

YENİ MEDENİ KANUNDAKİ DÜZENLEME VE VELAYETE HAKİM İLKELER ÇERÇEVESİNDE TEDİP HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. S. Hülya İMAMOĞLU**

I. GENEL OLARAK

Bu çalışmada incelemek istediğimiz konu, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun'un¹ getirdiği düzenleme çerçevesinde tedip hakkının mevcut olup olmadığı hususudur. Eski Medeni Kanun'un 267. maddesinde velayetin bir sonucu olarak ana babaya tanınan ve çocuğun eğitiminde gerekli olduğu takdirde dayak vb. güç kullanılması suretiyle bedensel yaptırımların uygulanması dahil, farklı ağırlıktaki çeşitli araçlara başvurabilme yetkisini ifade eden tedip hakkı, Yeni Medeni Kanun'da yer almamıştır. İşte bu düzenleme sebebiyle tedip hakkının maddi hukuk anlamında kaldırılmış olup olmadığı meselesini ele almak istiyoruz. Bu değerlendirme yapılırken, velayete hakim ilkelerin de göz önünde bulundurulması gereklidir. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi, tedip hakkı velayetin bir sonucu ve tamamlayıcısıdır. Bu itibarla aşağıda önce velayet kavramı ve velayete hakim ilkeler üzerinde durulacak, daha sonra tedip hakkı ve bugünkü düzenleme ele alınacaktır.

II. VELAYET KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Velayet kavramı, Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmamıştır²; bununla birlikte Kanun'un 339. maddesi hükmü çerçevesinde genel olarak velayet

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ RG 08.12.2001, 24607.

² Velayet kavramı, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda da tanımlanmamıştır (Art.301 ZGB). Bu hususta bkz., Urs Tschümperlin, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art.301 bis 303 ZGB), Freiburg (Schweiz) 1989, s.33; Tino Jorio, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Zürich 1977, s.64, dn.1.

kavramının içeriğinin belirlenmesi mümkündür³. Buna göre velayet, ana babanın prensipte ergin olmayan çocuklarıyla ilgili olarak kanunen gerekli kararları alma yetkisini ifade eder⁴. Ana babanın çocukla ilgili karar alma yetkisi, öncelikli bir yetki olarak devlet, üçüncü kişiler ve çocuk karşısında geçerlidir⁵.

Velayet, ana babanın çocuğa ilişkin sorumluluklarının ve yetkilerinin tümünü kapsar; bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, malvarlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturur (TMK 339vd.)⁶.

Velayet, tartışmasız kabul edilen görüşe göre, birçok hak ve yükümlülüğü içeren ve birlik gösteren bir hukuki kurumdur⁷. Velayet kurumunun hukuki niteliği bakımından önemli bir anlam değişimi geçirdiği ifade edilebilir⁸. Şöyle ki; önceleri velayet, genellikle ana babanın çocukları karşısındaki hakimiyet hakkı olarak görülürken, bugün yüküm-hak olarak anlaşılmaktadır^{9 10}. Velayet yoluyla çocukla ana baba arasında meydana

³ Velayetin içeriğinin belirlenmesinde genel nitelikli bir hüküm olarak ana baba ve çocuğun karşılıklı yükümlülüklerini düzenleyen TMK 322 hükmü de dikkate alınmalıdır. Bu hususta bkz., Tschümperlin, s.66vd., 101; Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5., überarbeitete Auflage, Bern 1999, 18.03; Martin Stettler, SPR, III/2 (Hrsg. Jacques-Michel Grossen), Das Kindesrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1992, s.378.

⁴ Hegnauer, N 25.02; Tschümperlin, s.34. Velayetin istisnaen ergin çocuklar üzerinde devam etmesi mümkündür (Bkz., TMK 335/II). Velayet kavramına ilişkin olarak Türk hukukunda bkz., Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara 2004, s.625vd.; Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.II, Yenilenmiş 6.Bası, İstanbul 2002, s.400; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000, N 238vd.; Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6.B., Ankara 2000, s.1013; Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural, Aile Hukuku, İstanbul 1994, s.272vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7.B., İstanbul 1990, s.483; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, 2.B., İstanbul 1989, s.245vd.; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, 3.B. (Bu basıyı hazırlayanlar: Cumhur Özakman/Enis Sarial), İstanbul 1986, s.503vd.; Ali Naim İnan, Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, s.124vd.; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1965, s.363vd.

⁵ Tschümperlin, s.117vd.; Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art.1-456, 2.Auflage, Basel 2002, Art.301 N 2; ayrıca bkz., Peter Saladin, "Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts", Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, s.197vd., 199-200.

⁶ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.296 N 2; Hegnauer, N 25.02; Tschümperlin, s.34; Öztan, s.625; Serozan, N 239.

⁷ Tschümperlin, s.41; Jorio, s.66; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12.Auflage, Zürich 2002, s.428; Alman hukuku için bkz., Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4., völlig neubearbeitete Auflage, München 1994, s.856.

⁸ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.296 N 3.

⁹ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.296 N 3; Tschümperlin, s.40, 43-44; Jorio, s.64, 68vd.;

gelen ilişkide her iki taraf da eşit hak süjesi olarak yer alırken, ana babanın durumu büyük ölçüde yükümlülük ve sorumlulukla şekillenmiş bulunmaktadır¹¹. Bu husus, velayetin ana baba tarafından amacına yönelik ve üstlendikleri yükümlülüklerle uygun kullanılmasını gerektirir¹². Esasen bu noktada bizzat çocuk, velayetin gereği gibi yerine getirilmesi hakkına sahip olarak ana babanın karşısına çıkar¹³.

Velayetin nihai amacı, çocuğun bağımsız, hayat şartları ile başa çıkabilecek, sorumluluklarının bilincinde bir insan olarak yetişmesini sağlamaktır¹⁴. Bu bağlamda ana baba, velayeti yürütürken olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme imkanı tanımakla ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmakla yükümlüdür (TMK 339/III)¹⁵. Şu halde çocuğun yaşı ilerledikçe ve olgunlaştıkça, doğal olarak ona tanınması gereken serbesti artacak ve çocuğun düşüncesi daha çok dikkate alınacaktır. Bu husus, velayetin değişen içeriğini ve işlevini ortaya koymaktadır¹⁶. Buna göre çocuğun olgunlaşmasıyla velayetin içeriği, çocukla ilgili gerekli kararları alma yetkisinden salt gözetim ve denetim yetkisine dönüşmektedir¹⁷. Öte yandan ayırt etme gücüne sahip çocuğun fiil ehliyeti de bazı hallerde ana babanın çocukla ilgili karar alma yetkisini bertaraf etmektedir¹⁸. Böylece olgunlaştıkça bağımsızlığını ve kendisi

Hegnauer, N 25.03; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.428; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.18-19, 861vd.; ayrıca bkz., Joachim Gernhuber, "Elterliche Gewalt heute", FamRZ 1962, s.89vd.; Öztan, s.626; Serozan, N 240, N 242.

¹⁰ Yüküm hakkın içeriği, yüküm ve yetkiden oluşur; burada yüküm ve yetki, birbiriyle farklı biçimde bağlanmış olabilir, ancak yüküm içeriği, yetki içeriğinden geri kalmayacak bir yoğunluğa erişmiştir. Velayette ise yüküm ve yetki en sıkı biçimde birbiriyle bağlıdır. Bu hususta bkz., Gernhuber/Coester-Waltjen, s.19vd., 862vd.; Alexander Lüderitz, "Elterliche Sorge als privates Recht", AcP 178 (1978), s.264; Serozan, N 240. Velayetin yüküm hak olarak nitelendirilmesine yönelik eleştiri için bkz., Erwin Quambusch, Die Persönlichkeit des Kindes als Grenze der elterlichen Gewalt, Dissertation, Freiburg i. Br. 1973, s.46vd.

¹¹Tschümperlin, s.40vd.; Cyril Hegnauer, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 3.Auflage, 1.Teilband., Das eheliche Kindesverhältnis, Art.252-301 ZGB, Bern 1964, aArt.273 N 6; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.296 N 3; Saladin, s.186vd., 197vd.; Öztan, s.626.

¹² Bu hususta Tschümperlin, s.43; Hegnauer, N 25.03; Jorio, s.68vd.; ayrıca Saladin, s.197vd., 199.

¹³ Tschümperlin, s.43; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.862vd.

¹⁴ Tschümperlin, s.49, ayrıca bkz., s.197vd., 204vd.; Jorio, s.64vd.; Hegnauer, N 25.03; Lüderitz, s.274vd.; Öztan, s.629; Oğuzman/Dural, s.276.

¹⁵ Ana babanın çocukla ilgili karar alma yetkisini sınırlayan bu yüküm, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda da yer almaktadır (Art.301/II). Bu hususta bkz. ve krş., Tschümperlin, s.49; Jorio, s.67; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 3; Hegnauer, N 26.04.

¹⁶ Tschümperlin, s.49; Jorio, s.67; Hegnauer, N 25.03; BK-Hegnauer, aArt.273 N 8; Öztan, s.630; Oğuzman/Dural, s.276.

¹⁷ Krş., Andreas Brauchli, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zürich 1982, s.111, 139; Hegnauer, aArt.273 N 9; Tschümperlin, s.49; ayrıca bkz., Jorio, s.67; Öztan, s.630; Oğuzman/Dural, s.276.

¹⁸ Tschümperlin, s.122vd., 125vd.; ayrıca bkz., BK-Hegnauer, aArt.273 N 9; Jorio, s.67.

hakkında serbestçe karar verebilme ehliyetini kazanan çocuk bakımından sonunda ana babanın velayetine de gerek kalmayacaktır ve bu noktada velayetin nihai amacı gerçekleşmiş olacaktır¹⁹.

Velayet, başkasının yararını gözetten bir içeriğe sahiptir²⁰; bu da çocuğun yararınıdır. Esasen çocuğun yararı, en üstün ilke olarak velayete hakimdir ve velayetin yürütülmesinde yönlendirici temel düşüncedir²¹. Buna göre velayet hakkı çerçevesinde ana baba, çocuğun gerekli olgunluğa ulaşmaya kadar tek başına alamayacağı kararları, onun adına almakla yükümlüdür ve bu esnada çocuğun yararını gözetmek zorundadır²². Bununla birlikte doktrinde ifade edildiği gibi velayetin ana babanın yararını gözetten bir boyutu da mevcuttur²³. Şöyle ki; çocuğun velayetine sahip olma, birçok ana baba bakımından kendi hayatlarını anlamlandırma şansı teşkil eder. Bu noktada ana babanın çoğu kez kendi çocuğunun gelişimine katılma ve ona yakın olmadaki temel yaşamsal ihtiyacı göz ardı edilmemelidir²⁴. Bu yüzden ki velayet, ana babadan kanunda öngörülen sebeplerin dışında, keyfi biçimde alınamaz²⁵. Öte yandan doktrinde²⁶ velayetin sadece başkasının yararını gözetten bir hak olmadığına işaret etmek üzere, ana babanın çocuk mallarının gelirlerini hakkaniyete uyduğu ölçüde aile ihtiyaçları için de sarf edebilme yetkisi²⁷ gösterilmektedir.

Velayet, hem nisbi hem mutlak hak özelliği göstermektedir²⁸. Velayetin nisbi yönü, ana baba ve çocuk arasındaki karşılıklı yükümlülük ilişkisinde görülür; velayetin mutlak yönü ise ana baba ve çocuğun, diğer bir ifadeyle ailenin hayat alanının üçüncü kişiler karşısında korunmasında ortaya çıkar²⁹.

¹⁹ Hegnauer, N 25.03; BK-Hegnauer, aArt.273 N 8; Tschümperlin, s.49vd.; Jorio, s.67; Brauchli, s.111; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 3; Serozan, N 240.

²⁰ Tschümperlin, s.48; Jorio, s.66; Hegnauer, N 25.03; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.428.

²¹ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.296 N 3, Art.301 N 4; Hegnauer, N 26.04; Öztan, s.626.

²² Tschümperlin, s.48; Jorio, s.65, 66; ayrıca Hegnauer, N 26.04, N 26.04a; Brauchli, s.110.

²³ Tschümperlin, s.48; ayrıca Jorio, s.69; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.863; bu hususta Michael Coester, *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff*, Frankfurt am Main 1983, s.209vd., 213; Albrecht Dieckmann, "Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge-vornehmlich für Kinder aus gescheiterter Ehe", *AcP* 178 (1978), s.300; Lüderitz, s.267; Quambusch, s.44vd., 48; krş., BK-Hegnauer, aArt.273 N 7, N 11.

²⁴ Bu hususta bkz., Tschümperlin, s.48; Lüderitz, s.267; Dieckmann, s.300; ayrıca Uwe-Jörg Jopt, "Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl-Plaedyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebenden Regelfall", *FamRZ* 1987, s.879; Joachim Gernhuber, "Kindeswohl und Elternwille", *FamRZ* 1973, s.237.

²⁵ Tschümperlin, s.48; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.863.

²⁶ Tschümperlin, s.49.

²⁷ Bkz., *TMK* 355/I, Art.319/I ZGB.

²⁸ Tschümperlin, s.47vd.; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.19; Gernhuber, *Elterliche Gewalt*, s.90vd.; Serozan, N 242; mutlak hak özelliğine ilişkin olarak Öztan, s.629; Oğuzman/Dural, s.276.

²⁹ Tschümperlin, s.47; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.19; Gernhuber, *Elterliche Gewalt*, s.90.

Velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir³⁰; bunun sonucu olarak velayet hakkı, başkasına devredilemez, miras yoluyla geçmez ve bu haktan vazgeçilemez. Bununla birlikte velayet hakkının kullanılmasının kısmen veya tamamen üçüncü kişilere bırakılması mümkündür³¹.

Esasen başkası hakkında karar verme yetkisini içeren velayet, kanunen soybağı ilişkisini gerektirir³²; diğer bir ifadeyle velayet, sadece çocukla arasında hukuki soybağı bulunan kişilere tanınır. Bu bağlamda ana baba, velayet hakkına birlikte sahip olabilir veya koşullara göre velayet hakkı ana ya da babaya ait olabilir (TMK 335-337). Bu yönüyle velayet hakkı, ana baba bakımından inhisari niteliktedir³³.

III. VELAYETE HAKİM İLKELER

1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere velayetle izlenen çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırılması amacı, velayetin ana baba tarafından bunu sağlayacak şekilde kullanılmasını gerektirir. Bu da her durumda çocuğun yararının gözetilmesi ve onun kişiliğinin dikkate alınması suretiyle mümkün olabilir; bu noktada çocuğun yararı ve çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi gereği, temel ilkeler olarak ana babanın velayet çerçevesinde çocukla ilgili birincil karar alma yetkisini sınırlandırmakta ve velayetin yürütülmesini yönlendirmektedir³⁴.

2. Çocuğun Yararı İlkesi

Türk Medeni Kanunu, velayetin içeriğini genel olarak düzenleyen 339.maddesinde yer alan “ ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar” hükmüyle, çocuğun yararı ilkesine işaret etmiş bulunmaktadır³⁵.

³⁰ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.296 N 4; Tschümperlin, s.50; krş., BK-Hegnauer, aArt.273, N 5, N 12vd.; Jorio, s.68vd.; Öztan, s.627; Akıntürk, s.402; Serozan, N 242; Oğuzman/Dural, s.275.

³¹ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.296 N 4; Tschümperlin, s.50; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.859vd.; Öztan, s.627. Bu hususta TMK 338'deki düzenlemeye bkz.

³² Hegnauer, N 25.04, N 25.07; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.296 N 9; Tschümperlin, s.47.

³³ Tschümperlin, s.47.

³⁴ Bu hususta bkz., Tschümperlin, s.49, 79vd., 81vd., 95vd.; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 2, N 4, N 7; Hegnauer, N 26.04vd.; BK-Hegnauer, aArt.273 N 19, N 21; Jorio, s.67vd.; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.428, dn.2, 435vd.; Brauchli, s.109vd.; ayrıca Öztan, s.648.

³⁵ TMK 339. maddeye karşılık gelen kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun Art.301 hükmünde “çocuğun yararı (Kindeswohl)” terimi kullanılmıştır. Türk kanunkoyucusunun neden “çocuğun menfaati” terimini tercih ettiğine ilişkin olarak gerekçede açıklık yoktur. Bu hususta bkz., TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 4, Cilt 73 (Ankara 2001), Birleşim 11-12, S Sayısı 723, s.127. Literatürde “çocuğun yararı” terimi yerine “çocuğun güvenliği”

Çocuğun yararı, velayetin yürütülmesinde göz önünde tutulması gereken en üstün ilkeyi oluşturmaktadır³⁶. Buna göre ana baba, çocukla ilgili bütün kararlarında bu ilkeyi dikkate almak zorundadır. Çocuk hukukuna ve velayete hakim genel bir ilke olarak çocuğun yararı, özellikle çocuğun ana baba tarafından hak süjesi olarak idrak edilmesini, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesini ve çocuğun kişiliğinin çok yönlü geliştirilmesini gerektirir³⁷.

Doktrinde çerçevesi esnek, belirli bir olayın özelliklerine göre somutlaştırılması gereken bir kavram olarak çocuğun yararı kavramının kesin bir biçimde tanımlanamayacağı ifade edilmektedir³⁸. Buna karşılık çocuğun yararı kavramının içeriğinin belirlenmesi mümkündür. Bu noktada İsviçre doktrininde çocuğun yararı kavramının içeriğinin belirlenmesi bakımından Art.302/I ZGB hükmüne işaret edilmektedir³⁹. Anılan hüküm uyarınca ana baba, çocuğu imkanlarına göre eğitmekle ve onun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimini sağlamakla ve korumakla yükümlüdür⁴⁰. Buna göre çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi, çocuğun yararı kavramına dahildir⁴¹. Çocuğun fikri, duygusal ve ruhsal gelişimi de bu çerçevede değerlendirilmektedir⁴². Bunun dışında çocuğun yararı kavramı,

teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Buna ilişkin olarak bkz., Emine Akyüz, “Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s.650vd. İsviçre hukukunda velayetin amaca bağlılığını Kanun’da daha açık ifade etmek üzere, 1976 revizyonu esnasında Art.301 hükmü ile ana babanın, çocuğun bakımını ve eğitimini onun yararını dikkate almak suretiyle yürütecekleri yönünde bir düzenlemeye gidilmesi benimsenmiştir; böylece söz konusu revizyonla velayetin kullanılmasının çocuğun yararına yönelmiş olduğu açıkça kabul edilmiştir. Bu hususta ve Art.301 hükmünün belirli bir amaca yönelik program hüküm niteliğiyle velayet hukuku bakımından taşıdığı öneme ilişkin olarak bkz., Tschümperlin, s.81vd.; Brauchli, s.109vd., 162vd., 170, 190vd.; BBl 1974 II 76; ayrıca Cyril Hegnauer, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Das Familienrecht, 2.Abteilung, Die Verwandtschaft, 4.Auflage, 1.Teilband., Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art.252-269c ZGB, Bern 1984, Einleitung N 67.

³⁶ Brauchli, s.109vd., 136-137, 162vd.; Tschümperlin, s.81-82; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 4; Hegnauer, N 26.04, N 26.04a; Öztan, s.517, 626, 648; Serozan, N 75-76.

³⁷ Tschümperlin, s.82; ayrıca bkz., Brauchli, s.136.

³⁸ Tschümperlin, s.82; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 4; Brauchli, s.114vd., 165vd.; Gernhuber, Kindeswohl, s.231; Serozan, N 75.

³⁹ Tschümperlin, s.82; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 5; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.437, dn.49.

⁴⁰ Yeni Medeni Kanun da 340. maddesinde Art.302 ZGB hükmünü örnek alan bir düzenlemeye yer vermiştir. Bazı ifade ve terim farklılıklarıyla birlikte anılan hüküm, ilk fıkrasında şu düzenlemeyi öngörmektedir: “Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar”. Bu hususta ayrıca bkz., Kanun’un gerekçesi (Yukarıda dn.35), s.127.

⁴¹ Tschümperlin, s.82; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 5; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.437, dn.49.

⁴² Tschümperlin, s.82.

çocuğun sosyal, hukuki ve ekonomik yararını da içerir⁴³. Doktrinde çocuğun bedensel yararının saptanmasında yeknesak ölçütler bulunabilirse de zihinsel, ruhsal ve ahlaki yararının belirlenmesi bakımından çoğulcu bir toplumda sadece az sayıda genel geçerliğe sahip yargılara ulaşılabileceği ifade edilmektedir⁴⁴. Bu bağlamda mesela çocuğa daha iyi bir eğitimin sağlanması ya da çocuğun uyumlu bir çevrede, ilgi ve sorumlulukla şekillenmiş, istikrarlı ve sürekli bir ilişkinin hakim olduğu ortamda büyümesi gibi temel tespitlerden yararlanılabilir⁴⁵. Bu noktada çocuğun yararı kavramının belirlenmesinde tıp ve sosyal bilimlerin verilerinin göz önünde tutulması gereğine de işaret edilmelidir⁴⁶.

Çocuğun yararı ilkesi uyarınca, her durumda çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal yönden optimal gelişimi için gerekli şartlar olabildiğince iyi teşekkül ettirilmelidir⁴⁷. Burada söz konusu olan, çocuğa kendi kişisel kararlarına göre yaşama ve topluma uyum ehliyetinin kazandırılmasıdır⁴⁸.

Çocuğun yararı ilkesi, ana babanın yanı sıra çocukla ilgili herkese ve gereğinde çocuk için karar verecek adli ve idari makamlara yöneltilmiştir⁴⁹. Bu yönüyle bir davranış direktifi oluşturan çocuğun yararı ilkesi, her şeyden önce, ana babanın ve söz konusu makamların çocukla ilgili bütün eylem ve kararlarında çocuk merkezli düşünmelerini gerektirir; buna göre somut olayda çocukla ilgili bir karar alınırken, meselenin bütün yönleri çocuktan hareketle, çocuğun yararı göz önünde tutulmak suretiyle değerlendirilmelidir⁵⁰. Bu noktada doktrinde çocuğun yararı ilkesinin yönlendirme veya ölçüt oluşturma işlevinden söz edilmektedir⁵¹.

Bir davranış direktifi olarak çocuğun yararı, çocuğun eksik doğal ve hukuki erginliğini tamamlar⁵². Şöyle ki; çocuk, kendi menfaatlerini ne fiilen ne de hukuken etkili biçimde koruyamaz. Bu yüzden çocuğun sorumluluğunu üstlenen kişiler, bunu onun yerine yapmak zorundadır. Bununla birlikte olgunluğu ölçüsünde çocuğun iradesi de dikkate

⁴³ Brauchli, s.109vd.; BK-Hegnauer, Art.264 N 58.

⁴⁴ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 5; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.863-864; krş., Hegnauer, N 26.04a.

⁴⁵ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 5; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.864; ayrıca krş., Hegnauer, N 26.04b.

⁴⁶ Brauchli, s.128vd.; Tschümperlin, s.91vd.; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 5.

⁴⁷ Krş., Hegnauer, N 26.04a; Tschümperlin, s.84; Joft, s.877.

⁴⁸ Krş., Tschümperlin, s.82-83; A. Egger, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Bd., Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, Art.252-359, 2.Auflage, Zürich 1943, aArt.275 N 4.

⁴⁹ Hegnauer, N 26.04a; Brauchli, s.48vd., 136vd.

⁵⁰ Krş., Hegnauer, N 26.04a; Tschümperlin, s.86.

⁵¹ Tschümperlin, s.86; Brauchli, s.136vd.; ayrıca bkz., Hegnauer, N 26.04c.

⁵² Hegnauer, N 26.04a; Brauchli, s.135vd.; Tschümperlin, s.87.

alınmalıdır⁵³. Buna karşılık çocuk, bizzat fiil ehliyetine sahip ve bu çerçevede ana babanın katılımı olmaksızın kendi başına karar vermeye muktedir olduğu sürece, çocuğun yararı ilkesi geçerli değildir; böyle bir halde çocuğun iradesi belirleyicidir⁵⁴.

Çocuğun yararına neyin hizmet edeceği, her zaman sadece somut olayın özelliklerine göre belirlenebilir⁵⁵. Bu belirlemede, diğer bir ifadeyle çocuğun yararının somutlaştırılmasında, ana babanın birincil karar verme yetkisi bulunmaktadır⁵⁶. Ancak ana babanın bu konudaki karar verme yetkisi, mutlak ve sınırsız değildir. Burada sınırı, yine çocuğun yararı ilkesi oluşturur⁵⁷. Şöyle ki; çocuğun yararının tehlikeye düşeceği sınıra kadar ana babanın çocukla ilgili karar verme yetkisi mevcuttur. Ancak çocuğun yararının tehlikeye düşmesi halinde, hakim ana babanın velayet hakkına müdahale ederek çocuğun korunması için uygun önlemleri alır⁵⁸. Bu noktada çocuğun yararı ilkesi, aynı zamanda hakimin müdahalesinin haklılık temelini de oluşturmaktadır⁵⁹.

3. Çocuğun Kişiliğine Saygı Gösterilmesi İlkesi

Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi, çocuğun yararı ilkesinin yanında, velayete hakim ve velayeti sınırlayan diğer önemli ilkedir⁶⁰. Bu ilke, ana baba tarafından çocuğun kişiliğinin korunmasını ve geliştirilmesini gerektirir.

Doktrinde çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesinin, esasen çocuğun yararı ilkesinin kapsamında bulunduğu ifade edilmektedir⁶¹. Şöyle ki; çocuğun kişiliği dikkate alınmadığı takdirde çocuğun yararı korunamaz. Gerçekten, daha önce de belirtildiği gibi, çocuğun yararı bakımından, çocuğun ayrı bir kişilik olarak idrak edilmesi, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi, bu bağlamda çocuğun kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi özel önem taşır.

⁵³ Tschümperlin, s.88; Brauchli, s.136, 199vd.; krş., Hegnauer, N 26.04a. Olgunluğu ölçüsünde çocuğun iradesinin dikkate alınması gereği, Art.301 ZGB hükmü örnek alınmak suretiyle TMK'nun 339. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hususta yukarıda velayet kavramı ve hukuki niteliğine ilişkin açıklamalara bkz.

⁵⁴ Tschümperlin, s.88vd.; Brauchli, s.135vd.; Hegnauer, N 26.04a.

⁵⁵ Tschümperlin, s.84; ayrıca Brauchli, s.111.

⁵⁶ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 2; Tschümperlin, s.93vd., 117vd., 119vd.; Brauchli, s.126vd.

⁵⁷ Hegnauer, N 26.04, N 26.04c; Brauchli, s.109vd., 137; Tschümperlin, s.119vd., 121; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 2; ayrıca Öztan, s.648.

⁵⁸ Krş., BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 2; Tschümperlin, s.121, 315; Brauchli, s.137. Türk hukukunda çocuğun korunması önlemlerine ilişkin olarak bkz., TMK 346vd.; Öztan, s.668, 669vd.

⁵⁹ Tschümperlin, s.86; bu hususta ayrıca bkz., Coester, s.135vd., 173.

⁶⁰ Tschümperlin, s.95vd., 102vd.; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 7; ayrıca bkz., Hegnauer, N 26.04; BK-Hegnauer, aArt.273 N 21.

⁶¹ Tschümperlin, s.95-96; ayrıca bkz., Brauchli, s.136.

Öte yandan çocuğun yararı kavramının da bütün yönleriyle, çocuğun kişilik hakkının ve bu çerçevede kişilik değerlerinin korunması açısından irdelenmesi mümkündür⁶². Sonuç olarak, her iki ilke arasında karşılıklı bir bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte, bir taraftan çocuğun kişiliğine verilen önemin artması, diğer taraftan çocuğun kişiliğine daha yüksek korunma sağlanması gereği, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesinin bağımsız bir ilke olarak kabul edilmesini haklı kılmaktadır⁶³.

Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi gereğine, İsviçre hukukundaki düzenlemeye paralel olarak Türk Medeni Kanunu'nun değişik hükümlerinde işaret edildiği söylenebilir. Bu hususta öncelikle, Kanun'un 322. maddesi üzerinde durmak gerekir⁶⁴. Anılan maddeye göre, “ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler”.

Aslında soybağının velayete bağlı olmayan sonuçlarına ilişkin düzenlemelerden birini teşkil eden bu madde, daha önce de ifade edildiği üzere, velayetle ilgili hükümlerin yorumlanmasında, özellikle velayetin içeriğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken genel bir hüküm niteliğini taşır⁶⁵. Söz konusu hüküm, ana baba ve çocuğun karşılıklı yükümlülüklerini düzenlemektedir⁶⁶. Bu çerçevede hükümde yer alan saygı gösterme yükümlülüğü de karşılıklıdır; diğer bir ifadeyle çocuk, ana babaya saygı göstermekle yükümlü olduğu gibi, ana baba da çocuğa saygı göstermelidir⁶⁷. Şu halde ana baba ve çocuk arasındaki ilişkide, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi gereği, bu hükümde açıkça yer almış bulunmaktadır.

Ancak doktrinde çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesinin, esasen ana babanın önemli konularda çocuğun düşüncesini göz önünde tutma

⁶² Tschümperlin, s.96.

⁶³ Tschümperlin, s.96. İsviçre’de 1976 revizyonunun en önemli hedeflerinden biri de çocuğun kişilik hakkının güçlendirilmesi olmuştur. Bu noktada özellikle çocuğa olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme serbestisi tanımak ve önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşünü dikkate almak suretiyle çocuğun ailede katılımının ve sorumluluk üstlenmesinin sağlanması yönüne gidilmiştir. Bu hususta Tschümperlin, s.28vd.; Brauchli, s.165vd., 167, 169vd.; BBl 1974 76.

⁶⁴ TMK’nun 322. maddesi kaleme alınırken kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun Art.272 hükmünden yararlanılmıştır. Art.272 ZGB hükmüne göre, ana baba ve çocuklar birbirlerine karşı topluluğun yararının gerektirdiği her türlü yardımda bulunmakla, anlayış ve saygı göstermekle yükümlüdür. Bu hususta ayrıca bkz., Kanun’un gerekçesi (Dn.35), s.122.

⁶⁵ Bkz., yukarıda dn.3. Ayrıca bkz. ve krş., BSK ZGB I-Schwenzer, Art.272 N 1, N 2.

⁶⁶ Tschümperlin, s.68; Hegnauer, N 18.02vd.; Stettler, s.377vd.; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.396vd.; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.272 N 1; Öztan, s.601-602.

⁶⁷ Bu hususta bkz., Stettler, s.378; Tschümperlin, s.100-101; Hegnauer, N 18.06, N 26.04; ayrıca Gottfried Knöpfel, “Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern (§ 1618a BGB)”, FamRZ 1985, s.555, 557; Öztan, s.602; krş., Akıntürk, s.385.

yükümünde özel ifadesini bulduğu belirtilmektedir⁶⁸. Daha önce işaret edildiği gibi, bu husus, İsviçre Medeni Kanunu'nun Art.301 hükmü örnek alınmak suretiyle Türk Medeni Kanunu'nda da düzenlenmiş bulunmaktadır (TMK 339/III)⁶⁹. Bu hüküm uyarınca ana baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme imkanı tanımakla da yükümlüdür. Şu halde bu düzenleme, çocukla ilgili kararlarda çocuğun iradesinin dikkate alınmasını ve çocuğun dinlenmesini gerektirir⁷⁰. Bu suretle çocuğun kişiliğine değer verilmesi gereğini somutlaştıran bu hüküm, aynı zamanda çocuğun kişiliğinin korunmasına da hizmet etmektedir⁷¹.

Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi uyarınca ana baba, çocuğun kişiliğini geliştirmekle ve korumakla yükümlüdür⁷². Çocuğun kişiliğinin geliştirilmesinden maksat, çocuğun çok yönlü gelişiminin desteklenmesidir. Bu husus da yine İsviçre Medeni Kanunu'ndan yararlanılmak suretiyle Türk Medeni Kanunu'nda hükme bağlanmış bulunmaktadır (TMK 340)⁷³. Çocuğun yararı kavramının içeriğinin belirlenmesi bakımından da önem taşıyan bu madde hükmüne göre ana baba, çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamalı ve korumalıdır. Yine bu doğrultuda ana baba, çocuğa, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde genel ve mesleki bir eğitim sağlamalıdır (TMK 340/II)⁷⁴.

Ana baba, çocuğun kişiliğini, bu bağlamda çocuğun fiziksel, duygusal ve sosyal kişilik değerlerini üçüncü kişiler karşısında korumalıdır⁷⁵. Bu noktada ana baba, gereken hallerde çocuk adına kişiliğinin korunmasına yönelik savunma ve tazminat taleplerini ileri sürmek üzere dava yoluna başvurmalıdır. Öte yandan çocuğun kişiliğinin ana baba karşısında korunması gereğine de işaret edilmelidir⁷⁶. Buna göre ana baba, velayetten doğan yetkileri çerçevesinde velayetin amaca uygun ve gereği gibi yürütülmesi için zorunlu olanın dışında çocuğun kişilik değerlerine müdahalede bulunamaz⁷⁷; bu bağlamda ana baba, çocukla ilgili kararlarda çocuğun kişiliğini, olgunluğu ölçüsünde iradesini ve fiil ehliyetini dikkate almak zorundadır. Esasen bu noktada kişiliğinin korunmasına yönelik genel hükümler (TMK 24vd.) çerçevesinde bizzat çocuğun da ana baba karşısında

⁶⁸ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 7; ayrıca Tschümperlin, s.101; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.398.

⁶⁹ Bkz., dn.2, 15, 35.

⁷⁰ Hegnauer, N 26.04; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 6.

⁷¹ Tschümperlin, s.101vd.; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.398.

⁷² Tschümperlin, s.95vd.; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N7.

⁷³ Bkz., dn.40 ve buna dair metin.

⁷⁴ Bu hususta bkz. ve krş., Tschümperlin, s.101-102; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 7.

⁷⁵ Tschümperlin, s.103vd., 113vd.

⁷⁶ Tschümperlin, s.111vd. Çocuğun korunması önlemlerine ilişkin olarak Hegnauer, N 27.02vd.; ayrıca BK-Hegnauer, aArt.278 N 25, N 26. Türk hukukunda bu hususta Öztan, s.669vd.; Serozan, N 246vd., N 251, N 281.

⁷⁷ Tschümperlin, s.109-110.

kişiliğinin korunmasını talep hakkı mevcuttur⁷⁸. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesiyle birlikte yukarıda yer verilen ve çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesini somutlaştıran başlıca düzenlemeleri oluşturan TMK 339 ve 340 hükümleri, ana babayı çocuğun kişiliğini dikkate almak, geliştirmek ve korumakla yükümlendirirken, aynı zamanda çocuğa da bu yönde hak bahsetmektedir⁷⁹. Şu halde çocuk, ana baba karşısında kişiliğine saygı gösterilmesini, olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme serbestisinin tanınmasını, iradesinin göz önünde tutulmasını, görüşünün alınmasını, yeteneklerine ve eğilimlerine uygun eğitim sağlanmasını talep edebilecektir.

IV. TEDİP HAKKI

1.Yeni Medeni Kanun'daki Düzenleme

1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun, tedip kavramına yer vermemiştir. Buna karşılık eski Medeni Kanun'un 267.maddesinde ana babanın, çocuklarını tedip hakkına sahip olduğundan söz edilmekteydi.

Kelime olarak "uslandırma, yola getirme, terbiye etme" anlamlarına gelen tedip⁸⁰, eski Medeni Kanun'un 267.maddesi hükmü çerçevesinde ana babanın velayet hakkının bir parçası olarak çocuğun eğitimi için gerekli araçları kullanabilme yetkisini ifade etmekteydi⁸¹. Bu noktada gerekli araçlar bağlamında çocuğa öğüt verilmesinden uyarıda bulunup, zorunlu hallerde cezalandırılmasına, hatta dayak vb. güç kullanılmasına kadar farklı ağırlıktaki önlemlere başvurma imkanı söz konusu olmaktadır⁸².

Tedip kavramına Yeni Medeni Kanun'da neden yer verilmediğine ilişkin olarak Kanun'un gerekçesinde açıklık yoktur; öte yandan bu suretle tedip hakkının maddi hukuk anlamında kaldırılmış olup olmadığı hususu da açık değildir⁸³.

⁷⁸ Bkz. ve krş., Tschümperlin, s.111vd.

⁷⁹ Bkz. ve krş., Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.436, 437vd.; Tschümperlin, s.136vd., 137.

⁸⁰ Türkçe Sözlük, 9.Baskı, Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1998, s.2164. Mustafa Nihat Özön tarafından hazırlanan Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlükte (6.B., İstanbul 1979), "te'dib" kelimesinin karşılığı olarak "terbiye verme, eğitime, edeplendirme" anlamları gösterilmiştir. Aynı madde içinde yer verilen "hadd-i tedib" sözünün anlamı ise, "bir suç işleyeni aklını başına getirecek, başkalarına da ders olacak şekilde cezalandırma (muaheze, tâzir, darp gibi)" olarak ifade edilmiştir (s.830).

⁸¹ Bu hususta bkz., İnan, s.130vd.; Köprülü/Kaneti, s.249; Oğuzman/Dural, s.281; Akıntürk, s.408; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 3.B., Ankara 2000, s.503; ayrıca Türk Hukuk Lugatı, 3.B., Ankara 1991, s.328.

⁸² İnan, s.131; Köprülü/Kaneti, s.249; Feyzioğlu, s.512; Oğuzman/Dural, s.281; Öztan (2000), s.503; Serozan, N 251; Akıntürk, s.408; Velidedeoğlu, s.372; Tekinay, s.490; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1018.

⁸³ Bkz., Kanun'un gerekçesi (Dn. 35), s.127vd. Gerçi gerekçede açıklık bulunmamakla

Diğer taraftan Kanun'un gerekçesi incelendiğinde, burada velayete ilişkin bazı hükümlerin İsviçre Medeni Kanunu'nun 1976 tarihli değişikliğinden esinlenilerek düzenlenmiş olduğu ifadesi yer almaktadır⁸⁴. 1976 revizyonunda İsviçre'de 1907 tarihli Medeni Kanun'un çocuklarla ilgili hükümleri büyük ölçüde gözden geçirilip değiştirilmiş; bu esnada ana babaya çocuğun eğitimi maksadıyla gerekli tedip araçlarını kullanma yetkisi tanıyan eski Art.278 ZGB hükmü, bu hususta başka bir düzenleme yapılmaksızın Kanun'dan çıkarılmıştır⁸⁵.

Bu noktada, yukarıda da belirttiğimiz gibi gerekçesinde velayet konusundaki bazı hükümlerin düzenlenişinde İsviçre Medeni Kanunu'nun 1976 tarihli değişikliğinden esinlendiğini ifade eden Türk kanunkoyucusunun, Yeni Kanun metninde tedip kavramına yer vermemesi bakımından İsviçre kanunkoyucusunun tutumunu benimsediği söylenebilir. Şu halde burada İsviçre kanunkoyucusunun tutumu irdelenmelidir.

İsviçre doktrininde 1976 revizyonu esnasında tedip hakkını öngören hüküm Kanun'dan çıkarılırken, bunun maddi hukuki duruma hiçbir etkisinin olmayacağını vurgulandığı ifade edilmektedir⁸⁶. Gerçekten söz konusu revizyonda 1907 tarihli ZGB'ye değişiklik getiren Kanun tasarısının velayeti düzenleyen hükümlere ilişkin izahında, velayetin içinde çocuğun eğitimi için gerekli olduğu ölçüde tedip yetkisinin de bulunduğu işaret edilerek, bu yetkinin Kanun'da açıkça anılmasına ihtiyaç olmadığından bahisle tedip hakkını öngören hükümden (eski Art.278 ZGB) vazgeçilmiştir⁸⁷.

Şu halde ana babanın tedip hakkı, İsviçre hukuku açısından bunu öngören hükmün Kanun'dan çıkarılmasıyla ortadan kalkmış değildir, bilakis eskisi gibi halâ velayetin içeriğinde mevcuttur. İsviçre doktrininde Tschümperlin, federal meclislerin ilgili hükmün (eski Art.278 ZGB) Kanun'dan çıkarılmasını, ancak tedip hakkının velayetin içeriğinde yer alması koşuluyla uygun bulduğunu ifade etmektedir ve bu sebepledir ki pratikte uzlaşılan görüşe göre, 1976 revizyonu sonrasında da tedip hakkı,

birlikte Kanun'a ilişkin tutanak metinlerinde Demokratik Sol Parti Grubu adına Amasya Milletvekili Gönül Saray Alphan'ın eğitimde zor, kuvvet, şiddet, dayak kullanmanın kaldırılmış olduğuna dair sözleri ve Dönemin Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün tasarının Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne uygun olarak ve çocuğun yararını üstün tutarak hazırlanmış olduğu yönündeki açıklamaları için bkz., TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 4, Cilt 74 (Ankara 2001), Birleşim 13-16, s.340vd., 345vd., 348; TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 4, Cilt 73 (Ankara 2001), Birleşim 11-12, s.79, 81, krş., s.77. Tedip hakkının Yeni Medeni Kanun'da yer almamasına ilişkin olarak ayrıca bkz., Akıntürk, s.408.

⁸⁴Kanun'un gerekçesi (Dn.35), s.19, 126. Ayrıca bkz., dn.83.

⁸⁵BBl 1974 II 77; bu hususta Tschümperlin, s.345-346; Brauchli, s.203-204, 171. Eski Art.278 ZGB hükmü, eski Medeni Kanun'un 267. maddesine karşılık gelmekteydi.

⁸⁶Brauchli, s.203, 171, 154, dn.385; Tschümperlin, s.346; ayrıca bkz., Silvia Däppen-Müller, *Kindsmisshandlung und -vernachlässigung aus straf- und zivilrechtlicher Sicht*, Zürich 1998, s.66.

⁸⁷BBl 1974 II 77; bu hususta ayrıca Cyril Hegnauer, "Das neue Kindesrecht", SJZ 1977, s.168.

velayetin sonucu olarak bulunmaktadır⁸⁸.

Aslında bugün İsviçre doktrin ve uygulamasında tedip hakkının mevcudiyetinden ziyade, ana babanın velayeti yürütürken kullanabileceği eğitim araçları ve bu eğitim araçlarının sınırlarının belirlenmesi üzerinde durulmaktadır; muhtemel bir tedip aracının uygulanırılığı ise bu sınırlar çerçevesinde tartışılmaktadır⁸⁹.

İsviçre hukukundaki bu yaklaşım ve tartışma, tedip hakkına ilişkin eski 267.madde hükmüne yer vermeyen Yeni Medeni Kanun'daki düzenleme bağlamında Türk hukuku bakımından da söz konusu olabilir. Ancak Yeni Medeni Kanun'daki düzenlemeyi daha kapsamlı olarak değerlendirmeden önce, tedip hakkının niteliği, içeriği, yani sağladığı yetkiler, koşulları ve sınırları üzerinde ayrıntılı biçimde durulmalıdır.

2. Tedip Hakkının Niteliği, İçeriği, Koşulları ve Sınırları

a.Tedip Hakkının Niteliği

Tedip hakkı, velayetin kapsamında ana babanın çocuğu eğitime yükümünün bir sonucu ve bütünleyicisidir⁹⁰. Tedibin amacı, çocuğun eğitimini sağlamaktır; bu bağlamda tedip hakkı, velayetin gereği gibi ifasına, diğer bir ifadeyle ana babanın velayetten doğan hak ve yükümlülüklerini gerçekleştirebilmelerine hizmet etmektedir⁹¹. Bu noktada çocuğun ana babanın sözünü dinleme (itaat) yükümlülüğü ile aynı işlevi gören tedip hakkı, aynı zamanda çocuğun anılan söz dinleme yükümlülüğüne uymamasının da yaptırımını oluşturmaktadır⁹².

⁸⁸ Tschümperlin, s.346; Brauchli, s.203-204; krş., BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8 ve orada atf yapılan Federal Mahkeme kararları (BGE 117 IV 14; 105 IV 25); ayrıca bkz., BGE 129 IV 216; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo'ya göre, eski düzenlemenin (aArt.278 ZGB) aksine, ana babaya tedip hakkı tanınmamakla birlikte münferit halde cezalandırma, eğitim yükümünün gerçekleştirilmesi için bir araç olabilir (s.438). Rey'e göre, ana babanın tedip hakkı, 1976 revizyonu ile kaldırılmıştır (Bkz., Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2.Auflage, Zürich 1998, N 759). Bununla birlikte Rey'e göre Art.302 Abs.1 (TMK 340/I) hükmü, eğitim çerçevesinde çocuğun kişilik hakkına yönelik bazı müdahaleleri haklı kılabilir; fakat bu müdahalelere bedensel tedip dahil değildir. Bu hususta ayrıca bkz., Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 1998, N 50.35.

⁸⁹ Bkz. ve krş., Hegnauer, N 26.03; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301, N 8; Tschümperlin, s.345vd.; ayrıca Stefan Müller, *Die persönliche Fürsorge für unmündige Bevormundete* (Art.405/405a ZGB), Freiburg (Schweiz) 1996, s.261-262; Kurt Affolter, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht* (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), *Zivilgesetzbuch I*, Art.1-456, 2.Auflage, Basel 2002, Art.405 N 69-71.

⁹⁰ BK-Hegnauer, aArt.278 N 5, N 10, N 19; ZK-Egger, aArt.278 N 1-2; Oğuzman/Dural, s.281; Feyzioğlu, s.512; Köprülü/Kaneti, s.249; Akıntürk, s.408; Ahmet Erdoğan, "Tedip Hakkı", *Adalet Dergisi*, Yıl 42, 1951, s.1474.

⁹¹ ZK-Egger, aArt.278 N1-2; BK-Hegnauer, aArt.278 N 19; Oğuzman/Dural, s.281; Erdoğan, s.1480.

⁹² Tschümperlin, s.348, 342; BK-Hegnauer, aArt.275 N 4, N 16; İnan, s.130; Oğuzman/Dural,

b. Tedip Hakkının İçeriği

Tedip hakkı, ana babanın çocuğun eğitimi için gerektiği takdirde onun hukuki varlıklarına (özellikle çocuğun vücut bütünlüğü, onuru, özgürlüğü gibi kişilik değerlerine) müdahale oluşturabilen önlemlere (araçlara) başvurabilme yetkisini içermektedir⁹³. Bu noktada tedip önlemleri olarak genellikle çocuğu eğitsel açıdan istenilen davranışa yönlendirmek üzere çeşitli zorlama araçlarının (yaptırımların) kullanılması söz konusu olmaktadır⁹⁴.

Tedip hakkının sağladığı yetki çerçevesinde başvurulabilecek önlemler, doktrinde tedip kavramına yüklenen anlama göre farklı ele alınmıştır. Bazı yazarlarca tedip kavramı oldukça geniş anlaşılmıştır. Mesela Kaufmann'a göre tedip (Züchtigung)⁹⁵, en geniş anlamı ile, eğitim amacına hizmet eden her türlü önlemi ifade eder⁹⁶. Bir diğer tanıma göre ise tedip (Züchtigung), çocuğu eğitsel açıdan hedeflenen bir davranışa sevk etmeye çalışan önleyici veya misilleme kabilinden her türlü zor kullanmadır⁹⁷.

Tschümperlin, tedip kavramının bu şekilde çok geniş anlaşılmasının tedip hakkını öngören eski Art.278 ZGB hükmünün düzenleniş tarzından kaynaklandığı görüşündedir⁹⁸. Şöyle ki; İsviçre Medeni Kanunu'nun 1976 revizyonu ile gözden geçirilip değiştirilen velayetle ilgili hükümleri, ne eğitim araçları (Erziehungsmittel) kavramını ne de tedip (Züchtigung) kavramını içermektedir; buna karşılık eski Art.278 ZGB hükmünde sadece genel olarak ana babanın tedip araçlarından (Züchtigungsmittel) söz edilmiştir. Böylece çocuğun eğitiminde başvurulabilecek ruhsal veya bedensel nitelikte ya da her ikisini de içeren çeşitli önlemler, geniş anlamda tedip kavramı içinde telakki edilmiştir. Bu bağlamda ruhsal nitelikteki önlemler olarak mesela uyarı, kınama, azarlama, tehdit, alay etme, ilgisizlik vb. araçlara işaret edilirken, dayak veya diğer güç kullanma vb. suretiyle bedensel nitelikteki önlemler ya da çocuğun hareket özgürlüğünün kısıtlanmasında olduğu gibi hem bedensel hem ruhsal nitelik taşıyan önlemler de söz konusu olabilmektedir⁹⁹.

s.280-281; Erdoğan, s.1476; Köprülü/Kaneti, s.249-250; Akıntürk, s.408; Erol Cansel, "Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması", Ankara Hukuk Fakültesi, Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.I, Ankara 1977, s.140.

⁹³ Joseph Kaufmann, Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, Stuttgart 1910, s.13vd., 16, 120vd.; Tschümperlin, s.350; krş., BK-Hegnauer, aArt.278 N 10vd.

⁹⁴Krş., BK-Hegnauer, aArt.278 N 10vd.; Kaufmann, s.13vd.; ayrıca Tschümperlin, s.347vd.

⁹⁵ "Tedip" kavramı, Almanca "Züchtigung" kelimesiyle ifade edilmektedir. İsviçre Medeni Kanunu'nun ana babanın çocuğun eğitimi için gerekli tedip araçlarını kullanma yetkisinden söz eden eski Art.278 hükmünün Almanca metninde "tedip araçları" terimi, "Züchtigungsmittel" olarak ifade edilmiştir.

⁹⁶ Kaufmann, s.14, ayrıca bkz., s.15. Kaufmann'a göre, çocuğun sağlık, onur, özgürlük gibi devletin hukuki korumasından yararlanan bir varlığın yönelik tedipler, dar anlamda tedipleri ortaya koyar (s.14).

⁹⁷ BK-Hegnauer, aArt.278 N 10.

⁹⁸ Tschümperlin, s.344.

⁹⁹ Tschümperlin, s.344; Kaufmann, s.13vd., ayrıca s.120vd.; BK-Hegnauer, aArt.278 N 11vd.

Bununla birlikte tedip kavramı, 1976 revizyonu öncesinde de bazen daha dar bir anlamda ele alınmıştır. Bu anlamıyla tedip, **öncelikle bedensel cezalandırmayı ve gerekirse bedensel cezalandırma ile aynı etkiye sahip ruhsal cezalandırmayı** da ifade etmiştir¹⁰⁰. Bu anlamıyla tedip kavramı, günlük dilde, fakat kısmen hukuk doktrinde de kullanılmıştır¹⁰¹.

Tschümperlin, tedip (Züchtigung) yerine bir üst kavram olarak “eğitim araçları” (Erziehungsmittel) kavramının kullanılmasını uygun bulurken, tedip (Züchtigung) kavramının, öncelikle bedensel cezalandırma için ve gerekirse bedensel cezalandırma ile aynı etkiyi gösteren diğer sert cezalar için saklı tutulmasının yerinde olacağı görüşündedir¹⁰². Öte yandan Tschümperlin’e göre 1976 revizyonu sonrasında İsviçre Medeni Kanunu’nun velayete ilişkin hükümlerinde eğitim araçlarından açıkça söz edilmese bile, genel eğitim araçlarının ana babanın çocuğu eğitime hakkının kapsamına dahil olduğu hususunda tereddüt edilemez; zira velayet, gerekli eğitim araçlarının kullanılması yetkisini içermektedir. Genel eğitim araçları olarak uyarı, kınama, azarlama vb. önlemleri örnek veren Tschümperlin’e göre, ana baba kendilerine yüklenen çocuğu eğitime ödevini yerine getirmek için baskıcı eğitim araçlarına başvurabilir, keza çocuğa tanınan bazı ayrıcalıkları elinden alabilir; çocuğu eğitsel açıdan hedeflenen davranışa yönlendirmede gerekli olduğu takdirde ve bu bağlamda eğitsel değere sahip olduğu ölçüde onu cezalandırabilir ve hatta dayak veya diğer güç kullanma vb. suretiyle bedensel tedip uygulayabilir. Anılan eğitim araçlarına başvurabilmek için ana babanın sadece genel olarak velayet kurumuna dayanması yeterli olacaktır¹⁰³.

c.Tedip Hakkının Koşulları ve Sınırları

Tedip kavramı ister geniş, ister dar anlamıyla ele alınsın; tedip hakkının kullanılması, diğer bir ifadeyle tedip hakkının sağladığı yetki çerçevesinde çocuğun eğitimi için gerekli görülen önlemlere başvurulması, bazı koşulların varlığını gerektirir.

Çocuğun eğitimi amacıyla uygulanan tedip önlemleri, genellikle çocuğun davranışını doğruya yönlendirmek ve düzeltmek üzere başvuru zorlama araçları niteliğini taşır ve bu araçların kullanılması, çocuğun hukuki varlıklarına, özellikle çocuğun vücut bütünlüğü, onuru, kişisel özgürlüğü gibi kişilik değerlerine müdahale oluşturur¹⁰⁴. Bu noktada söz konusu kişilik değerlerine yönelik müdahaleyi hukuken haklı kılan ve çocuğun kişilik

¹⁰⁰ Krş., Tschümperlin, s.344-345; Kaufmann, s.14.

¹⁰¹ Krş., Tschümperlin, s.345; Kaufmann, s.14.

¹⁰² Tschümperlin, s.345; aynı yönde Müller, s.261.

¹⁰³ Tschümperlin, s.345-346, 347vd.

¹⁰⁴ Bkz. ve krş., BK-Hegnauer, aArt.278 N 10vd., N 19; Kaufmann, s.14vd., 16, 164; Tschümperlin, s.347vd., 350; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 69.

değerlerinin ihlalden daha üstün değerlendirilmesi gereken bir sebep bulunmalıdır¹⁰⁵.

Çocuğun tedibi, her şeyden önce, çocuğun eğitsel açıdan istenmeyen, sorumlu tutulabileceği ve tedip yoluyla etkilenebilecek bir davranış göstermesi halinde uygundur¹⁰⁶. Bu yüzden mesela çocuğun yasak ya da ahlaken kötü hiçbir davranışta bulunmaması halinde cezalandırma yoluna gidilmemelidir¹⁰⁷. Keza çocuğun hakimiyet alanının dışında kalan bazı fiillerin gerçekleşmesi halinde, mesela bünyevi yetersizliğinden dolayı veya yatak ıslatmada olduğu gibi çocuğun davranışının tedip yoluyla etkilenmesi mümkün değilse, yine tedip araçlarına başvurulmamalıdır¹⁰⁸.

Doktrinde ayırt etme gücüne sahip çocuğun cezalandırma suretiyle tedibi için, ayrıca onun kusurunun da bulunması gereğine işaret edilmektedir¹⁰⁹. Buna göre ayırt etme gücüne sahip çocuk, davranışının uygunsuzluğunun farkında olmalıdır; aksi takdirde böyle bir tedibin eğitsel değeri yoktur. Bununla birlikte çoğu hallerde gerekli idrak yeteneğinden tamamen veya kısmen yoksun küçük yaştaki çocuklarda kusur aranmamaktadır; burada davranışın objektif aykırılığı, tedip önlemlerine başvurulabilmesi için yeterli sebep oluşturmaktadır¹¹⁰. Ancak bu halde de küçük çocuğun davranışının tedip yoluyla etkilenmesi, mesela düzeltilmesi mümkün görünmelidir.

Çocuğun ana babanın sözünü dinleme yükümlülüğünün yaptırımını olarak tedibe başvurulması ise, ancak çocuğun itaatle yükümlü olduğu bir durumda ana babanın sözünü dinlememesi halinde uygundur¹¹¹. Bu sebeptir ki çocuğun somut olayda ana babanın gayriahlaki veya açıkça hukuka aykırı emirlerini yerine getirmemesi halinde ya da fiil ehliyeti çerçevesinde ana babanın isteklerine ters düşen kararlar alması durumunda tedip önlemleri uygulanmamalıdır.

Ana baba, tedip araçlarının seçiminde velayetin sınırları içinde kalmak kaydıyla serbesttir¹¹². Şu halde ana baba, çocuğun yararını gözeterek ve onun kişiliğini dikkate alarak uygun tedip önlemlerine başvurmalıdır. Brauchli⁷ye göre tedip araçlarının uygunluğunun ölçüsü, yalnızca çocuğun yararındır¹¹³. Şöyle ki; kanunkoyucu velayetin içeriğini Art.301 ZGB¹¹⁴

¹⁰⁵Krş., BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 69; ayrıca bkz., Kaufmann, s.110vd.; Tschümperlin, s.349.

¹⁰⁶ Krş., Tschümperlin, s.349; BK-Hegnauer, aArt.278 N 19-20.

¹⁰⁷ Tschümperlin, s.349; Kaufmann, s.164.

¹⁰⁸ BK-Hegnauer, aArt.278 N 20; krş., Tschümperlin, s.349.

¹⁰⁹ Tschümperlin, s.349.

¹¹⁰ Kaufmann, s.111; krş., Tschümperlin, s.349.

¹¹¹ Kaufmann, s.166; krş., Tschümperlin, s.350; ayrıca Tschümperlin, s.335vd.; BK-Hegnauer, aArt.275 N 11; Oğuzman/Dural, s.280.

¹¹² BK-Hegnauer, aArt.278 N 17.

¹¹³ Brauchli, s.203-204.

¹¹⁴ Bkz. ve krş., TMK 339.

hükümünde açıkça ve sadece çocuğun yararına yönlendirmiştir. Bu itibarla uygun ve uygun olmayan tedip araçları arasındaki sınırın nerede çekilmesi gerektiği, sadece çocuğun yararına göre belirlenir, öyle ki her bir münferit hal için ayrı ayrı sınırlamaya gidilir. Çocuğun yararı kavramının öncelikle güçlü sosyal bilimsel verilere göre somutlaştırılması gereğini ifade eden Brauchli, çocuğun yararının korunmasıyla bağdaştığı yerde tedibin haklı olduğu görüşündedir.

Ana baba, tedip hakkından kaynaklanan yetkilerini amacına yönelik kullanmalıdır, yani tedip, hiçbir surette eğitsel amacından sapmamalıdır¹¹⁵. Eğitsel amaç gütmeyen tedip yaptırımları, uygulanamaz (Mesela çocuğa karşı hissedilen kişisel antipatiden dolayı veya uygunsuz istekleri ona kabul ettirmek maksadıyla ya da ana babanın kendi hoşnutsuzluğunu gidermek için keyfi biçimde başvuru yapılan yaptırımlar)¹¹⁶. Bu bağlamda doktrinde, aksi yönde bazı yaklaşımlara rağmen, özellikle salt misilleme kabilinden cezaların verilmesi, yani çocuğa yaptığının bedelini ödetmek amacına yönelik cezaların uygulanması uygun görülmemektedir¹¹⁷. Buna karşılık istenmeyen bir davranıştan sonra kabahatli çocuğa gözdağı vermek, korkutmak ve bu suretle yaptığından vazgeçirmek amacıyla uygulanan cezaların eğitim hedefine yardımcı olacağı ileri sürülmüştür¹¹⁸.

Ana baba, tedip hakkını kullanırken ölçülülük ilkesinin gereklerine göre hareket etmelidir¹¹⁹¹²⁰. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere, tedip önlemleri uygulanırken, nihayetinde çocuğun vücut bütünlüğü, onuru, kişisel özgürlüğü gibi kişilik değerleri bağlamında temel haklarına yönelik bir müdahale söz konusu olmaktadır. Bu itibarla her türlü tedip yaptırımı, ancak eğitsel açıdan elverişli, zorunlu ve makul (ölçülü) olduğu takdirde hukuka uygundur¹²¹.

¹¹⁵ BK-Hegnauer, aArt.278 N 17, N 19; Tschümperlin, s.347, 350; ZK-Egger, aArt.278 N 2; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70; Oğuzman/Dural, s.281.

¹¹⁶ Krş., BK-Hegnauer, aArt.278 N 19.

¹¹⁷ Tschümperlin, s.348; krş., BK-Hegnauer, aArt.278 N 10; Kaufmann, s.16, 17vd.; Erdoğan, s.1480.

¹¹⁸ Tschümperlin, s.348.

¹¹⁹ Bkz., ve krş., Tschümperlin, s.350; BK-Hegnauer, aArt.278 N 19, N 21; ZK-Egger, aArt.278 N 2; Kaufmann, s.110vd., 164vd., 167; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70; Serozan, N 251; Oğuzman/Dural, s.281; Feyzioğlu, s.512; Erdoğan, s.1480-1481.

¹²⁰ Ölçülülük ilkesi, asıl ağırlığını kamu hukukunda gösteren bir ilkedir (Serozan, N 249). Ölçülülük ilkesine göre, yönetimin temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı müdahaleleri içeren önlemleri, takip edilen haklı amaca uygun, elverişli ve zorunlu nitelik taşınmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahale, önlemin amacının gerektirdiğinden daha sert olmamalıdır ve takip edilen amaç, kullanılan araçlarla (temel hak ve özgürlüklere getirilen zorunlu sınırlamalarla) makul bir ilişki içinde bulunmalıdır. Bu bağlamda müdahalenin ağırlığı ile gerçekleşmesi mümkün sonucun değeri arasında bir oransızlığın olup olmadığı ve bu sebeple müdahaleden vazgeçilip geçilmeyeceği irdelenmelidir (Krş., Barbara Caviezel-Jost, Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung [Art.397a Abs.1 und 2 ZGB], Freiburg 1988, s.319-322; Serozan, N 249, N 53).

¹²¹ Krş., Tschümperlin, s.350; BK-Hegnauer, aArt.278 N 19; Serozan, N 249, N 251.

Ölçülülük ilkesi uyarınca başvuru tedip aracı, eğitsel açıdan takip edilen amaca hizmet etmeli, bu amacın gerçekleştirilmesi için elverişli olmalıdır; diğer bir ifadeyle uygulanan tedip önleminin eğitsel bir değeri bulunmalıdır¹²².

Öte yandan ölçülülük ilkesine göre başvuru tedip aracının somut halde uygulanması zorunlu bir önlem niteliğini taşıması gerekir¹²³. Söz konusu önleme, kullanılabilecek etkili başka bir eğitim aracı bulunmadığı için başvurulmuş olmalıdır. Burada çocuğa uygulanan tedip önlemi, amacının gerektirdiğinden daha sert olmamalıdır; bu bağlamda hedeflenen sonucu sağlamaya elverişli daha hafif bir tedip önleminin bulunması halinde, söz konusu daha hafif önlem uygulanmalıdır¹²⁴. Şu halde mesela ikna, öğüt, açıklama, uyarı gibi araçların yeterli olduğu yerde, daha ağır bir önleme başvurulmamalıdır¹²⁵.

Nihayet uygulanan tedip önlemi ile takip edilen eğitsel amaç arasında makul bir ilişki olmalıdır¹²⁶; yani söz konusu müdahalenin ağırlığı ile gerçekleşmesi mümkün sonucun değeri arasında oran bulunmalıdır¹²⁷. Burada önlemle sağlanan yararın önlemin vereceği zarardan üstün gelmesi gerekir¹²⁸.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde ölçülülük ilkesinin, çocuğun eğitimi maksadıyla başvurulacak tedip önlemlerinin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde ölçüt oluşturduğu ifade edilebilir¹²⁹. Buna göre ana babanın, tedip yaptırımlarının seçiminde ve uygulanmasında ölçülülük ilkesinin gereklerine aykırı davranmaları halinde, çocuğun kişilik değerlerine yönelik müdahalenin hukuken haklılığından söz edilemez. Nitekim bu doğrultuda doktrinde tedip yaptırımları bağlamında mesela kınama, azarlama, uyarı, tehdit vb. ruhsal zorlama aracı olarak kabul edilebilirken, ölçüsüz, anlamsız, hukuka aykırı tehditler veya ağır hakaretler uygun görülmemektedir¹³⁰. Keza çocuğa işkence etmeye yönelik yaptırımlar, onur kırıcı, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya çocuğu utandıran diğer tutum ve tavırlar da tedip açısından uygun bulunmamaktadır¹³¹. Yine doktrinde ev ya da oda hapsi anlamında

¹²² Krş., Tschümperlin, s.350vd.; ZK-Egger, aArt.278 N 2; İnan, s.131.

¹²³ Krş., Tschümperlin, s.350; BK-Hegnauer, aArt.278 N 19, N 21.

¹²⁴ Krş., Caviezel-Jost, s.321.

¹²⁵ Krş., Tschümperlin, s.350; Kaufmann, s.111.

¹²⁶ Krş., Tschümperlin, s.350; ZK-Egger, aArt.278 N 2; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70; Serozan, N 249, N 251.

¹²⁷ Krş., Caviezel-Jost, s.322.

¹²⁸ Serozan, N 251.

¹²⁹ Krş., Serozan, N 251; ayrıca Caviezel-Jost, s.325.

¹³⁰ BK-Hegnauer, aArt.278 N 11; Tschümperlin, s.355; Kaufmann, s.156vd., 159; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70.

¹³¹ BK-Hegnauer, aArt.278 N 11, N 15; Tschümperlin, s.355; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N8; Alman hukukunda Gernhuber/Coester-Waltjen, s.889; Susanne Braaksma, Entwüridigende Erziehungsmaßnahmen, Münster 1995, s.49vd.; Serozan, N 251; Oğuzman/Dural, s.281;

kısa süreli özgürlüğü bağlayan yaptırımlar uygun kabul edilirken, çocuğa sürekli dışarı çıkma yasağı getirilmesi veya çocuğun kilere, bodruma, soğuk depo vb. yerlere kapatılması uygun bulunmamaktadır¹³².

Öte yandan ölçülülük ilkesi çerçevesinde başvurulacak tedip önleminin çocuğun yaşına, cinsiyetine, karakterine, sağlık ve eğitim durumuna da uygun olmasının gerekeceği açıktır¹³³.

Vurgulanması gereken husus şudur ki, tedibin hiçbir çeşidiyle çocuğun sağlığına, bedensel, zihinsel veya ruhsal gelişimine zarar verilemez ve çocuğun yararı tehlikeye düşürülemez¹³⁴ ¹³⁵. Aksi takdirde tedip, hukuka aykırıdır. Doktrinde tedip sonucunda sadece çocuğun keyfini bozan, zararsız ve geçici ihlallerin uygun görülebileceği ifade edilmiştir¹³⁶.

Tedibin koşulları ve sınırları konusunda doktrinde genel olarak yukarıda ifade edilen ölçüt ve yaklaşımların kabul edildiği¹³⁷ söylenebilir de münferit halde uygulanabilecek tedip önlemlerine ilişkin olarak, özellikle dayak ve diğer güç kullanma suretiyle bedensel tedip bakımından farklı

Köprülü/Kaneti, s.250; İnan, s.131. Bu bağlamda çocuğu ıslatma, bağlama, yatağa zincirleme, çocuğun saçının kısa kesilmesi veya kardeşler arasında fark gözetme gibi yaptırımlar örnek verilebilir.

¹³² BK-Hegnauer, aArt.278 N 12; Tschümperlin, s.354; Kaufmann, s.154vd.; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70.

¹³³ Krş., BK-Hegnauer, aArt.278 N 21; ZK-Egger, aArt.278 N 2; Tschümperlin, s.350; Kaufmann, s.132vd.; Oğuzman/Dural, s.281; Öztan (2000), s.503; İnan, s.131; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1018; Erdoğan, s.1481.

¹³⁴ Tschümperlin, s.350; BK-Hegnauer, aArt.278 N 15, N 26; Hegnauer, N 26.03; ZK-Egger, aArt.278 N 2; Tuor/Schnyder/Rumo/Jungo, s.438; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70; Kaufmann, s.132vd., 137; krş., BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.889; Oğuzman/Dural, s.281; Öztan (2000), s.503; İnan, s.131; Köprülü/Kaneti, s.249-250; Tekinay, s.490; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1018; Erdoğan, s.1475vd., 1481.

¹³⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10.06.1965 tarih ve E.3060/K.3118 sayılı kararında, somut olayda çocuğu ara sıra dövdükleri tespit edilen ana babanın tedip hakkını, çocuğu baygın hale getirecek ve hastanede tedavisini gerektirecek biçimde kullanamayacağı ifade edilmiştir (Karar için bkz., Hilmi Yazıcı/Hasan Atasoy, Şahıs Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Ankara 1970, N 1044). Bu hususta eleştirel bir yaklaşım için bkz., Serozan, N 251. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin 02.10.1992 tarih ve E.92-8023/K.92-8927 sayılı kararında, ana babanın velayet yetkiyle ilgili olarak getirilen açıklamalar çerçevesinde ana babanın terbiye haklarını (eski Medeni Kanun 267) kullanırken çocuğun sağlığını bozmamaya dikkat etmeleri gerektiği ifade edilmiştir (Bkz., www.yargitay.gov.tr'de emsal arama).

¹³⁶ Tschümperlin, s.350; krş., BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70.

¹³⁷ Bu hususta bkz. ve krş., Tschümperlin, s.347vd., 349vd.; Kaufmann, s.110vd., 120vd., 132vd.; BK-Hegnauer, aArt.278 N 10vd., N 19vd., N 25-26; Hegnauer, N 26.03; Tuor/Schnyder/Rumo/Jungo, s.438; ZK-Egger, aArt.278 N 2; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 69vd.; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8; Serozan, N 251; Oğuzman/Dural, s.281; Öztan (2000), s.503; İnan, s.131; Köprülü/Kaneti, s.249-250; Erdoğan, s.1480vd.; ayrıca Gernhuber/Coester-Waltjen, s.889; farklı yönde JZ 1988, s.617vd., 620.

görüşler mevcuttur¹³⁸. Esasen tedip, daha ziyade bu yönüyle tartışılmaktadır¹³⁹. Buna göre tedibin, bedensel müdahale biçiminde bir önlem olarak diğer eğitim araçları arasındaki yeri ve uygulanırlığı değerlendirilmektedir.

Doktrinde bazı yazarlara göre bedensel tedibin, istisnai hallerde ve belirli koşullar çerçevesinde çocuğun eğitiminde başvurulabilecek bir önlem olarak uygulanması mümkündür¹⁴⁰. Tschümperlin'e göre bedensel tedip, bazı hallerde çocuğun eğitimi açısından mutlak zorunlu olabilir¹⁴¹. Bununla birlikte çocuğun kişiliği bakımından yarattığı olumsuz sonuçlar sebebiyle bedensel tedip, çok sık ve çok sert uygulanmamalıdır; bedensel tedibe, ancak kaçınılmaz son çare (ultima ratio) olarak başvurulmalıdır¹⁴². Belirlenen eğitim hedefi doğrultusunda bedensel tedip, sadece eğitsel bir değere sahip olduğu ve böylece çocuğun yararına hizmet ettiği yerde hukuken uygundur¹⁴³. Öte yandan bedensel tedip yoluyla hiçbir surette çocuğun yararı tehlikeye düşürülemez¹⁴⁴.

Bedensel tedibin eğitimde uygulanabilirliğini ileri süren yazarlara göre, münferit halde bedensel tedip yoluna gidildiğinde; burada vücudun hangi kısmının müdahaleye maruz kaldığı, tedip esnasında kullanılan aracın çeşidi, müdahalenin şiddeti, sayısı, sıklığı, aleni olup olmaması, müdahalenin hukuka uygunluğunu değerlendirmede başlıca göz önünde bulundurulması gereken hususlardır¹⁴⁵. Bu yazarlara göre mesela özellikle çocuğun başına yönelik müdahaleler, hukuka uygun kabul edilmezken, farklı görüşlerle birlikte, sadece onursuz bir davranışın yaptırımını olarak büyük yaştaki çocukta, açık elle ve hafifçe uygulandığı takdirde tokat veya şamar uygun görülebilmektedir¹⁴⁶.

İsviçre hukukunda Affolter'e göre, bedensel tedibin eğitimde başvurulabilecek uygun önlem olarak görülmesi halinde; Federal Anayasa, bedensel cezayı yasakladığı için tedip hakkı ve yasak müdahale arasındaki

¹³⁸ BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8; ayrıca Gernhuber/Coester-Waltjen, s.889; Quambusch, s.64-65.

¹³⁹ Krş., Tschümperlin, s.345vd., 349vd.; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 69vd.; ayrıca Gernhuber/Coester-Waltjen, s.889.

¹⁴⁰ Krş., Kaufmann, s.13vd., 121vd., 132vd.; BK-Hegnauer, aArt.278 N 15-16; ZK-Egger, aArt.278 N 2; Tschümperlin, s.348, 349vd.; Brauchli, s.204.

¹⁴¹ Tschümperlin, s.357. Ayrıca yukarıda tedip hakkının içeriğine ilişkin açıklamalara da bkz.

¹⁴² Tschümperlin, s.351-352, 357; ayrıca BK-Hegnauer, aArt.278 N 16; bu hususta Oğuzman/Dural, s.281.

¹⁴³ Tschümperlin, s.348; ayrıca Brauchli, s.203-204.

¹⁴⁴ Tschümperlin, s.350; BK-Hegnauer, aArt.278 N 15; Hegnauer, N 26.03; ZK-Egger, aArt.278 N 2; Kaufmann, s.134, 137vd.; Brauchli, s.204; krş., Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.438; ayrıca bkz., Köprülü/Kaneti, s.249; Velidedeoğlu, s.372.

¹⁴⁵ Krş., Kaufmann, s.137vd.; Tschümperlin, s.354vd.; ZK-Egger, aArt.278 N 2.

¹⁴⁶ Krş., Kaufmann, s.138vd., 145vd., 149; Tschümperlin, s.354.

sınır alanının daha yakından değerlendirilmesi gerekir¹⁴⁷. Anayasal açıdan ancak çocuğa bedensel veya ruhsal zarar vermeyen ve onur kırıcı olmayan tedip araçları kullanılabilir. Tedibin uyarıcı etkiyi geliştirebilmesi ve gerekli eğitim sonucunu meydana getirebilmesi için, ana baba ve çocuk arasında sıkı bir güven temelinde ve çocuk için anlaşılabilir bir sebeple uygulanması gerekir; keza seçilen araç, ölçülü olmalıdır ve eğitsel amaçla uygulanmalıdır. Bu bağlamda küçük çocuklara yönelik her türlü bedensel müdahale, erginliğin eşiğindeki çocuklar karşısında ise çok sık vuku bulan şamar, tekme vb. müdahaleler, uygun eğitim aracı olarak görülemez¹⁴⁸.

Schwenzer ise bedensel tedibin karşısındadır. Schwenzer'e göre Art.301 ZGB uyarınca ana babanın çocuğu eğitime hakkı, çocuğun özgürlüğüne yönelik bazı sınırlamaları haklı kılsa da bedensel tedip, bunun dışındadır¹⁴⁹; çocuğun eğitiminde her türlü bedensel tedip gayricaiz görülmelidir¹⁵⁰.

V. YENİ MEDENİ KANUN'DAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade edildiği gibi, tedip hakkı, velayetin bir parçası olarak ana babanın çocuğun eğitimi için gerekli araçları kullanabilme yetkisini içermektedir. Farklı görüşler bulunmakla birlikte, doktrin ve uygulamada genel olarak tedip hakkı çerçevesinde çocuğa öğüt verilmesinden zorunlu hallerde çocuğun cezalandırılmasına, hatta güç kullanılmasına kadar değişen ağırlıkta çeşitli önlemlere başvurulabileceği kabul edilmektedir.

Eğitim amacıyla da olsa, zorunlu hallerde çocuğun cezalandırılması ve özellikle çocuğa karşı dayak vb. güç kullanılması yetkisini içeren yönüyle tedip kavramının olumsuz etki yarattığı açıktır. Gerçekten de bu yönüyle tedip hakkı, yaşadığımız çağın bağımsız bir kişilik olarak çocuğun bireyselliğini ve haklarını tanıyan, her halde çocuğun yararının gerçekleştirilmesini ve çocuğun korunmasını temel alan ve bunu uluslararası belgelerle¹⁵¹ de tespit eden anlayışına ters düşmektedir; bilakis geçmiş

¹⁴⁷BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 69-70.

¹⁴⁸BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70.

¹⁴⁹Schwenzer, OR AT, N 50.35.

¹⁵⁰BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8. Buna karşılık çocuğa yönelik her tokadın ana baba hakkında cezai takibatı gerektirip gerektirmeyeceği ayrı bir meseledir (BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.889).

¹⁵¹Uluslararası belgeler bağlamında özellikle Birleşmiş Milletler Teşkilatınca kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme üzerinde durmak gerekir. 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, 09.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 23.12.1994 tarihinde Bakanlar Kurulu'na onaylanması kararlaştırılmıştır (Bkz., RG.27.01.1995, 22184). Bu Sözleşme hakkında bkz., Ali Naim İnan, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, S.1-4, s.765vd. Öte yandan anılması gereken bir diğer önemli belge

dönemlerin eğitimde hakim sert disiplin anlayışını¹⁵² ve hatta kara pedagoji¹⁵³ olarak nitelenebilecek çocuğa eziyet etmek suretiyle eğitmeye yönelik yöntem ve araçlarını çağrıştırmaktadır. Bu açıdan Yeni Medeni Kanun'da tedip kavramına yer verilmemesi isabetli olmuştur. Gerçi daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Kanun'un gerekçesinde tedip kavramına neden yer verilmediğine ilişkin bir açıklık yoktur¹⁵⁴. Tabii bu suretle tedip hakkının maddi hukuk anlamında kaldırılıp kaldırılmadığı hususu da açık değildir.

Yukarıda tedip kavramına yer vermeme bakımından Türk kanunkoyucusunun, İsviçre kanunkoyucusunun tutumundan esinlenmiş olabileceğini belirtmiştik. Ancak İsviçre'de gerek 1976 revizyonu gerekçesinde gerek doktrin ve uygulamadaki baskın görüş çerçevesinde tedip hakkının Kanun'da anılmasa bile ana babanın velayet ve bu bağlamda eğitim hakkına dahil olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁵. Bu durumda Türk kanunkoyucusunun da aynı yaklaşım içinde olduğu söylenebilecek midir?

Kanımızca tedip hakkının maddi hukuk anlamında kaldırılıp kaldırılmadığı meselesini, çocuğun eğitiminde başvurulacak araçların hangilerinin hukuken ve çocuğun yararı bakımından kabul edilebilir olduğu meselesi ile birlikte ve tedip kavramına yüklenen anlam bağlamında ele almak gerekir.

Her şeyden önce ana babanın velayet yetkisinin sonucu olarak çocuğun eğitimini sağlamak ve bu doğrultuda velayetin çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırılmasına yönelik nihai amacını gerçekleştirebilmek için gerekli eğitim araçlarını kullanabileceği açıktır¹⁵⁶. Ana baba, eğitim araçlarının tespitinde velayete hakim ilkelerin ışığında, özellikle çocuğun yararını ve kişiliğini göz önünde bulundurmak suretiyle takdir yetkisine sahiptir¹⁵⁷. Ancak ana baba, çocuğun onurunu kırıcı, onun bedensel veya ruhsal bütünlüğüne zarar veren ya da tehlikeye düşüren hiçbir eğitim aracını kullanamaz¹⁵⁸.

ise, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesidir. 25.01.1996 tarihli bu Sözleşme, Türkiye tarafından 9 Haziran 1999 tarihinde imzalanmış, 18.01.2001 tarihli ve 4620 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 12.03.2002 tarihinde Bakanlar Kurulu'na onaylanması kararlaştırılmıştır (RG.02.05.2002, 24743).

¹⁵² Krş., Tschümperlin, s.345; Brauchli, s.204.

¹⁵³ Kara pedagojiye ilişkin olarak bkz., Alice Miller, Başlangıçta Eğitim Vardı (Çev.: Şirin Baykan), İstanbul 2003, s.21, 29vd.

¹⁵⁴ Bu hususta bkz., yukarıda dn.83 ve dn.35. Gereğede açıklık bulunmamakla birlikte, Kanun'a ilişkin tutanak metinlerinde yer alan görüş ve ifadelerle ilgili olarak yine bkz., dn.83.

¹⁵⁵ Krş., Tschümperlin, s.346; Brauchli, s.203, 171, 154, dn.385; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8; BBl 1974 II 77.

¹⁵⁶ Hegnauer, N 26.03; Tschümperlin, s.345-346; Öztan, s.648-649.

¹⁵⁷ Krş., BK-Hegnauer, aArt.278 N 17; Hegnauer, N 26.04; BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 2, N 7-8; Tschümperlin, s.119vd.

¹⁵⁸ Krş., BSK ZGB I-Schwenzer, Art.301 N 8; Hegnauer, N 26.03; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 70; Öztan, s.649.

Bu çerçevede ana babanın, çocuğun eğitimi esnasında öğüt verme, tavsiyede bulunma, ikna etme gibi araçların yanı sıra zorlayıcı nitelikte veya övgü ya da ödüllendirme gibi teşvik edici araçlara başvurusu mümkündür¹⁵⁹. Bu noktada zorlayıcı nitelikte araçlar olarak uyarı, ayıplama, kınama, harçlığı azaltma, belli saatlerde dışarı çıkma yasağı getirme gibi önlem veya yaptırımların dışında, doktrinde ileri sürülen görüşler doğrultusunda daha baskıcı ya da güç kullanmaya kadar varan cezalandırıcı, sert yaptırımlar da söz konusu olabilmektedir¹⁶⁰.

Burada öncelikle eğitim araçları olarak uygulanabilirliği tartışılan bu önlem ya da yaptırımların, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, hukuken ve çocuğun yararı bakımından kabul edilebilirliği meselesi üzerinde durmak gerekir. Bu noktada özellikle dayak vb. güç kullanma suretiyle bedensel müdahale biçimindeki ve aynı etkiye sahip yaptırımların eğitsel değeri, tartışmanın eksenini oluşturmaktadır.

Her ne kadar esas olarak; ölçülülük ilkesi çerçevesinde çocuğun bedensel veya ruhsal bütünlüğüne zarar verilmemesi ya da tehlikeye düşürülmemesi ve onur kırıcı olmaması koşuluyla yaptırımların seçimi ve uygulanması ana babanın takdirine bırakılmışsa da dayak vb. güç kullanma suretiyle bir yaptırıma başvurulması ya da benzer bir önlemin uygulanması halinde, bunun sonuçları ve etkileri nasıl belirlenecektir? Hangi tokat veya dayak onur kırıcı değildir? Veya bedensel acı vermese de çocuğun ruhsal sağlığını tehlikeye düşürmeyen güç kullanmanın ölçüsü nedir? Öte yandan çocuğun bu şekilde tedibi, çocuğa kötü muameleden nasıl ayırt edilecektir? Petri'ye göre, çocuğun dayak vb. güç kullanma suretiyle tedibi ve çocuğa kötü muamele, prensipte farklı değildir, sadece çocuğa karşı şiddetin yoğunluk bakımından değişen biçimleridir¹⁶¹. Böyle bir durumda söz konusu tedip önlemlerinin eğitsel değere sahip olduğunu söylemek mümkün müdür?

Bu noktada yukarıda sözü edilen esasın hayata geçirilmesi çok zor görünmektedir. O halde dayak vb. güç kullanılarak uygulanan bedensel yaptırımlar veya benzer biçimde şiddeti içeren her türlü ruhsal ve diğer yaptırımlar ya da baskıcı önlemler eğitimde uygun ve hukuken kabul edilebilir olmamalıdır. Burada çocuğun onurunun dışında, her şeyden önce çocuğun fizik kişilik değerlerinin ihlali söz konusu olmaktadır¹⁶².

Bu tespitten sonra tedip hakkının kaldırılıp kaldırılmaması meselesi, tedip kavramına yüklenen anlam bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. Şöyle ki; eğer tedip kavramı, eğitim amacına hizmet eden her

¹⁵⁹ Krş., Tschümperlin, s.346vd., 349vd.; BK-Hegnauer, aArt.278 N 10vd.; Oğuzman/Dural, s.281; ayrıca Akyüz, s.663vd.

¹⁶⁰ Krş., Tschümperlin, s.347vd.; BK-Hegnauer, aArt.278 N 10vd.; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 68vd.; ayrıca Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, s.438.

¹⁶¹ Horst Petri, "Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechtes", ZRP 1976, s.64.

¹⁶² Krş., BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 69; Müller, s.261; Gernhuber/Coester-Waltjen, s.889.

türlü önlem veya zorlama araçlarını içeren geniş bir anlamda¹⁶³ ele alınırsa, bu halde tedip yetkisi kaldırılamaz. Zira uyarı, kınama gibi araçlar, yerine göre eğitimde gerekli ve uygun görüldüğünden buna ilişkin bir tedip yetkisinin bulunmadığından söz etmek eşyanın tabiatına uygun düşmeyecektir. Fakat her halükarda tedip, güç kullanma suretiyle bedensel yaptırımları veya benzer biçimde şiddeti içeren her türlü ruhsal ve diğer yaptırımları uygulayabilme yetkisini içermemelidir. Bu noktada tedip kavramının içeriğinin değiştiğini kabul etmek gerekir.

Buna karşılık tedibin dar anlaşılması¹⁶⁴, yani öncelikle bedensel cezalandırmayı ve gerekirse bununla aynı etkiyi gösteren diğer sert yaptırımları içeren bir kavram olarak ele alınması halinde ise, kanımızca tedip hakkı kaldırılmış sayılmalıdır.

Bu yorum, Türkiye'nin de onayladığı Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun yüksek yararı ilkesinden hareketle, taraf devletleri, çocuğun ana babasının yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkar muameleye, her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel bütün önlemleri almakla yükümlü kılan 19.maddesi hükmüne de uygundur¹⁶⁵.

Aslında Yeni Medeni Kanun, bu hususu açıkça düzenlemeliydi; diğer bir ifadeyle çocuğa karşı dayak vb. güç kullanma suretiyle bedensel yaptırımların veya aynı etkiye sahip ruhsal zorlama araçlarının hukuken uygun eğitim aracı olarak kabul edilemeyeceğinin hükme bağlanması gerekirdi^{166 167}. Aynı şekilde onur kırıcı yaptırımların uygulanması da açıkça yasaklanmalıydı¹⁶⁸. Böyle bir düzenleme, gerekçesinde Türk Medeni Kanunu'nun özellikle İsviçre, Almanya, Fransa, İtalya gibi ülkelerdeki reform, köklü değişiklik ve gelişmelerden uzak kalmasının düşünülemeyeceğini ifade eden kanunkoyucu tarafından göz ardı edilmemeliydi¹⁶⁹. Burada mesela Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer bir kural getirilebilirdi. Almanya'da 08.11.2000 tarihinde yürürlüğe giren § 1631 II BGB hükmüne göre, çocuk şiddetten uzak bir eğitim hakkına

¹⁶³ Bkz., dn.96vd.'na dair metin; ayrıca krş., Kaufmann, s.14; BK-Hegnauer, aArt.278 N 10vd.; Tschümperlin, s.344vd., 347vd.; BSK ZGB I-Affolter, Art.405 N 68vd.

¹⁶⁴ Bkz., dn.100'e dair metin; ayrıca bu hususta Tschümperlin, s.345; Müller, s.261.

¹⁶⁵ Yeni Medeni Kanun'a ilişkin tutanak metinlerinde yer alan görüş ve ifadeler, bu yorumu destekler niteliktedir. Bu hususta bkz., dn.83; ayrıca Akıntürk, s.408.

¹⁶⁶ Bu hususta bkz., Rona Serozan, "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.511.

¹⁶⁷ Bu noktada 14.01.1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun (RG.17.01.1998, 23233)'da aile içi şiddet bağlamında çocuğa karşı şiddete yönelik davranışların yaptırıma bağlandığına işaret etmek gerekir. Bu hususta bkz., Serozan, s.511.

¹⁶⁸ Krş., Serozan, s.511.

¹⁶⁹ Kanun'un gerekçesi (Dn.35), s.3-4.

sahip olup, bedensel cezalandırma, ruhsal ihlaller ve diğer onur kırıcı önlemler caiz değildir¹⁷⁰.

VI. SONUÇ

Buraya kadarki açıklamalarımız çerçevesinde eski Medeni Kanun'un tedip hakkını öngören 267. maddesi hükmünün Yeni Medeni Kanun'da yer almadığını ve bunun sebebine ilişkin olarak Kanun'un gerekçesinde açıklık bulunmadığını ifade etmiş bulunuyoruz. Bu düzenleme, tedip hakkının maddi hukuk anlamında kaldırılmış olup olmadığı hususunda tereddüde yol açabilecek niteliktedir. Kanımızca bu mesele, çocuğun eğitiminde hukuken ve çocuğun yararı bakımından hangi araçların kabul edilebilirliği meselesi ile birlikte ve tedip kavramına yüklenen anlamla bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Buna göre tedip, geniş anlamda, yani eğitim amacına hizmet eden her türlü önlem veya zorlama araçlarına başvurma imkanı olarak anlaşılırsa, bu halde tedip hakkının, uyarı, kınama vb. eğitimde gerekli ve hukuken uygun görülen araçları içeren yönüyle ana babanın velayet hakkının kapsamına dahil bulunduğu kabul edilmelidir; ancak tedip hakkı, bedensel yaptırımları ve benzer biçimde şiddeti içeren ruhsal veya diğer yaptırımları uygulayabilme yetkisini içermemelidir. Bu çerçevede tedip kavramının içeriği değişmiş sayılmalıdır. Buna karşılık tedip, daha dar bir anlamda ele alınırsa, diğer bir ifadeyle esasen bedensel cezalandırmayı ve gerekirse bununla aynı etkiyi gösteren ruhsal veya diğer sert yaptırımları içeren bir kavram olarak anlaşılırsa, bu halde tedip hakkının kaldırıldığı kabul edilmelidir. Bu sonuç, velayete ve çocuk hukukuna hakim temel düşünceyi oluşturan çocuğun yararı ilkesine ve velayeti yönlendiren diğer önemli ilkeyi teşkil eden çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi gereğine uygundur.

¹⁷⁰ Alman Medeni Kanunu'ndaki değişikliğe ilişkin olarak bkz., Dominik Kellner, "Die Achtung der Gewalt in der Erziehung nach neuem Recht", NJW 2001, s.796-797; ayrıca Uwe Diederichsen, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62.Auflage, München 2003, § 1631 Rn 9vd. Çocuğa karşı güç kullanılmasını ve onur kırıcı muamelelere maruz bırakılmasını yasaklayan diğer Avrupa, özellikle İskandinav ülkelerindeki düzenlemeler için bkz., Braaksma, s.35vd.

KISALTMALAR

aArt.	:	frühere Fassung des betreffenden Artikels
AcP	:	Archiv für die civilistische Praxis
Art.	:	Artikel
B.	:	Baskı
BBl	:	Bundesblatt
Bd.	:	Band
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	:	Berner Kommentar
Bkz.	:	Bakınız
BSK	:	Basler Kommentar
C.	:	Cilt
Çev.	:	Çeviren
dn.	:	dipnot
FamRZ	:	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Hrsg.	:	Herausgeber
Krş.	:	Karşılaştırınız
JZ	:	Juristen-Zeitung
N	:	Nummer
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
RG.	:	Resmi Gazete
Rn	:	Randnummer
S.	:	Sayı
S. Sayısı	:	Sıra Sayısı
s.	:	sayfa
SJZ	:	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPR	:	Schweizerisches Privatrecht
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
vb.	:	ve benzerleri
ZGB	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZK	:	Zürcher Kommentar
ZRP	:	Zeitschrift für Rechtspolitik