliği kabul edilmektedir¹⁸¹. Bu ise, İsviçre-Türk Medenî Kanunu'nun kabul ettiği sisteme aykırıdır. İsviçre Medenî Kanunu'na göre, ana ve/veya babanın çocuk eğitim yeteneği her bir çocuk için bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁸². Ayrıca bu kabul edilen sistem, nafaka hakkıyla da bağdaşmaz. Nafaka hakkı, her bir çocuk için somut olarak tespit edilmesi gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi nafaka ödemesinde, 2007 tarihli bir kararında, kardeşler arasındaki eşitlik ilkesini genel olarak kabul etmemiş, her bir çocuğun şahsî ihtiyaçlarının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁸³. Bu tespit esnasında eşlerin malî güçlerinin farklı değerlendirilmesi ilkesi benimsenmiştir¹⁸⁴. Nafaka miktarının belirlenmesi kapsamında, her bir çocuğun şahsî ihtiyaçları farklı değerlendirilmiştir¹⁸⁵. Buna ilişkin kıyasen uygulama Türk Medenî Kanunu'nun sistemine aykırı olur. ***Küçük önermeden büyük önermeye gitmek***, yani bir velâyetin kaldırılması olayından, tüm velâyetin kaldırılması sonucuna ulaşmak, tutarlı değildir; her bir çocuğun özel durumunu kontrol etmeksizin fark gözetmeden genel bir velâyet hakkının kaldırılması isabetli olmaz. TMK. m. 330/I, nafaka belirlenirken, her bir çocuğun özel ihtiyacının göz önünde tutulması ve ana ve babanın ödeme gücü ile hayat seviyesi de dikkate alınması gerektiği kanunda açık olarak düzenlenmiştir. Burada çocuğun geliri ve malvarlığı ve de çocuğun fiilen yanında yaşamayan ana veya babanın katkısı da dikkate alınır¹⁸⁶.

TMK. m. 348/III hükmü, velâyet hakkı elinden alınan ana ve/veya babanın özel hayatındaki değişiklik imkânını dikkate almamaktadır. Genel olarak, ana ve/veya babanın çocuk eğitime yeteneğinin tüm çocuklar için olmadığı kabulü, iki açıdan itiraz edilebilir. İlk olarak, velâyet hakkı sahibi, ana ve/veya babanın çocuk eğitime yeteneği nisbîdir. Kendisi

¹⁸¹ Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 311/312, Nr. 14 ZGB.

¹⁸² Bkz. Kantonsgericht St. Gallen, II. ZK, 22.09.2011, BF.2010.52.

¹⁸³ BGE 5A.62/2007, karar tarihi: 24.08.2007.

¹⁸⁴ BGE 5A.62/2007, karar tarihi: 24.08.2007.

¹⁸⁵ Somut ihtiyacın belirlenmesi için bkz. BGE 5A.461/2008, karar tarihi: 27.11.2008.

¹⁸⁶ Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 285, Nr. 3 ZGB.

rahatsız olan ana ve/veya baba, rahatsızlığı olmayan çocukları için çocuk eğitime yeteneğine sahip iken, rahatsız olan diğer çocukları için çocuk eğitime yeteneğine sahip olmayabilir¹⁸⁷. İkinci olarak velâyet hakkı sahibi ana ve/veya babanın velâyet hakkının kaldırılmasını, tüm çocuklar için geçerli olacak şekilde mutlak çocuk eğitime yeteneğinden mahrum olmasının beklenilmesi, yardıma muhtaç çocuğa zamanında yardım ulaştırılmaması sonucunu doğurur. Bu ise kanun koyucunun düzenleme amacı ile bağdaşmaz. Ayrıca söz konusu sonuç, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin devletlere yüklediği aktif koruma görevi ile de bağdaşır nitelikte değildir.

İsviçre hukuku uygulamasında, Graubünden Kanton Mahkemesinin 2012 tarihli bir kararında¹⁸⁸, şu sonuca varılmıştır: Anne 2009 yılında doğan ilk kız çocuğunun velâyet hakkını kaybetmiş ve çocuğu kendisinden alınarak bakıcı aileye verilmiştir. Mahkeme çocuk için vasi tayin etmiştir. 2010 yılında annenin ikinci kız çocuğu dünyaya gelmiş, ikinci çocuk için Art. 394 ile Art. 372 ZGB (TMK. m. 429'un TMK. m. 408) ile birlikte uygulanması kapsamında, çocuğa kayyım atanmıştır. Vesayet mahkemesi, çocuğu anneden alarak ilk çocuğu verdiği bakıcı aileye teslim edilmesine karar vermiştir. Anne ikinci çocuğun velâyetini ve yerleşim yerini, kendisine sunulan devlet yardımlarını gerekçe göstererek talep etmiştir. Zira anne, devlet tarafından sunulan yardımlarla, kendisinin çocuğu bakacak durumda olduğunu ileri sürmüştür. Vesayet mahkemesi, alınan tedbirin geçersiz olduğunu kabul ederek, annenin Art. 311 f. 3 ZGB (TMK. m. 348/III) kapsamında velâyet hakkına sahip olmadığını, bu sebeple de alınan tedbirlerin geçersiz olduğunu

¹⁸⁷ Yazar kendisinin çocuk vekili olarak görev yaptığı (AG Gelsenkirchen 33 F 234/12) dosya numaralı davada, velayet hakkı sahibi ana, aşırı temizlik hastasıdır (Waschzwang). Üç çocuğundan birisi ise ADHS-Sendromundan rahatsızdır. Anne diğer iki çocuk açısından çocuk eğitime yeteneğine sahip iken, başka bir ifade ile diğer iki çocuğun yüksek yararı tehlikede değil iken, üçüncü çocuğun yüksek yararı, annenin rahatsızlığı nedeniyle tehlikededir.

¹⁸⁸ Kantonsgericht von Graubünden, I. ZK, ZK1 11 57, karar tarihi: 31.01.2012.

belirtmiştir¹⁸⁹. Mahkeme, eğitim kayımlığını da kaldırarak, vasi tayin etmiştir.

Anne velâyet hakkının kaldırılmasının talî olduğu esasına dayanmış ve ilk velâyet hakkının kaldırılmasından sonra şartların değiştiğini öne sürmüştür¹⁹⁰. Annenin ileri sürdüğü gerekçeye göre, “*kendi şartlarında, analık davranışı açısından olumlu yönde önemli değişiklikler gerçekleşmiştir. Anne ilk çocuğun aksine, ikinci çocuk ile şahsi ilişki kurabildiğini ve bu durumu da uzman kişilerce doğrulanmaktadır*”¹⁹¹. Kanaatimizce, bu gerekçe mahkeme tarafından kabul edilmemesine rağmen, makul bir sebeptir. Çünkü değişen şartların yeni doğan çocuk kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda yeni doğan çocuk açısından çocuk eğitim yeteneğinin yeniden değerlendirilmesi gerekir. İkinci olarak, TMK. m. 348/III’de düzenlenen hüküm, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi ile bağdaşmaz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Belçika’ya karşı açılan bir davada¹⁹² (Marckx davasında), evli olmayan anne ve çocuk arasında doğum olayı ile aile birliğinin korunduğunu vurgulamıştır. Bunun anlamı, biyolojik bağın kendiliğinden hukukî bağa dönüştüğü ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında korumadan istifade ettiği¹⁹³. Daha yeni doğan çocuğun, kendisi dünyaya gelmeden önce gerçekleşen bir olgu dolayısıyla, biyolojik ailesi ile hukukî bağının kesilmesi, Sözleşmenin 8. maddesi ile bağdaşmaz. Bu demokratik bir hukuk devletinde öngörülen ailenin korunması ilkesine de aykırıdır. Ayrıca Federal Almanya’ya karşı

¹⁸⁹ Kantonsgericht von Graubünden, I.E, karar tarihi: 31.01.2012.

¹⁹⁰ Kantonsgericht von Graubünden, I. J.124, karar tarihi: 31.01.2012.

¹⁹¹ Kantonsgericht von Graubünden, E.II.4.b.125, karar tarihi: 31.01.2012.

¹⁹² EGMR, karar tarihi:13.06.1979, Bs Nr. 6833/74 – Marckx gegen Belgien.

¹⁹³ **KLİKELLY**, S. 48. Türk Anayasa Mahkemesi de 11.9.1987 tarihli ve E. 1987, K. 19878 sayılı kararında 743 sayılı Türk Kanun-u Medenîsi’nin 443/I, 2. cümlesinin iptali kararında (RG. T. 29.3.1988, S. 19769) biyolojik babalığın mirasçılığa hak kazandırdığı sonucuna varmıştır. Bu kararın eleştirisi için bkz. **OĞUZMAN**, M. Kemal; Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49, No. 1-2 (Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK’a Armağan, Ankara 1994), s. 303-310; **KOÇHİSARLIOĞLU**, Cengiz; Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 42, S. 1-4, s. 141-179. Mirasçılık.

açılan bir davada¹⁹⁴ (Haase davası), gençlik dairesi altı çocuğun velâyet hakkının kaldırılmasını talep etmiş, Alman mahkemesi de, velayetin kaldırılması talebini kabul etmiş, ana ve babanın da çocuk ile şahsî ilişki kurmasını yasaklamıştır. Sonuçta kardeşler üç farklı bakım yurduna veyahut bakıcı aile yanına yerleştirilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Alman Mahkeme kararı aleyhine hüküm vererek, somut olayda, alınan tedbirlerin zorunlu olmadığı ve tedbirlerin orantısız olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bu müdahaleyi de, ailenin korunması ilkesine aykırı bulmuştur.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde İsveç'e karşı açılan diğer bir davada¹⁹⁵ (Olsson olayı), devlet müdahalesini orantılı ve zorunlu bulmadığı için özel hayata bir müdahale olarak telakki etmiştir¹⁹⁶. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi için, kardeşlerin birlikte aynı yerde barındırma imkânının olup olmaması önem arz etmemektedir. Aile hayatına müdahalenin acil sosyal bir gerekliliğe uygun ve orantılı olması gerekir¹⁹⁷. Ailenin birbirinden ayrılması aile hayatına getirilen çok önemli bir sınırlamadır. Çocuğun menfaatinin korumak için, müdahalenin gerekli olması ve çok önemli sebeplere dayanması gerekir. Çocuğun ana ve baba yanından başka yere yerleştirilmesi durumunda, daha iyi şartların sağlanacağı düşüncesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesince yeterli kabul edilmemektedir¹⁹⁸. Türk hukuku açısından da hürriyetlerin, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında sınırlandırılması gerekir¹⁹⁹.

Velayet hakkının kaldırılmasının götürü bir karara bağlanması, belirtilen bu ilke karşısında, her bir olayda orantılılık ve gereklilik ilkesinin uygulanmaması isabetli değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, kararlarında götürü bir sonuca varmamıştır, aksine her bir somut olaya

¹⁹⁴ EGMR, karar tarihi: 08.04.2004, Bs Nr. 11057/02 – Haase gegen Deutschland.

¹⁹⁵ EGMR, karar tarihi: 25.02.1988, Bs Nr. 10465/83 – Olsson gegen Schweden.

¹⁹⁶ Zur Verhältnismäßigkeit bkz. **BERLIN**, S. 74.

¹⁹⁷ EGMR, Olsson gegen Schweden, Bs Nr. 10465/83, Rz 67.

¹⁹⁸ EGMR, Olsson gegen Schweden, Bs Nr. 10465/83, Rz 67.

¹⁹⁹ İsviçre Anayasasının 36. Maddesinin 3. fıkrasına göre, orantılılık prensibine uyulması gerekir. Kamu menfaatinin gerçekleştirilebilmesi için, özel ve aile hayatına müdahalenin zorunlu olması gerekir. Müdahale ile kamu menfaati ile özel hayata müdahale arasındaki denge korunmalıdır. Bkz. **HÄFELIN/HALLER/KELLER**, Nr. 320–323.

göre karar vermek gerekir. Yüksek Mahkeme özellikle sağlam olmayan aile ilişkilerinden dolayı birlikte yaşamın tekrar kurulması taleplerini reddetmektedir²⁰⁰.

10. Sonuç

Velâyet hakkının kaldırılmasına, sadece son çare olarak başvurulabilir ve bu ilke Türk Hukuku açısından da, mahkemelerce kabul edilmelidir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Anayasa Hukuku açısından orantılılık ilkesine uyabilmek için, velâyet hakkı kaldırılmadan önce, tehlikeyi bertaraf edebilecek daha aşağı tedbirler denenmiş olmalıdır. Gerçekten de, velâyet hakkının kaldırılması, istisnai bir durumu ifade eder. Velayet hakkının kaldırılmasının istisnai olduğu, kanunun lafzından doğrudan çıkartılamamaktadır²⁰¹.

Velâyet hakkının kaldırılması, hak sahibinin kendisinin veya üçüncü kişiden alacağı yardımı da dikkate alındığında, yükümlülüğünü daimi olarak yerine getirememesi halinde söz konusu olur²⁰². Bu araştırmamıza göre, ilk derece mahkemelerinin uygulamalarının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile uyumlu olması gerekir.

TMK. m. 348/III hükmü, yeni doğacak çocukların velâyet hakkını daha doğmadan kaldırması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ile bağdaşmaz. Uygulamada, devlet tarafından tedbirler alınmadan önce her bir olayda çocuğun menfaati her bir olayda bağımsız olarak incelenmelidir. Birden fazla çocuk için velâyet hakkı düzenlemesi gerektiğinde, çocukların bir birine bağlılığı dikkate alınmalıdır²⁰³. Her somut olayda, ana ve/veya babanın çocuk eğitim yeteneği hakkında araştırma yapması ilkesine göre, doğacak çocuklar açısından da velâyetin kaldırılması halinde uyulmamış olur.

²⁰⁰ BGE 120 II, 384 vd.; Bkz. **BERLIN**, S. 74, dn. 248.

²⁰¹ Bkz. **HANSBAUER**, s. 222.

²⁰² **HANSBAUER**, S. 222; Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMENTAR**, Art. 311, 312, Nr. 3, 7 ZGB.

²⁰³ Bkz. Alman mahkeme uygulamaları için, Brandenburgisches OLG, 3. Senat für Familiensachen, karar tarihi: 27.07.2009, 15 UF 98/08, Rz 45.

Uygulamada, velâyet hakkının kaldırılması, kusurdan bağımsızdır ve İsviçre mahkemelerince oldukça istisnâî hallerde başvurulmaktadır²⁰⁴. Türk hukukunda velâyet hakkının muhtevasına giren yetkiler ayırarak kayyım atanması yoluna gidilmediği için, İsviçre'den farklılık arz etmektedir. Velâyet hakkının kaldırılması oldukça sıkı şartlara bağlanmıştır²⁰⁵. Bu esasta gelecekte de, ana ve baba sorumluluktan kurtulmayacaktır. İkincil olma prensibi (*Subsidiaritätsprinzip*) çerçevesinde, devlet tarafından alınan tedbirler sadece ana ve babanın kendi yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde mümkündür. Orantılılık prensibine uygun olarak (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), devlet tarafından alınacak tedbir sadece, çocuğun menfaatine uygun olması halinde mümkündür. Eğer daha düşük tedbirler ile tehlike kaldırabiliyorsa, bunlar alınmalıdır. Velâyet hakkının kısmî olarak sınırlandırılması yeterli olması halinde, tüm velâyet hakkının sınırlandırılması yoluna gidilmemelidir, kayyım atanmasının yolu açılmalıdır. Başka bir ifade ile velâyet hakkının muhtevası kısmen kısıtlanarak kayyım atanmalıdır.

Velâyet hakkının kaldırılması başvurusunda, mahkeme bilirkişi raporuna dayanır. Bu bilirkişi raporunda, ana ve/veya babanın çocuk eğitim yeteneğini ve çocuğun psikolojik ve ruhî hali belirlenir. Ana ve baba mümkün olduğu sürece velâyet sorumluluğundan kurtulmamalıdır. Uygulamada çocuk ile aile arasındaki ilişki tamamen ortadan kaldırılmadan kombine tedbir alınmaktadır. Çocuğun ana ve baba ile birlikte yaşamasına, bakım yurduna yerleştirilerek ya da bakıcı aileye vermek gibi sebeplerle son verilmektedir. Ancak çocuğa bir kayyım atanarak (Art. 308 Abs. 1 bis 3 ZGB) velâyet hakkı tamamen ortadan kaldırılmamakta, bu tedbirler yeterli görülmektedir²⁰⁶. Doktrin ve yargı kararlarında, TMK. m. 183/I anlamında velâyet hakkı sahibinin

²⁰⁴ Bazı Kantonlar çocuğu korumaya ilişkin radikal tedbirlere karşı konum almaktadır ve çocuk ile ebevyın arasındaki ilişkinin çözülemeyeceğini, çocuğun ikametgahının değiştirilmesinin yeterli olacağını vurgulamaktadır. Bkz. Kanton Glarus,,Kindesschutz“http://www.gl.ch/xml_1/internet/de/application_d1256/d37/d275/d1157/d1162/f1164.cfm [login tarihi: 22.09.2012].

²⁰⁵ Bkz. BGE II. Zivilabteilung, 5C.34/2006, karar tarihi: 27.06.2006.

²⁰⁶ Bkz. BGE II Zivilabteilung, 5C.34/2006, karar tarihi: 27.06.2006.

değiştirilmesi, çocuğun menfaati için gerekmesi halinde yeni düzenlemeye gidilir²⁰⁷. Yeni mahkeme içtihatları, ilişkilerin sağlamlığına ve hayat seviyesine göre, çocuğun ihtiyaçlarına özel önem vermektedir²⁰⁸.

Velâyet hakkına ilişkin İsviçre'deki reform tartışmaları, boşanmadan sonra müşterek velâyet hakkı tanınması konusunda hâkime daha fazla yetki verilmesi gerektiğini savunulmaktadır. İsviçre Federal Meclisinin 16.11.2011 tarihli gerekçesine bakıldığında, „ana ve babanın sorumluluğu“ üst kavram olarak ele alınarak, boşanmadan sonra müşterek velâyet bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ana ve baba sorumluluğuna başka hak ve yükümlülükler de eklenerek, yeni bir ebeveyn ilişkisi kurulmaktadır²⁰⁹. Türk hukuku açısından da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararı beklenmeden boşanmadan sonra ve evlilik birliği dışındaki çocukların velâyetinin doğumla soybağından (nesepten) bağımsız olarak her iki ebeveynine ait olacağı kararlaştırılmalıdır.

Velâyet hakkı kavramı, ana ve babanın tüm sorumluluğunu ifade eder. Bu kapsamda olmak üzere, velâyet hakkı aynı zamanda ana ve babanın sorumlu olması anlamına gelir. Diğer taraftan velâyet hakkı ana ve babanın temsil ve çocuğu eğitime hakkı ve malvarlığını yönetme hakkını karşılar²¹⁰. İsviçre'deki yeni tasarıya göre, velâyet hakkı, kendiliğinden fiilî ve hukukî bakımı (birlikte hayatı) kapsamayabilir²¹¹. Yeni reform çalışması, velayet hakkının kaldırılmasını uygulama ile uyumlu hale getirmiştir.

²⁰⁷ Bkz. **BREITSCHMID/BASLER KOMMENTAR**, Art. 134, Nr.2 ZGB; BGE 111 II 313, E.5.; BGE 5C.34/2006, karar tarihi: 27.06. 2006, E.1.1.

²⁰⁸ Bkz. BGE 114 II 200, E.5.; BGE 112 II 382; BGE 108 II 370.

²⁰⁹ Bkz. **RÜETSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 karar tarihi: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 629.

²¹⁰ Bkz. **RÜETSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 karar tarihi: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 629.

²¹¹ Bkz. **RÜETSCHI**, in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 karar tarihi: 14.8.2012, FamPra.ch–2012– 629.

KISALTMALAR

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AY	Anayasa
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSK (ZGB)	Basler Kommentar Zivilgesetzbuch
Bs Nr.	Beschwerde Nummer
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [vom 18. April 1999, BV, SR 101]
BVerfG	Bundesverfassung Gericht (für Deutschland)
dn	dipnot
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGHMR	Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EuGRZ	Europäische Grundrecht Zeitschrift
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts (Zeitschrift)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht	
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FS	Festschrift
HD	Hukuk Dairesi
Hrsg.	Herausgeber
Krş.	Karşılaştır
m.	madde
Nr.	Numara
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Rz	Randzahl
S.	Sayfa
SGB	Sozialgesetzbuch (für Deutschland)

TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medenî Kanunu
ZGB	[Schweizerisches] Zivilgesetzbuch
ZK	Zivilkammer
ZKJ	Zeitschrift für Kinderschaftsrecht und Jugendhilfe
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen
vd.	ve devamı
Yarg	Yargıtay
z.B.	Zum Beispiel

KAYNAKLAR

- Affolter K. /Vogel U.** Maßnahmen und Zuständigkeiten des zivilrechtlichen Kindesschutzes, modifizierte Fassung einer Vorlage der Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), Institut für Angewandtes Sozialrecht, Urs Vogel, Luzern 2001 (2002/2004), <http://www.vogel-consulting.ch/assets/pdf/050120%20Skript%20Kindesrecht%20und%20-schutz.pdf>, tarih: 11.09.2012
- Akıntürk T.** Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2004
- Alexy R. / Kunig P./ Heun W. / Hermes G. / Erbguth, W. / Höfling W. /Streinz, R. / Epiney A.** Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit / Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61, De Gruyter, Berlin 2002
- Baktır Çetiner S. Berlin, H.** Velâyet Hukuku, Ankara 2000
Kinder- und Jugendrechte in der Schweiz: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der neuen Bundesverfassung, Europäisches und

- Bilderbost, Y.** Internationales Integrationsrecht, Band 17, Lit Verlag, Berlin 2011
- Büchler, A. / Vetterli, R.** Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Freiburg/Schweiz 1996
- Cantieni, L./Freivogel, E./Rüetschi, D.,** Ehe, Partnerschaft, Kinder – Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Helbing Lichtenhahn, Basel 2007
- Dattenborn, H.** Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in FamPra.ch 03/2012 tarih: 14.08.2012, FamPra.ch–2012– 627
- Dopffel, P.** Kindeswohl und Kindeswille, Psychologische und rechtliche Aspekte, 2. Auflage, München 2007
- Dural, M./Öğüz, T. /Gümüş, A.** Kindschaftsrecht im Wandel, Mohr Siebeck, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Tübingen 1994
- Frank, G.** Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005
- Gözler, K.** Grenzbereiche der elterlichen Gewalt, in Riemer, H. M. / Walder, H. U. / Weimar, P. (Hrsg), Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986
- Gözler, K.** Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4, S.53-67
- Gözler, K.** İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 15, 1993, S. 165-174
- Häfeli C.** Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4. Aufl., Stutz 2005
- Häfeliger, A./Schürmann, F.** Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Die Bedeutung der Konvention für

- die schweizerische Rechtspraxis, 2.Aufl., Bern 1999
- Häfelin, U.,/Haller, W.,/Keller, H.,** Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
- Hansbauer, P. (Hrsg.)** Neue Wege in der Vormundschaft? Diskurse zu Geschichte, Struktur und Perspektiven der Vormundschaft, Votum Verlag, Münster 2002
- Hegnauer, C.** Berner Kommentar, Band II, Art. 270-295 ZGB. Die Verwandtschaft. Die Wirkungen des Kindesverhältnisses: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder / Die Unterhaltspflicht der Eltern, Bern 1997
- Hegnauer, C.,** Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Auflage, Bern 1999
(Kısaltması: Berner Kommentar)
- Hegnauer, C.,** Zur elterlichen Gewalt der ledigen Mutter, in ZVW 1990, 99 vd.
- Honsell, H.,/Vogt, N. P. /Geiser, T. (Hrsg.)** Basler Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Zürich 2002
- Jorio, T.** Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Dissertation, Fribourg / Zürich 1977
- Kilkelly U.** The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 1, Council of Europe (2001/2003)
- Liechti, J./Zbinden, M.,** Verminderung der Zahl eingeleiteter Maßnahmen als Resultat systemischer Sozialarbeit: Beispiel Jugendamt Kassel (BRD), ZVW 1988, S.81 vd.
- Nesselrode, Frederike, G.** Spannungsverhältnis zwischen Ehe und Familien in Artikel 6 des Grundgesetzes,

- München 2006
- Oberloskamp, H.** Qualitätsanforderung an die gutachtliche Stellungnahme des Jugendamtes zur Anrufung des Familiengerichts, *FPR* 2001, 267
- Öztan, B.** *Aile Hukuku*, 5 Baskı, Ankara 2004
- Özmen, İ.** Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005
- Poschke, S.** Das neue Schweizer Scheidungsrecht: Ausgewählte Aspekte im Rechtsvergleich mit dem deutschen Scheidungsrecht, Schriften zum deutsche und ausländischen Familienrecht und Staatsangehörigkeitsrecht, Band 6, Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main/Berlin 2000
- Palandt, O.,/Diederichsen, U., Prütting, H. /Wegen, G. /Weinreich, G., Rüttschi, D.** Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 71. Aufl. 2012
- Prütting, H. /Wegen, G. /Weinreich, G., Rüttschi, D.** Kommentar zum BGB, 7. Aufl. Köln 2011
- in aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, in *FamPra.ch* 03/2012 tarih: 14.8.2012, *FamPra.ch*–2012–630
- Raack, W.** Der Schutz des Kindes vor Gewalt im sozialen Nahraum, *FPR* 2001, S. 258-263
- Rumo-Jungo, A. / Liatowitsch, P.** Nichteheleche Lebensgemeinschaft: Vermögens- und kindesrechtliche Belange, in *FamPra.ch* 2004, S. 895 vd.
- Serozan, R.** *Çocuk Hukuku*, İstanbul 2000
- Schwenzer, I. (Hrsg.)** Familienrechts-Kommentar Scheidung, Basel/Bern 2005

- Stettler, M.** Schweizerisches Privatrecht, Das Kindesrecht / Familienrecht, 1. Aufl. Band III, Helbing Lichtenhahn, Basel 1992
- Şener, E.** Vesayet ve Velayet Hukuku, Ankara 1996
- Tammen, B./Trenczek, T. (Hrsg.)** Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder und Jugendhilfe, 6. Aufl. Berlin/Heidelberg/Hannover 2009
- Völker, M. /Clausius, M.** Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis, 5. Aufl. Saarbrücken 2012

