

VELÂYET HAKKININ KALDIRILMASI

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Medenî Kanununun 274. maddesine göre velâyet hakkı mahkeme kararı ile ana-babadan alınabilir. Velâyet hakkı ana-babanın kişilik haklarından olduğundan kanun koyucu velâyet hakkının kaldırılmasını hâkimin kararına bağlamıştır¹. Velâyet hakkı sadece ana veya sadece babadan da alınabilir. Bu durumda diğer ebeveynin sahip olacağı velâyet hakkının kapsamı tıpkı diğer eşin ölmesinde olduğu gibi geniştir. Ancak, velâyet hakkının eşler bir arada yaşarken, onlardan birinden kaldırılması istisnai durumlarda söz konusu olur². Çünkü, velâyet hakkı kaldırılmış olan eşin, idarî makamların isteğinin aksine ve eşinin rızası hilafına kendisinden alınan velâyet hakkının kapsamına giren bazı işleri yapmaya devam etmesi mümkündür.

I. VELÂYET HAKKININ KALDIRILMASININ ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Çocuğun korunması için Medenî Kanuna göre alınabilecek tedbirlerin en ağırı velâyet hakkının ana-babadan alınmasıdır. Bu nedenle, bu tedbire, kanunun öngördüğü diğer tedbirlerle çocuğun korunması sağlanamaz veya bunların faydasız olacağı daha başlangıçta anlaşılırsa başvurulmalıdır³.

¹ "Çocuk, doğduğu andan itibaren reşit oluncaya kadar ana-babasının velâyeti altındadır. Meğer ki kanunda yazılı nedenlerden dolayı velâyet nez edilmiş olsun. Burada yalnızca çocuğun yararı değil, aynı zamanda ana-babanın kişilik hakları da söz konusudur. Halbuki evlilik dışı nesep ilişkisinde çocuğun ana veya babanın velâyeti altına konup konmayacağı veya ona vasi tayin edilip edilmeyeceği konusunda karar verilirken yalnızca çocuğun yararları gözönünde tutulur" (BGE 49 II 151).

² ÖZTAN, s. 384; BGE 82 II 184.

³ Yeni İsviçre Medeni Kanunu "velâyetin nezi" tedbirini düzenleyen maddenin başına şöyle bir hüküm koymuştur. "Kanunun öngördüğü diğer tedbirlerle çocuğun korunması sağlanamaz veya bu tedbirlerin faydasız olacağı önceden anlaşılırsa velâyet nezedilir" (ZGB m. 311/I).

Yeni İsviçre Medeni Kanununda acz nedenleri olarak tecrübesizlik, bilgisizlik, hastalık, memlekette bulunmama, sakatlık ve benzer nedenler gibi hususlar gösterilmiştir (ZGB Art. 311/I). Doktrinde tecrübesizlik ve bilgisizlik nedeniyle velâyetin kaldırılmasına, çocuğun aşırı şımartılması, davranışlarına hiç bir sınır konulmaması¹³ ya da tam aksine kişiliğinin tamamen baskı altında tutulmasına yol açacak derecede sert davranılması¹⁴, sertlik ve şımartma arasında dengesiz ve açık bir değişiklik gösterilmesi gibi ana-baba davranışları örnek gösterilmektedir¹⁵.

Çocuğun kişilik gelişimi, eğiticisinin tutumuna ve onun eğitime ilişkin görüşlerine bağlıdır. Eğer ana-baba, kendilerine sağlam bir yön çizmemişler ve düzenli bir yaşama sahip değillerse çocuğu yetiştirme görevlerini gereği gibi yerine getiremezler¹⁶. Şu halde, eğitimin temel ilkelerini sürekli biçimde dikkate almamak velâyetin kaldırılmasına yolaçar. Fakat, aşırı bir sabır ve hoşgörü, otorite eksikliği, sözünü geçirememeye ve benzer eğitim hataları velâyetin ana-babadan alınmasına neden olmazlar. Bu gibi durumlarda, onların bu tür eksiklik ve yeteneksizliklerinin daha hafif tedbirlerle giderilip giderilemeyeceğinin titizlikle incelenmesi gerekir. Velâyetin, tecrübesizlik nedeniyle kaldırılması şartı uygulamada hemen hemen hiç bir zaman tek başına bulunmaz. Bu şart daha çok diğer şartlarla birlikte ortaya çıkar.

Velâyet görevini yerine getirmekten aciz olmanın diğer bir nedeni de hastalıktır. Ancak hastalık nedeniyle velâyetin kaldırılabilmesi için, ana-babanın çocuğa karşı görevlerini açıkça yerine getiremeyecek durumda olmaları gerekir. Sürekli temyiz kudretinden mahrumiyet halinde bu şart gerçekleşmiş olur. Doktor raporuna göre uzun süre iyileşme ihtimali bulunmayan akıl hastalığı ve akıl zayıflığında da durum aynıdır¹⁷.

Bowlby'a göre, ana-babanın aşırı derecede hafif, sorumsuz, disiplinsiz, plânsız olmaları gibi durumlarda da velâyet kaldırılmalıdır. Çünkü, bu özellikler, istikrarsız, uyumsuz ve öğrenme yeteneğine sahip olmayan bir kişilik yapısının belirtileridir¹⁸.

Ancak, ana-babanın fiziksel bakımdan zayıf ve hastalıklı olmaları veya ihtirash, sert, kaba, haşin bir karaktere sahip bulunmaları ya da

13 OPITZ, s. 59.

14 AMMAN, s. 49.

15 OPITZ, s. 49.

16 AMMAN, s. 4.

17 JOKIO, s. 332.

18 BOWLBY, Mutterliebe, s. 83.

sadece karı-koca arasındaki düşmanca davranışlar velâyetin kaldırılması için yeterli sayılmamaktadır¹⁹.

Memlekette bulunmama ve hapis cezası da velâyet hakkının normal biçimde kullanılmasını engelleyen nedenlerdir. Böyle durumlarda çocuk denetimsiz, düzensiz ve disiplinsiz bir yaşam sürdürmeye itilmiş olur²⁰. Ancak, memlekette bulunmama nedeniyle velâyetin kaldırılabilmesi için herşeyden önce ana-babanın çocukla her türlü bağlantıyı imkânsız kılacak biçimde uzak bir yerde yaşamaları gerekir. Bundan başka, çocukla haberleşmeme uzun süre devam etmeli ve yakın gelecekte ana-babanın geri dönme ihtimalleri bulunmamalıdır. Nihayet bütün araştırmalara rağmen velâyete sahip olan ana ya da babaya ulaşmak mümkün olmamalıdır.

Ana-babanın nerede olduğunun bilinmemesi duruma bağlıdır. Onların yurt içinde mi yoksa yurt dışında mı olmalarının önemi yoktur. Velâyetin kaldırılabilmesi için ana-babanın nerede olduklarının bilinmemesi durumu acaba ne kadar süre devam etmelidir? Bu soruyu, çocuğun güvenliğine ve ihtiyaçlarına göre cevaplamak gerekir. Süre bakımından şu hususlar ölçüt olarak kabul edilebilir:

— Çocuğun yaşı bakımından ana-babasının rehberlik ve denetimine olan ihtiyacı,

— Yakın gelecekte önemli kararlar alma gerekliliği,

— Çocuğun ana-babası tarafından güvenilir bir kişi yanına bırakılmış olması. Bu son durumda velâyetin kaldırılması için bir süre beklenilmesi mümkündür.

Tutuktuluk, gözaltında bulunma ya da savaş esirliği gibi zorunlu ikâmet hallerinde de velâyet kaldırılabilir. Ancak bu gibi durumlarda ikâmetin devam edeceği süre, bu süre içerisinde çocuğun kontrol imkânının bulunup bulunmadığı, bu durumun sona ermesinden sonra velâyete sahip olan ebeveynin çocuğun yanına dönme ihtimali gibi hususlar dikkate alınmalıdır.

C. Ana-babanın Kısıtlanması (hacir altına alınması)

Ana-babanın Medenî hakları kullanma ehliyetleri kısıtlandığı takdirde²¹ velâyet hakkı kaldırılır. Çünkü kısıtlama kararı ile birlikte ki-

19 EGGER, Art. 285 Nr. 3.

20 JORIO, s. 335.

21 Kısıtlama, kanunun tayin ettiği bazı nedenlerden dolayı hakim bir kimsenin medeni hakları kullanma ehliyetini kısıtlamasıdır. Kısıtlama nedenleri Medeni Kanunumuzun 355-358. maddelerinde sayılmıştır. Bunlar, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, ayyaşlık, kötü hal, kötü idare ve bir yıldan fazla bir süre ile hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkumiyettir.

sıtlanan kimsenin medenî hakları kullanma ehliyeti ya tamamen ya da kısmen ortadan kalkar. Medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin de çocuğun şahsı ve malları üzerinde bazı yetkilere sahip bulunması mümkün değildir. Çünkü kendi mallarını idare için vasiye ihtiyacı olan bir kimseden çocuklarının mallarını idare etmesi istenemez. Bunu dikkate alan kanun koyucu hacir altına alınan kimsenin velâyet hakkının kaldırılacağını hükme bağlamıştır. Ancak, kısıtlama kararı kendiliğinden velâyetin kaldırılması sonucunu doğurmaz. Ayrıca hakimın velâyetin kaldırılmasına karar vermesi lazımdır²². Ancak, burada bir güçlük ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, ana-babanın kısıtlanması ile velâyetin kaldırılmasına çoğu kez aynı anda karar verilmez. Gerçi kısıtlama kararı verilince velâyetin kaldırılmasına karar verecek hakim artık takdir yetkisi kalmamaktadır. Yani hakimın velâyetin kaldırılmasına mutlaka karar vermesi gerekir. Fakat kısıtlama kararı ile kaldırma kararı arasındaki bu zaman farkı sırasında aciz olan küçükler aciz olan büyükler tarafından temsil edileceklerdir. Doktrinde bu iki karar arasındaki zaman farkı üzerinde durulmuştur. Bir görüşe göre²³, bu boşluğun MK. 423. maddesindeki kuralla doldurulması gerekir. Anılan maddeye göre, “vasilik sıfatı vasinin... medenî hakları kullanmaktan mahrumiyeti ile sona erer”. Başka bir görüşe göre ise²⁴, “kendi mallarının idaresinden mahrum edilen idareci çocuğun mallarını idareye devam etmektedir. Bu durum çocuk için çok zararlıdır, kanun çocuğu gerçekten çok garip bir şekilde korumuş olmaktadır. Şu gerçektir ki, hakim idare edenin kendi mamelekini idareden aciz olduğu kanısına varırsa, idare eden fiiliyatta çocuğunun mamelekini de idare yeteneğinden mahrum demektir”.

Bu konudaki diğer bir görüşe göre de²⁵ velâyet hakkı kısıtlama kararının kesinleşmesi ile kendiliğinden (ipso jure) kaldırılmış olur. Bunun sonucu olarak kısıtlama kararının kesinleştiğini bilen üçüncü kişilerin ana-baba ile yaptıkları muameleler hükümsüzdür. Nitekim İsviçre Medenî Kanununun yeni 296. maddesinin II. fıkrası açıkça reşit olmayanlar ve kısıtlanmış kişilerin (unmündige und Entmündigte) velâyet hakkından ipso jure mahrum olacaklarını belirtmiştir.

D. Yetkinin Kötüye Kullanılması

Kanun, velâyet hakkı sahibine görevlerini yerine getirebilmesi için çocuğun şahsı ve malları üzerinde bazı yetkiler vermiştir. Bu yetkiler

22 SAYMEN-ELBİR, s. 399; ÖZTAN, s. 385; HEGNAUER, Art. 285, Nr. 24.

23 ROSSEL-MENTHA, s. 443.

24 MAIER, s. 48.

25 BERKİ, s. 17.

verilirken de bunların çocuğun ve toplumun yararına kullanılacağı, asıl amacından saptırılmayacağı düşünülmüştür. Aksi durumda, yani yetkilerin kötüye kullanılması durumunda velâyetin kaldırılacağı hükme bağlanmıştır²⁶.

Kanunlar genel anlamda bile velâyetin kötüye kullanılmasını korumazlar (MK. m. 2/II). Ancak, yetkinin kötüye kullanılmasının valâyetin kaldırılmasına yol açabilmesi için ağır ve sürekli olması gerekir²⁷. Yetkinin hafif ihmali velâyetin kaldırılmasına sebep olamaz. Örneğin, ananın muayyen bir erkekle içli dışlı ilişki kurması, ana-babanın gündüzleri işe giderek çocuklarını yabancı kişilere bırakmak zorunda olması gibi²⁸.

Yetkinin kötüye kullanılması sebebiyle velâyetin kaldırılabilmesi için ana-babanın kusurlu olması da lazımdır²⁹. Kusur ve kusur ehliyeti yoksa bir acz durumu söz konusu olur.

Doktrinde yetkinin kötüye kullanılmasına aşağıdaki örnekler verilir: Ana-babanın çocukların şahsı üzerinde onların sağlığını ve eğitimini ciddi biçimde tehlikeye sokan kötü ve ahlâki olmayan davranışları³⁰, çocuğun suça teşviki³¹, sebepsiz ve devamlı olarak okula gönderilmesi³², bir kuruma veya koruyucu aile yanına yerleştirilmiş çocuğa ana-babanın haksız biçimde ve devamlı müdahalesi³³, kazanç amacıyla çocuğun işgücünün istismarı, çocuğun barınacağı yerin ve yiyeceğinin düşünülmemesi sonucunda onun ötede heride yatıp kalkması ve yiyip içmesi, babanın kazancını kendisine harcayarak aileyi zarurette bırakması, aile bireyleriyle ilgilenmemesi gibi³⁴.

E. Ana-babanın Görevlerini Ciddi Biçimde İhmal Etmesi

Velâyet hakkının kapsadığı ödevlerin büyük bir dikkat ve ihtimamla yerine getirilmesi ve bu konuda ihmal gösterilmemesi gerekir.

26 JORIO, s. 341; ZVW 10 1956, 23 Nr. 1.

27 BGE 42 II 96; JORIO, s. 313 vd.

28 EGGER, Art. 285, Nr. 6.

29 BGE 42 II 97, 38 II 454; JORIO, s. 341.

30 ROSSEL-MENTHA, s. 444.

31 Monatschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Natariatswesen 40/1942, Nr. 192, s. 392.

32 HEGNAUER, Art. 285, Nr. 29; Yg. 2HD., 26.2.1948 E. 8023, K. 1277 (SAYMEN-EL-BİR, Küllüyat, C. 3, No. 113).

33 HEGNAUER, Art. 285 Nr. 29.

34 EGGER, Art. 285, Nr. 6.

Bu husus özellikle günümüz için doğrudur. Çünkü, günümüzde hayat şartları ana-babanın çalışmasını gerektirmekte ve özellikle ananın çalışması onun çocuğa gereği gibi ihtimam göstermesini güçleştirmektedir.

Bunları dikkate alan kanun koyucu ciddi ihmali velâyetin kaldırılması nedeni olarak belirtmiştir.

İhmal iki şekilde ortaya çıkabilir: 1- Ana-baba çocuğun güvenliğinin gerektirdiği tedbirleri almazlarsa onun şahsına karşı olan görevlerini yerine getirmemiş olurlar. Örneğin hasta çocuğun doktora muayene ve tedavi ettirilmemesi, bedenen ya da fikren geri çocuğa kendi durumuna uygun eğitim yaptırılmaması³⁵ gibi. 2- Ana-baba bizzat kendilerini çocuğu yetiştirmek için gerekli yeteneklere sahip kılmayarak veya ahlâki olmayan bir hayat tarzı sürerek çocuğa kötü örnek teşkil ederler. Örneğin karı-koca arasındaki düşmanca davranış ve tutumlar, kocanın bir daha dönmek üzere evi terketmesi, ananın hilekâr, sinsi ve hafif meşrep davranışlarda bulunması³⁶ babanın alkolik olması ve istikrarsız bir yaşam sürmesi³⁷. Özellikle ana-babanın ya da bunlardan birinin alkol alışkanlığı çocuğun güvenliğini tehlikeye düşürmektedir. Bu çocuklar sadece alkolik babanın doğrudan etkisi sonucu değil, aynı zamanda onun ana üzerindeki dolaylı etkisi veya bizzat kendisinin alkolden kaynaklanan fiziksel ve ruhsal yetersizliklerinden de zarar görmektedir³⁸. Haffter'e göre alkolik ailelerden gelen çocukların üçte ikisi, zorunlu okul çağında bulunanların da hepsi sosyal gelişimleri bakımından zarar görmüşlerdir. Çocuk ve yetişkin suçluluğunda bu zararların sosyal ya da bireysel ciddi sonuçlarının katkıları çok büyüktür³⁹. Bu gibi durumlarda velâyetin kaldırılmasının şartları ciddi biçimde incelenmelidir. Başka bir deyişle şu veya bu nedenden kaynaklanan ihmalin, velâyetin kaldırılmasına sebep olabilmesi için, çocuğun bedensel ve fikirselsel sağlığını ciddi biçimde tehlikeye düşürücü nitelikte olması gerekir.

35 ZVW 1959, Nr. 4, s. 19; JORIO, s. 346; 2HD., boşanma sonucu velayeti anaya verilen çocukların ana tarafından bakılmadığı, çocukların başı boş bırakıldığı, dilencilik yaptıkları, birisinin yandığı, trafik kazası geçirdiği, ayağının kırıldığı, davah kadının zina suçundan tutuklandığı davacı tarafından isbat edilmiştir. Bütün bu olay velâyet hakkını kullanma bakımından ananın ağır ihmalde bulunduğunu açıkça gösterdiğinden velâyetin anadan alınması gerekir içtihadında bulunmuştur (Yg. 2HD. E. 9158/K. 9300, 12.11.1984 (yayınlanmamış)). Bir başka kararında da Yargıtay ananın çocuklarını Türkiye'de bırakıp yurt dışına gitmesi, Libya'da oturması ve çocukların bakımsız kalması velâyetin aşırı derecede ihmali mahiyetinde görülerek nezin gerektiğini belirtmiştir (Yg. 2HD., E. 8598/K. 8763, 31.10.1984 (yayınlanmamış)).

36 ZVW 1961 Nr. 41, s. 150 vd.; JORIO, s. 346.

37 HAFFTER, s. 38.

38 HAFFTER, s. 139.

39 BGE 38 II 454.

Federal mahkemeye göre, ciddi ihmalden söz edebilmek için bu ihmalin çocuğa karşı kusurlu bir davranıştan ileri gelmesi ve çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal sağlığı ve ahlâkı bakımından kötü sonuçlar doğuracak nitelikte olması gerekir. Karakter hataları kusur olarak bulunuyorsa ciddi ihmal söz konusu olamaz⁴⁰.

F. Velâyet Hakkına Sahip Ana veya Babanın Tekrar Evlenmesi

Medeni Kanunumuza göre, velâyet hakkı, ana veya babadan birinin ölümü halinde sağ kalana geçer (m. 264/I). Boşanma veya evliliğin butlanı halinde de bu hak, hakim tarafından çocuğun verildiği eşe ait olur (264/I). Velâyet hakkına sahip eşin başkasıyla tekrar evlenmesi kendiliğinden velâyet hakkının kaldırılmasını gerektirmez⁴¹. Velâyetin kaldırılması ancak ortaya bu tedbiri haklı gösterecek ciddi endişelerin çıkması halinde mümkündür. Hatta çoğu kez yeniden evlenme çocuğun durumunu düzeltebilir ve üvey ana veya baba onun yetişmesi için maddi veya manevi bir destek olabilir. Keza o ana kadar başka bir aile veya kuruma yerleştirilmesinde zorunluluk bulunan çocukların tekrar ana-babaya bırakılması imkân doğabilir⁴². Böyle bir durumda velâyet hakkını o zamana kadar elinde bulundurandan almak faydasız hatta sakıncalı olur. Esasen Medeni Kanunumuzun 275. maddesi "velâyeti haiz ana veya baba yeniden evlenirse, icap ettiği halde çocuğa bir vasi tayin edilir" demektedir. Bu nedenle, tekrar evliliğin velâyetin kaldırılmasına neden olabilmesi için çocuğun maddi ve manevi durumunun bu evlilikten dolayı ciddi biçimde kötüleşmesi, çocuğun veya üvey ebeveynin bir arada yaşamalarını imkânsız kılacak derecede birbirini reddetmeleri gerekir⁴³. Bu nedenle çocuğun bu evlilikten yalnızca hoşlanmamış olması yeterli değildir. Fakat velâyetin kaldırılması için MK. 274. maddesindeki şartların gerçekleşmesine lüzum yoktur⁴⁴.

Bundan başka çocuğa zarar vereceğinden endişe edilen tehlikenin velâyet hakkı sahibinin veya üvey ana veya babanın kusuru ile meydana gelmiş olması şart değildir. Çünkü velâyetin kaldırılması ana veya babanın şahıslarına karşı uygulanan bir yaptırım değil, çocuğun korunmasını sağlayan bir tedbirdir⁴⁵.

40 BGE 38 II 454.

41 OLGAÇ, m. 275, s. 299; ÖZTAN, s. 386; BGE 68 II 363.

42 EGGER, Art. 286, Nr. 1.

43 JORIO, s. 302.

44 EGGER, Art. 286, Nr. 3; SCHULTHESS, s. 99.

45 TEKINAY, s. 519.

II. VELÂYET HAKKININ KALDIRILMASININ SONUÇLARI

A. Velâyetin Kaldırılmasının Kapsamı

MK. 274. maddesinin II. fıkrasının 2. cümlesi “nez’in hükmü ilerde doğacak çocuklara da şamildir” diyerek velâyetin kaldırılmasının bütün çocukları kapsayacağını dolaylı olarak belirtmiştir. Fakat doktrine⁴⁶ göre kanunun bu hükmü anılan tedbirin amacı ile bağdaşmaz. Çünkü, velâyetin kaldırılmasının amacı ana-babayı cezalandırmak değil, çocuğu korumaktır. “velâyetin nezi tedbiri himaye gayesinin gerektirdiğinden daha ileri gidemez”⁴⁷. Öte yandan velâyetin kaldırılmasının bütün çocukları kapsamaması onların çıkarları bakımından da sakınca teşkil eder. Çünkü, velâyetin kaldırılması nedeninin çocuklardan yalnız birine ilişkin olması mümkündür. Örneğin eğitimi güç veya bedensel ya da zihinsel özürü bulunan çocuklarda olduğu gibi.

Bu nedenle velâyetin kaldırılmasının kapsamının bunu gerektiren şartlara göre tayin edilmesi uygun olur. Eğer velâyet ana babanın hacir altına alınmasından dolayı kaldırılmışsa, kaldırma kararı geneldir. Yani sonradan doğan çocuklar da dahil olmak üzere bütün çocukları kapsar. Fakat bu tedbire yol açan neden yetkinin kötüye kullanılması veya ağır ihmal ise yalnızca buna maruz kalan çocuklar hakkında geçerlidir⁴⁸.

B. Çocuğa Vasi Tayini

Ana-baba velâyetin kaldırılması ile birlikte velâyete bağlı bütün hak ve görevlerini kaybederler. Burada ana-baba ve çocuk ilişkilerinin hukuki bakımdan önemli ölçüde çözüldüğü söylenebilir. Ancak, velâyetin kaldırılmasının, ana babanın çocuğun masraflarını karşılama ve onu ziyaret etme gibi hısımlık bağından doğan haklara etkisi olmaz. Buna karşılık velâyet kaldırılınca çocuğun ana-babadan alınması gerekir. Bununla beraber velâyetin kaldırılmasına rağmen çocuğun ana veya baba yanında bırakılmasını haklı gösteren bazı istisnalar söz konusu olabilir. Kanun kaldırma nedenleri arasında ana-babanın kısıtlanmasını da saymıştır. Velâyet hakkı sahibi mallarına ilişkin bazı işlemleri yapmaktan aciz ise kendi isteği ile hacir altına alınabilir (MK. m. 358). İhtiyari hacir, onun çocuğu eğitime ve ona bakma yeteneğini etkileme-

46 EGGER, Art. 285 Nr. 8; HEGNAUER, Art. 285, Nr. 39 ve orada zikredilen eserler.

47 EGGER, Art. 285, Nr. 8.

48 HEGNAUER, Art. 285, Nr. 39.

yebilir. Fakat hacir altına alınan kişi başkasını temsil etme ehliyetine sahip olamayacağından velâyetin kaldırılması gerekir. Böyle bir durumda velâyet kaldırılmasına rağmen çocuk kısıtlanan ana veya babasının yanında bırakılabilir.

Velâyet hakkı kaldırılrsa bile çocuğun ana ve baba yanında kalmasını haklı gösteren bir diğer örnek de şudur: Medeni Kanunumuza göre, ana-babanın çocuğun malları üzerindeki yetkileri ancak velâyetin nezi ile birlikte kaldırılabilir. Ana baba çocuğun mallarını iyi idare edemiyorlar ve onun malvarlığını tehlikeye düşürüyorlarsa hakim velâyet hakkını kaldırabilir. Çocuk böyle bir durumda ana veya baba yanında bırakılabilir⁴⁹.

Velâyetin her iki ana-babadan veya velâyet hakkına sahip ana veya babadan alınması halinde çocuğa vasi tayin edilir (MK. 274/II, m. 354).

Velâyete sahip ana veya babanın tekrar evliliği halinde vasi tayini dolaylıdır. Çünkü burada velâyetin kaldırılması çocuğa vasi tayininden ileri gelir⁵⁰. Ancak bazı yazarlar velâyet önceden kaldırılmaksızın çocuğa vasi tayinini eleştirirler⁵¹.

Fakat çocuğa vasi tayinini velâyetin kaldırılmasına denk görmek lâzımdır. Aslında bu bir şekil sorunudur ve çocuğun güvenliğini tehlikeye uğratacak bir husus söz konusu değildir. Çünkü, hakim ancak şartlar velâyetin kaldırılmasına neden olacak derecede önemli ise çocuğa vasi tayin edecektir⁵².

Velâyetin kaldırılması ikinci evliliğin sonucu ise, hakim karı-kocadan birini vasi tayin edebilir (MK. m. 275). Ancak yeni eş pek istisnai durumlarda vasi tayin edilir. Çünkü, velâyet bu ikinci evlilikten dolayı kaldırılmıştır.

C. Velâyet Hakkının İadesi

Velâyetin kaldırılması kararı, Medeni Kanunun 272. ve 273. maddelerine göre alınan tedbirler gibi çocuğun korunmasına ilişkin bir tedbir olduğundan, hiç bir şekilde kesin değildir. Başka bir deyişle bu tedbir de ancak çocuğun yararlarının gerektirdiği sürece devam eder.

49 Yeni İsviçre Medeni Kanunu sırf malların idaresine ilişkin yeteneksizlik dolayısıyla velâyetin kaldıramayacağını, malların 324 ve 325. maddelere göre korunacağını hükme bağlamıştır (bkz. JORIO, s. 319).

50 BGE 65 II 118.

51 EGGGER, Art. 286, Nr. 4.

52 TARAKÇIOĞLU, s. 105-106.

Bununla beraber velâyet ana-babaya kendiliğinden geri dönmez. Buna hakimın karar vermesi gerekir. Velâyetin kaldırılmasına neden olan şartlar ortadan kalkmışsa ana-baba velayetin iadesini talep edebileceği gibi, hakim talebe gerek kalmaksızın kendiliğinden de iadeye karar verebilir (MK. m. 276/I). Velâyetin kaldırılması için çok ağır ve istisnai şartların gerçekleşmiş olması gerektiğinden iadesi için de söz konusu şartların ortadan kalkmış olup olmadığının titizlikle incelenmesi lâzımdır⁵³.

Velâyet kaldırılınca çocuğun ana babasından alınması gerekeceğinden nez şartlarının ortadan kalkmış olup olmadığının tesbiti oldukça zordur. Velâyet ana-babanın hastalığı, memlekette bulunmaması ya da nerede olduğunun bilinmemesi gibi nedenlerle nez edilmişse, bunların ortadan kalktığına tesbiti kolaydır. Fakat bunun dışındaki nedenlerle, özellikle de görevlerin ağır biçimde ihmali veya yetkinin kötüye kullanılması dolayısıyla velayet kaldırılmışsa, bunların ortadan kalkmış olup olmadığının tesbiti oldukça zordur. Ana-babanın, çocuğu, velâyetin kaldırılmasından sonra ziyaret etmesi, gelişimi ile ilgilenmesi onların çocuğa karşı olan durumlarının düzeldiğine ilişkin bazı ipuçları verirse de, bunlar velâyetin iadesi için yeterli değildir. Bizzat ana-babanın durumundaki gelişmeler onların düzeldiğine delil olabilir. Fakat çoğunlukla vesayet makamı velâyetin kaldırılmasından sonra ana-babayı artık kontrol altında tutmadığından onların durum ve tutumundaki gelişmeleri de takip edemez.

Velâyetin iadesinden önce çocuğun bakımının deneme (probeweise) amacıyla ana-babaya verilmesi tavsiye edilmektedir⁵⁴. Deneme süresi içerisinde vasi, çocuğu sürekli denetim altında tutarak gerektiğinde, ana-babadan hemen alınmasını sağlayabilir. Velâyet kaldırılınca çocuğun ana-babadan mutlaka alınacağı hususu buna engel değildir. Çünkü çocuğun bakımının bir süre sonra ana-babaya tekrar verilmesi, onların velâyeti kullanmaya ehil hale gelmiş olup olmadıklarının değerlendirilmesine hizmet edecektir. Ancak, vesayet makamının, çocuğu ana-babaya vermeden önce tüm şartları titizlikle incelemesi gerekir. Çünkü, çocuğun bakım yerinin değiştirilmesine çok istisnai şartlar altında izin verilmelidir.

Ana-babanın velâyeti kullanmaktaki yeteneksizliğinin ortadan kalkması şartıyla, velâyetin, nez dışındaki koruma tedbirlerinden biri alı-

53 JORIO, s. 352; SCHULTHESS, s. 157.

54 JORIO, s. 353.

narak iadesi mümkündür.⁵⁵(Ana-babanın denetim ve kontrole tabi tutulması, ana-babaya yol gösterecek bir şahıs tayini, bakım hakkının kaldırılması gibi)⁵⁵. Eğer ana-baba, kendilerinde kalan yetkileri kullanabilecek duruma gelmişlerse, bakım hakkı kaldırılarak (MK. m. 273) velâyet iade edilebilir. Böylece velâyetin derece derece iadesi mümkündür.

Velâyetin iadesine karar verilebilmesi için, kaldırma nedeni ne olursa olsun karardan itibaren bir yılın geçmesi lâzımdır (MK. m. 276/II). Böylece kanun, velâyetten mahrum edilen ana-babaya haklarını geri alabilmeleri için bir deneme süresi tanımıştır. Bir yılın başlangıcı velâyetin kaldırılması kararının kesinleştiği tarihtir.

Sürenin dolması tek başına, ana-babanın durumunun düzeldiğine gösterge olamaz. Bu nedenle süre velâyetin iadesi için önemli bir ölçüt olarak değerlendirilmemelidir. Velâyetin muhteva bakımından dereceli bir şekilde iadesi ve çocuğun ana-babaya verilmeden önce şartların düzelmiş olup olmadığının iyice açıklığa kavuşturulması çocuğun korunması bakımından çok daha önemlidir. Çocuk hukukunda böyle elastiki olmayan hükümler (m. 276/II) hayattaki şartların çok çeşitli olabileceği gerçeği ile bağdaşmaz⁵⁶.

Velâyetin ihmal veya yetkinin kötüye kullanılması nedenleriyle kaldırılması halinde bir yıllık süre kabul edilebilir. Fakat, diğer kaldırma nedenleri için bu süreyi kabul etmek güçtür⁵⁷. Örneğin ihtiyari hacir kaldırılmış veya velâyetin kaldırılmasına yol açmış ikinci evlilik bir yılın tamamlanmasından önce sona ermiştir. Şu halde bu gibi durumlarda velâyetin iadesi için bir yılın dolmasını beklemek haklı olmaz. Fakat kanun açık olduğu için başka şekilde hareket etmek olanağı yoktur. Ancak kanundaki bu tür gereksiz sertlikler, velâyeti kullanmaya ehil hale gelmiş olan ebeveyne bir yılın dolmasından önce vasiinin kontrolü altında bakım hakkının verilmesi yani çocuğun ana-babaya fiilen iadesi ile yumuşatılabilir.

III. VELÂYETİN KALDIRILMASI İLE BOŞANMA VE AYRILIK HALİNDE TEVDİİ ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Medeni Kanununun 148. maddesi velâyetin nezdinden söz etmemektedir. Fakat gerek doktrinde gerek uygulamalarda MK. 274. maddesindeki şartların gerçekleşmesi halinde boşanmaya karar veren hakimın ve-

55 JORIO, s. 353.

56 JORIO, s. 354.

57 BERKİ, s. 19.

lâyeti kaldıracabileceği kabul edilmektedir⁵⁸. Böyle bir durumda velâyetin ana-babadan her ikisine de tevdi edilemeyeceğine dair bir karar verilemez.

Velâyetin 274. maddeye göre nezi dolayısıyla kaybı ile tevdi deniyle kaybı (MK. m. 264) hem şartları hem sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.

Velâyetin kaldırılması (nezi) boşanma olsun veya olmasın çocuğun ana-babasına karşı korunması için alınabilecek bir tedbirdir. Velâyetin tevdi ise ancak, evlilik birliğinin müşterek hayatın tatili, ayrılık, bütlan ve boşanma nedeniyle ortadan kalkması, yani eşlerin aynı çatı altında yaşamamaları dolayısıyla velâyeti birlikte kullanmalarının fiilen imkansızlaşması gibi durumlarda söz konusu olur.

Velâyetin kaldırılması için boşanma olsun veya olmasın Medeni Kanununun 274. maddesindeki şartların gerçekleşmesi gerekir. Yani ana-babadan her ikisi de çocuğa tehlikeye düşmemesi için asgari bakım ve ihtimamı gösteremeyecek durumda olmalıdır. Böyle bir durumda eşler boşanmamış olsalar bile vesayet makamının müdahale ederek velâyeti kaldırması gerekir. Buna karşılık boşanma sırasında eşlerin her ikisi de çocuğa bu asgari ihtimamı gösterebilecek durumda ise hakim, daha yetenekli yani çocuğu daha iyi yetiştirebilecek olan tarafa velâyeti tevdi eder⁵⁹. Bu takdirde diğer taraf velâyet hakkını kaybeder.

Velâyeti tevdi nedeniyle kayıp ile nez nedeniyle kaybın sonuçları da farklıdır. Çünkü, 274. maddenin II. fıkrasına göre, nezın hükümleri ileride doğacak çocukları da kapsar.

İsviçre Federal Mahkemesi, boşanma halinde, velâyetin kaldırılabilmesi için 274. maddedeki şartlara sıkı sıkıya bağlanmamak gerektiği görüşündedir⁶⁰. Çünkü, boşanan ana veya baba velâyeti tek başına kullanacağından, onun durumu daha zordur. Özellikle birden çok çocuk varsa, örneğin ana bunların hepsini birden tek başına eğitmek zorunda kalacaktır. Onun bu yükün altında kalkabilmesi için eğitcilik yeteneklerinin normalin üstünde olması gerekir. Ayrıca gerek velâyete sahip taraf gerek çocuklar ailenin çözülmesinin psikolojik, sosyal ve ekonomik olumsuz etkileri altındadırlar. Ana veya babanın normal bir aile çocuğu

58 BGE 40 II 315; 47 II 18; 48 II 305; 54 II 74; 96 II 74; 82 II 474; Yg. 2HD., 30.12.1975, E. 1975/9587, K. 9916 (YKD., 1976, Sayı 4, s. 459); 2HD, 27.4.1978, E. 3184 K. 3392 (Yayınlanmamış); HINDERLING Ehescheidung, s. 152.; TEKİNAY, s. 257; FEYZİOĞLU, s. 297.

59 AKYÜZ, Boşanma, s. 55 vd.; LANDOLT, s. 31 vd.; JORIO, s. 280 vd.

60 BGE 86 II 74.

için belki yeterli olabilecek eğiticilik yetenekleri ve kişilik özellikleri boşanmanın etkisi ile ruhsal çatışma içinde bulunan çocuk için yeterli olmayabilir⁶¹. Ancak, Federal Mahkeme bu kurallın şematik olarak uygulanamayacağına da dikkati çekmektedir⁶². Hakim somut olaya göre karar vermesi gerekir. Çünkü, boşanma bazı hallerde ana-babanın eğitim ve terbiye görevini kolaylaştırabilir. Eşler artık birarada yaşamadıklarından çocuklar onlar arasındaki geçimsizlikler ve birbirine zıt eğitsel etkilerden uzaktırlar. Evlilik devam ederken aile geçimsizliklerinin kendinde meydana getirdiği ruhsal çatışmalar nedeniyle çocuklara karşı görevini yerine getiremeyen ana, boşanmadan sonra buna ehil hale gelebilir. Hakim boşanma sonucu ortaya çıkan olumlu ve olumsuz şartları inceledikten sonra velâyeti ya ana-babadan birine tevdi eder ve tevdi ile birlikte bazı koruma önlemleri alır (m. 272, 273) veya ana-babadan her ikisinin de velâyet hakkını nez eder.

Boşanma kararının verildiği sırada ana-babadan birinin veya her ikisinin de zaten velâyet hakkına sahip olmaması halinde durum ne olacaktır?

1- *Boşanma anında velâyetin zaten ana-babadan yalnızca birine ait olması.*

Boşanmadan önce vesayet makamı, ana-babadan birinin velâyet hakkını zaten kaldırmış (m. 274) idiyse, boşanma hakimi velâyetin diğer eşe ait olacağını tesbit ile yetinir. Boşanmadan sonra şartlar değişmiş ise, velâyet hakkı nez edilmiş tarafın vesayet makamına başvurarak nez nedenlerinin ortadan kalmış olduğuna dair bir tesbit kararı alması gerekir. Vesayet mahkemesinin kararından sonra, bu ebeveyn boşanma hükmünü vermiş mahkemede MK. 149. maddesine göre dava açarak velâyetin kendisine tevdiini talep edebilir. Çünkü, boşanma hükmünün çocuğun velâyetine ilişkin kısmını değiştirme yetkisi sadece boşanma kararını vermiş mahkemeye aittir⁶³.

2- *Boşanmaya hükmedildiği anda ana-babadan her ikisinin de velâyet hakkına sahip olmaması*

Boşanmaya hükmedildiği anda, ana-babadan her ikisi de velâyet hakkına sahip değilse velâyetin tevdiine ilişkin bir karara gerek kalmaz.

61 HINDERLING, s. 152, dipnot 6.

62 BGE 96 II 75.

63 JORIO, s. 357.

Boşanma hakimi çocuğun zaten vesayet altında olduğunu tesbit ile yetinir.

Boşanma sırasında velâyetin nezi sebeplerinin ortadan kalktığını iddia eden ana ya da baba, vesayet mahkemesine önce velâyetin iadesi davası açması gerekir (m. 276). Boşanma hakimi, vesayet mahkemesinin velâyetin iadesine karar vermesinden sonra, velâyeti şahsında bulunan nez şartları ortadan kalkmış ana veya babaya tevdi eder⁶⁴.

3- *Boşanma anında her iki ana-baba da velâyet hakkına sahip fakat velâyetin kaldırılması nedenleri varsa*

Boşanma anında velâyetin kaldırılması nedeni sadece ana-babadan biri için söz konusu ise, velâyet diğerine tevdi edilir. Şahsında velâyetin kaldırılması nedeni gerçekleşmiş ebeveynin velâyet hakkının 274. madde gereğince kaldırılmasına gerek yoktur. Çünkü velâyetin diğer ebeveyne tevdi çocuğun korunması için yeterlidir. Velâyetin m. 274'e göre kaldırılması ana-baba bakımından cezai bir karektere de sahip olduğundan, tevdi ile zaten velâyeti kaybedecek tarafı bir de nez kararı ile toplum ve çocuğun gözünde kötüleştirmek pek haklı olmaz. Bu suretle velâyeti kaybetmiş taraf, sonradan şartlar değişirse, velâyetin kendisine verilmesi için MK. 149. maddesine göre dava açabilir. Bu durumda, vesayet mahkemesinde, şartların değiştiğini tesbit amacıyla dava açılmasına gerek yoktur. Çünkü velâyet daha önce nez edilmemiş, fakat diğerine tevdi edilmiştir. Bu konudaki talep ancak, velâyetin kaldırılması şartları ortadan kalkmış ise kabul edilebilir.

SONUÇ

Medeni Kanunumuzun velâyet hak ve görevlerine ilişkin 262 ve sonraki maddelerindeki hükümlere göre, ana-baba çocuklarına ihtimam göstermek, onların hedenen, ruhen, ahlâken ve fikren gelişmesini ve eğitilmesini sağlamakla yükümlüdürler. Ana-baba bu yükümlülükleri çoğu kez kendiliklerinden ve severek yerine getirmeye çalışırlar. Ana-babanın çocuklarına karşı olan bu doğal sevgisini dikkate alan kanun koyucu velâyeti vesayetten farklı kurallara tabi tutarak ana-babaya hareketlerinde büyük bir serbest tanımıştır.

Fakat ana-baba görevlerini çeşitli nedenlerle yerine getiremedikleri takdirde kanun koyucu çocuğun korunmasını sağlayacak tedbirleri

64 JORIO, s. 358.

düzenleyen hükümlere de yer vermiştir. Şöyleki, MK. 272. maddesi, ana-baba görevlerini yerine getirmedikleri takdirde, hakim, çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır demekte ve 273. maddesi de beden ve fikren tehlike içinde bulunan veya manen terkedilmiş olan çocukların aile, şahıs veya kurumlara yerleştirilmesini hükme bağlamaktadır, keza 274 ve 275. maddelerde velâyetin kaldırılmasını düzenlemektedir.

Soruna mevzuat açısından bakılınca ilk anda ilgili kanun hükümleriyle velâyet altında bulunan çocuğun şahsının gereği gibi korunduğu sanılır.

Oysa çeşitli nedenlerle durum böyle değildir. Önce kanunlarımızdaki bazı boşluklar çocuğun tam olarak korunamamasına neden olmaktadır. Şöyle ki, hakimin bu konudaki kontrolünün etkili olabilmesi için, onun, görevlerini yerine getirmeyerek çocuğun tehlikeye düşmesine sebep olan ana-babayı tanıması lazımdır. Oysa Medeni Kanunumuzda bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun 21. ve 22. maddelerine dayanılarak çıkarılan "Korunmaya Muhtaç Çocukların Tesbit, İnceleme, Korunma kararlarının alınması ve Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik, korunmaya muhtaç çocukların araştırılıp bulunması için gerekli incelemeleri yapma görevini Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu İl Müdürlüklerine ve Sosyal Hizmet Şubelerine vermiştir. Ayrıca, mahallî mülki amirleri, sağlık kurum ve kuruluşlarını, köy muhtarlarını genel kolluk kuvvetlerini ve belediye zabıta memurlarını da bu çocukların mevcudiyetini kuruma duyurmakla yükümlü tutmuştur. Fakat, adı geçen kanun bunların görevlerini yerine getirmemeleri halinde ne gibi bir yaptırım uygulanacağını belirtmemektedir. Bu eksiklik gerek Medeni Kanunun gerek Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun hükümlerinin uygulanmasını önemli ölçüde güçleştirmektedir.

Medeni Kanunun 354. maddesi "nüfus, adliye ve idare memurları resmi muameleleri dolayısıyla muttali oldukları vesayeti gerektiren halleri sulh mahkemesine ihbarla yükümlüdür" demektedir. Ancak tüm memurlara haber verme görevini yükleyen bir hükmün uygulanma şansı yoktur. Böyle yaygın bir yükümlülükten yükümlülerin haberi bile olmaz ve nitekim uygulamalarda da gerçekten yoktur. Bu nedenle böyle bir haber verme görevi, görevin bilincinde olan ve bunu yerine getirebilecek durumda bulunan organlara ciddi bir yaptırım hükmü de eklenerek verilmelidir.

Aslında mevzuattaki bu eksiklikler giderilse bile çocuğun gereği gibi korunması yine sağlanamaz. Çünkü hukuk sistemimize göre çocuk hakkında koruma tedbirleri genel mahkemelerce alınmaktadır. Bu mahkemeler zaten genel mahkeme olarak çok yüküdürlükler. Ayrıca bu konuda uzmanlaşmış ta değildirler ve kararlarını dosya üzerinden yaptıkları incelemeye göre vermektedirler. Bu nedenle koruma tedbirleri çoğu kez gerek çocuğun gerçekten korunmaya muhtaç olup olmadığını tesbit bakımından, gerek kişiliğine ve korunmasına en uygun tedbirin seçilmesi bakımından isabetli olmamaktadır. Bu isabetin sağlanabilmesi için hakim tedbir kararını vermeden önce çocuğun kişiliğini incelemeli ve özellikle de tıbbî, psikiyatrik, psikolojik incelemeler ve davranış gözlemleri gibi yöntemlerden yararlanmalıdır. Fakat bu incelemelerin genel mahkemelerce yapılması mümkün değildir. Çünkü bu araştırmalar bu konuda uzmanlaşmış olmayı gerektirir. Bu nedenle Medeni Kanunun öngördüğü koruma tedbirlerini alma yetki ve görevi çocuk mahkemelerine verilmelidir.

Bibliyografya

- Akyüz, Emine: Medeni Kanuna göre Müsterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara 1983.
- Amman, Linde: Der Verwahrlosungsbegriff in Heilpädagogie und Schicksalanalyse, Diss. Zürich 1970.
- Bowlby, John: Mutterliebe und Kindliche Entwicklung, Basel 1972.
- Berki, Şakir: Velayetin Küçüğün şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, Ank. 1970.
- Egger, A.: Das Familienrecht, 2. Abt. Die Verwandtschaft, Art. 252-359, Die Vormundschaft, Art. 360-456 Zürich 1948.
- Eichenberger, Rolf: Die Materiellen Voraussetzungen der Adoption nach neuem schweizerischem Adoptionsrecht, Diss., Freiburg 1974.
- Hegnauer, Cyril: Berner Kommentar, zum ZGB, Bd II, Familienrecht, Art. 252-301, ZGB, Bern 1964.
- Haffter, Carl: Kinder aus geschiedenen Ehen Bern 1960.
- Hinderling, Hans: Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1967.
- Jorio, Tino: Der Inhaber der Elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Diss, Zürich 1977.
- Müller, Hulda: Das staatliche Eingreifen in der elterlichen Rechte zum Schutz der Person des Kindes, Diss, Zürich 1923.
- Opitz, Erich: Verwahrlosung im Kindesalter, Göttingen 1959.
- Özcan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 1979.
- Saymen, F.H-Elbir, H.K.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İst. 1960.
- Schulthess, Herbert: Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss., Bern 1934.