

MEDENİ KANUNUN 272. MADDESİNE GÖRE ÇOCUĞUN KORUNMASI VE YENİ İSVİÇRE MEDENİ KANUNU GÖZÖNÜNDE TUTULARAK YAPILMASI ÖNERİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Doç. Dr. Emine AKYÜZ*

A- ÇOCUK KORUMA SİSTEMİ

1. Velâyet Kurumu

Çocuğun güvenliği ilk plânda doğal olarak ana baba tarafından korunur¹. Bu koruma ilişkisi hukuken velâyet kurumu ile gerçekleştirilir.

Ana baba, çocuğun tehlikede olduğunu veya zarar gördüğünü anlarsa-örneğin bir kazanın sonuçları gibi-kendiliklerinden gerekli yerlerden yardım talep ederler. Aynı şekilde öğretmen, doktor gibi üçüncü kişiler de ana baba tarafından görülemeyen bir tehlike veya rahatsızlığa dikkati çekerek bu durumun giderilmesi için önerilerde bulunabilirler. Ana babanın böyle davranışları çoğunlukla resmî makamların müdahalesini gereksiz kılar.

2. Özel ve Gönüllü Kuruluşlar Aracılığı ile Çocuğun Korunması

Memleketimizde tehlikeye maruz kalmış çocukların korunması amacı ile özel ve karma bir çok dernek kurulmuştur². Bu dernekler çocuk koruma faaliyetleri çerçevesi içerisinde prensip olarak ilgililerin kendi istekleri üzerine yardımcı olurlar.

Çocukları ve çocuk haklarını koruyucu faaliyet gösteren özel kuruluşların belli başlıları Çocuk Sevenler Derneği, Ankara Çocuk

1 BGE 26 II 270 vd.

2 Bu müesseseler hakkında geniş bilgi için bkz. İNAN, Ali Naim ; Çocuk Hukuku, İst. 1968, s. 73 vd.

*Eğitim Yönetimi ve Planlaması Bölümü Öğretim Üyesi

Bakım Derneği, Ankara Çocuk Sağlığı Derneği, Çocuk Dostları Derneğidir. Darülaceze, Türk Eğitim Derneği gibi dernekler ise çocukların korunması amacı ile kurulmuş karma kurumlardır.

İsviçre'de de özel kuruluşların büyük çoğunluğu Pro Juventute vakfî, gençlik sekreterlikleri, gençlik büroları içinde bulunmaktadır. Bu kuruluşlar tehlikeye maruz kalmış çocukların anababalarına danışmanlık ve rehberlik yaparak çocukların korunması bakımından pratik yardım sağlamaktadırlar.

Bu özel kuruluşların faaliyetleri vesayet makamlarının ve resmî çocuk koruma kurumlarının yükünü oldukça hafifletmektedir. Olayların çoğunda vesayet makamlarının müdahalesine gerek kalmaksızın sorunlar çözülmekte ve tehlike ortadan kalkmaktadır³. Bu nedenle İsviçre Medenî Kanununun yeni 302. maddesinin 3. fıkrası, ana babayı sadece okul ile değil, kamu veya özel çocuklara yardım kurumları ile de işbirliği yapmakla yükümlü tutmuştur⁴.

Aynı mahiyette bir kuralın Medenî Kanunumuz değiştirilirken Türk Medenî Kanununa da konulmasının yararlı olacağı görüşündeyiz.

3. Medenî Hukuka göre çocuğun korunması

Çocuğun güvenliği tehlikeye düşer ve ana baba gerek kendiliklerinden, gerek özel kuruluşların yardımı ile bu tehlikeyi gideremezlerse resmî makamların müdahalesi gerekir. Medenî Hukuk çerçevesi içinde müdahale kural olarak 272. ve devamındaki maddelere göre yapılır. Biz bu incelememizde, İsviçre Medenî Kanununun yeni 307. maddesini de gözönünde tutarak Medenî Kanunumuzun 272. maddesine göre çocuğun korunması için alınabilecek tedbirler üzerinde duracağız ve Medenî Kanun değiştirilirken dikkate alınması gerekli bazı önerilerde bulunacağız.

4. Sosyal Kamu Hukukuna Göre Çocuğun Korunması

Kamu hukuku çeşitli biçimlerde doğrudan veya dolayısıyla çocuğun güvenliğinin korunması ile ilgilenmiştir.

³ Schneider, BERNHART: Zur Revision des Vormundschaftsrechts, ZVW 1975, s. 51 vd.

⁴ Hegnauer, CYRIL : Grundgedanken des Neuen Kindesrecht in Festschrift zum 70. Geburtstag von max Guldener, Zürich 1973, s. 147.

1982 Anayasası çocuğun korunması husunda genel prensipleri koymuş, bu prensiplere göre gerekli korunma tedbirlerinin alınmasına ilişkin ayrıntılı hükümleri özel kanunlara bırakmıştır.

Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulu Kanunu ve İş Kanunu çocuğun korunmasına ilişkin hükümler ihtiva eden genel kanunlardır. Bundan başka Belediyeler Kanununda, Umumi Hıfzısıhha Kanununda Polis vazife ve Selâhiyetleri Kanununda, İlköğretim ve Eğitim Kanununda çocuğun korunmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Memleketimizde çocuğun ve çocuk haklarının korunması ile ilgili sosyal kamu hukuku alanında ilk kapsamlı özel kanun 1587 sayılı ve 1949 tarihli "Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanundur"⁵. Bu kanun 24 Mayıs 1957 tarihine kadar yürürlükte kalmış uygulamada görülen aksaklıklar nedeniyle ilga edilerek yerini 6972 sayılı ve 1957 tarihli kanuna terk etmiştir. Fakat bu kanun da çok ağır eleştirilere maruz kalmıştır⁶. Bu kanun ile korunmaya muhtaç çocuklar ile ilgili hizmetlerin mahalli idareler tarafından kurulan koruma birliklerine bırakılması⁷, isabetli olmamıştır. Gerçi 6972 sayılı kanunun çocuk koruma hizmetlerini belediye ve özel idarelerin, gereğinde birkaç ili de içine alabilecek şekilde kuracakları mahalli idarelere bırakması, sağlık ve eğitim yönünden ilgili iki bakanlığın sadece mali ve teknik kadro yardımıyla bulunması başarı sağlayacak mahiyette sınımlanmıştır. Oysa 6972 sayılı kanunun uygulanması beklenen sonuçları vermemiştir.

Gerçekten de Türkiye'nin hemen hemen 67 ilinde de kurulmuş bulunan çok sayıda Birlik, birbirlerinden kopuk ve farklı bir anlayış içerisinde faaliyet göstermiş olmaları nedeniyle çocuklara yönelik hizmetlerde istenilen kalite ve başarı sağlanamamıştır.

Bu kanun 24.5.1983 tarihli ve 2828 sayılı "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu" ile yürürlükten kaldırılmıştır. Sosyal hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu⁸ ile Sağlık ve

5 Kanunun hazırlık çalışmaları hakkında geniş bilgi için bkz. KARAHISAROĞLU Mehmet: Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun İd.Der., 1952, Sayı 214, s. 13 vd.; AKOL, OSMAN: Kimsesiz Çocuklar, Ank. 1950, s. 35 vd.

6 İNAN, Ali Naim: Çocuğun ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Mevzuatımızda Yetersizlikler ve Giderilme Çareleri, Oğuzoğlu'na Armağan, Ank. 1972, s. 271 vd.; AKYÜZ, Emine: Önemli Kanunlarımızda Çocuğun Korunmasına İlişkin Hükümler ve Boşluklar, Ank. Ün. Eğitim Fak. Der., 1979, Cilt 12 Sayı 1-4 s. 137 vd.,

7 Koruma Birlikleri hakkında geniş bilgi için bkz. İNAN, Çocuk Hukuku, s. 70 vd.

8 2828 sayılı "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu Resmî Gazete 27.5.1983, Sayı 18059, s. 6-21.

Sosyal Yardım Bakanlığına bağlı katma bütçeli ve kamu tüzel kişiliğine sahip Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü kurulmuştur. 2828 sayılı kanun ile korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç çocuk, aile, sakat, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal yardım ve sosyal refah hizmeti mahiyetindeki uygulamalar yeni ve modern esaslara bağlanmıştır⁹.

Doğrudan doğruya çocukların korunması amacı ile çıkarılmış diğer bir kanun da Küçüklerin Muzur Neşriyattan Korunmasına İlişkin Kanundur.

5. Milletlerarası Alanda Çocuğun Korunması

Milletlerarası çocuk koruma sistemi iç hukuk ile bir ölçüde paralellik arzeder. Milletlerarası sosyal kuruluşların faaliyetleri¹⁰ çocuk koruma faaliyetleri olarak nitelendirilebilir. Milletlerarası anlaşmalar esas itibarıyla özel hukuk alanında çocuğun korunmasına hizmet etmek amacını taşırlar¹¹. Devletlerarası sözleşmeler ise daha ziyade kamu hukuku alanındaki koruma faaliyetleri arasında sayılabilir. Örneğin Kadın ve Çocuk Ticaretinin men'ine Dair Sözleşme, Çalışma Yaşının Tesbitine Dair Sözleşme bunlar arasındadır. Bu gruba 20 Kasım 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi de dahildir.

B. MEDENÎ HUKUKA GÖRE ÇOCUĞUN KORUNMASI

1. Genel Olarak

Medenî Kanun çocuğun şahsının korunması amacıyla çeşitli tedbirler öngörmüştür. Bu tedbirleri sonuç ve hükümlerine göre iki ana gruba ayırmak mümkündür. Birinci gruptaki tedbirler velâyet hakkını ana babada bırakan ve nisbeten daha hafif olan tedbirlerdir. İkinci gruptaki tedbirler ise velâyetin kaldırılmasını öngören durumları içerirler (MK. md. 274).

Birinci gruptaki yani velâyeti ana babada bırakan tedbirler Medenî Kanunumuza göre iki alt gruba ayrılmaktadır. İlk grup, Medenî

9 Bknz. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Rehber, sayı 2, Bilecik, 1985.

10 Bknz. HENKEL, Helmut: Die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev. ZGB, Zürich 1977, s. 235 vd.

11 Küçüklerin Korunması Alanında Resmi Makamların Yetkileri ve Uygulanacak Hukuka İlişkin Haager Sözleşmeleri, geniş bilgi için bknz. HENKEL, agt., s. 235 vd.

Kanunun 272. maddesine göre uygun veya genel tedbirler” olarak isimlendirilebilir.

İkinci grup ise, Medenî Kanununun 273. maddesine göre çocuğun fiilen bakımı hakkının anababadan alınması tedbirini içerir¹².

Bu imkânlar kanun koyucunun vesayet makamlarına çocuğun güvenliğini koruyabilmeleri amacıyla vermiş olduğu hukukî vasıtalar"dır. Bunların özelliklerini aşağıda kısaca özetlemek uygun olacaktır.

Medenî Kanununun 272. maddesi vesayet makamlarına¹³ ailenin iç meselelerine karışma yetkisini vermektedir. Bu makamlar ailedeki yetersizliklere dikkati çekebilirler, ana babaya tavsiyeler verebilirler, çeşitli yardım imkânlarına işaret edebilirler, ana babaya, çocuğa ikazda bulunabilirler veya çocuğun bakımı, eğitimi ve öğretimi için somut bir takım emirler verebilirler. Ayrıca hâkim, bir şahsı veya bir kurumu ana babaya rehberlik yapmak üzere tayin edebilir. Ana babaya somut emirler verilmesi ve onların denetime tabi tutulması velâyet hakkını bir ölçüde kısıtlar¹⁴. Zikredilen diğer tebirler ise velâyet hakkına kısıtlama getirmezler.

Kanunun çocuğun korunması için öngördüğü diğer bir tedbir de çocuğu ana baba veya koruyucu aileden alarak müessese veya başka bir aileye yerleştirmektir (MK. md. 273). İsviçre Medenî Kanununun yeni 310. maddesinin 3. fıkrasına konulan yeni hüküm gereğince çocuğun ana babadan alınması, ana babanın çocuğu yerleştirildiği aile veya müesseseden geri almalarını yasaklamak şeklinde de olabilir. Çünkü çocuğun bakım yerinin değiştirilmesi eğitimin sürekliliği ilkesini zedeleyerek çocuğun gelişimine olumsuz etkiye bulunur¹⁵.

Medenî Kanunumuza da böyle açık bir kuralın konulmasının yararlı olacağı kanısındayız. Gerçi çocuğun ana babadan alınıp koruyucu aile veya müesseseye yerleştirilmesi ile birlikte ana-

12 Bu tedbir hakkında geniş bilgi için bkz. AKYÜZ, Emine: Hâkimin Velâyet Hakkına Müdahalesi, (Basılmamış Doktora Tezi), Ank. 1974, s. 97 vd.

13 Memleketimizde vesayet makamları Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemeleridir. İsviçre’de Vesayet Makamları hakkında geniş bilgi için bkz. Akyüz, agt., s. 145 vd.

14 HEGNAUER, Cyril: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht II. Abteilung: Die Vormundschaft, Das eheliche Kindesverhaeltnis, Bern 1964, Art. 283, N. 121, 132.

15 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhaeltnis), vom 5. Juni 1974, SBI 1974, s. 83.

babanın çocuğun ikemetgâhını tayin ve iadesini isteme hakları tedbirin devamı süresince ortadan kalkar. Zaten hâkimin kararı ile çocuğun ana babadan alınması, onların bu haklarının kalktığı delilidir¹⁶. Hâkimin ana babanın isteği üzerine yerleştirmeye karar verdiği hallerde bile ana baba, mahkeme kararı olmaksızın çocuğu geri alamazlar. Hattâ, herhangi bir bakım yerine bizzat ana baba tarafından yerleştirilmiş olması halinde bile, çocuğun geri alınması bedensel veya ruhsal güvenliğine zarar verebilecekse, hâkim geri almayı yasaklayabilir. Anababanın böyle bir durumda velâyet hakkına dayanması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir¹⁷.

Ülkemizdeki uygulamaya gelince, eski Sosyal Hizmetler Genel Müdürlüğüne bağlı "Koruyucu Aile" şubesi yetkilileri şöyle demekteydiler: "Çocuk koruyucu ailenin yanında birkaç yıl kaldıktan sonra ana baba korunma kararının kaldırılması için hâkime müracaat ediyorlar. Çoğu kez asıl amaçları koruyucu aile yanında az çok yararlı hale gelmiş çocuktan herhangi bir şekilde yararlanmak düşüncesidir. Hâkim korunma kararını kaldırırken çocuğu ailesine iadenin onun beden, fikir, ruh ve ahlâk gelişimini tehlikeye düşürüp düşürmediğini incelememektedir. Kaldığı hâkim sosyal yardımcının ana baba ile yaptığı görüşmeler sonunda onların çocuğu bakıp yetiştirmekten çok istismar amacı ile geri istedikleri kanısını belirten raporunu da nazara almamakta ve çocuğu tehlikeli çevreye tekrar iade etmektedir. Hâkimin böyle karar verebilmesini engelleyecek açık bir hüküm yok mudur?" şeklinde bir soruyu da yöneltmişlerdir.

İşte İsviçre Medenî Kanununa konulan "çocuğun yerleştirileceği yerden ana baba tarafından alınması küçüğün gelişimini ciddi şekilde tehlikeye düşürecekse yasaklanabilir" şeklindeki açık bir hükmün Medenî Kanunumuza da konulması çocuğun korunması bakımından yararlı olacaktır.

Medenî Kanunumuzun 273, maddesine göre çocuğun ana babadan alınmasının şartı çocuğu tehdit eden tehlikenin başka şekilde giderilememesi veya ana baba ve çocuk ilişkilerinin çocuğun evde kalmasının mümkün olamayacağı derecede bozulmuş olması ve çocuğa başka şekilde yardım imkânının bulunmamasıdır. Bakım hakkı

16 EGGER, August: Das Familienrecht 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, Art. 252-359, Zürich 1943, Art. 284, Nr. 12.

17 Zürich, Obergericht, 2. k, Entscheid vom 16 Juni 1944 (nicht veröffentlicht) (LEHMANN, Walter: Die Einschränkung der elterlichen Gewalt durch Massnahmen Gemäss Art. 283 und 284 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss., Bern 1949, s. 87'den naklen).

nın kaldırılması velâyet hakkına yapılan müdahalelerin en ağırlarından biridir. Çünkü, burada çocuğun yerleştirileceği ve eğitileceği yerin ana baba tarafından tayini yetkisinin kaldırılması söz konusudur. Buna bağlı olarak ana babanın çocuğa doğrudan doğruya bakma ve eğitime yetkisi de sona erer.

Nihayet en ağır tedbir velâyet hakkının kaldırılmasıdır. (MK. md. 274). Bu nedenle, adı geçen tedbire ancak bütün diğer tedbirler çocuğun korunmasını sağlayamadığı takdirde başvurulmalıdır.

Sorunun önemini gözönüne alan kanun koyucu bu noktada kazuistik bir düzenlemeye giderek velâyetin kaldırılmasının şartlarını tek tek saymıştır. Bunlar 274 ve 275. maddelere göre ana babanın velâyeti ifaden aczi, mahcur olması, nüfuzu ağır bir şekilde kötüye kullanması, ağır ihmalde bulunması ve velâyete sahip ana veya babanın tekrar evlenmesidir.

Yeni İsviçre Medenî Kanunu'nda velâyetin kaldırılmasını, bir yandan ana babanın-tecrübesizlik, hastalık, sakatlık, memlekette bulunmama veya benzeri nedenlerle velâyeti uygun biçimde ifaden aciz olmasına (ZGB Art. 311/1), diğer yandan da ana babanın çocukla ciddi biçimde ilgilenememesi veya çocuğa karşı görevlerini ağır biçimde ihlâl etmesi şartına bağlamıştır (ZGB Art. 311/2). İsviçre Medenî Kanunu Muayyen şartlar altında velâyet hakkından vazgeçme imkânını da tanımıştır. Bunun şartı, 312. maddeye göre ana babanın ya önemli sebeplerden dolayı velâyetin nezini talep etmesi veya çocuğun bilinmeyen bir kişi tarafından evlât edinilmesine izin verilmesidir¹⁸.

2. Medenî Hukuka Göre Çocuğun Korunması Bakımından Uygulanacak İlkeler

Medenî Kanunumuz ana baba ve çocuk ilişkileri ile koruma tedbirlerini düzenlerken bazı ilkeleri gözönünde tutmuştur. Bu ilkelerin başlıcaları şunlardır.

a) Güvenlik ilkesi

Medenî hukuk bakımından çocuğun korunması için alınacak bütün tedbirlerin ölçü ve şartını çocuğun güvenliği teşkil eder¹⁹.

18 HENKEL, agt., s. 61.

19 HEGNAUER, agkomm. Art. 283 Nr. 36-55.

Burada korunacak olan husus çocuğun güvenliğidir. Ana babanın kusurlu olup olmadığı nazara alınmaz. Keza onların çocuğu korumak için gerekli vasıflara sahip olup olmadıkları da önemli değildir²⁰. Aynı şekilde bu tedbirlerin amacı ana babanın cezalandırılması değil, çocuğun korunmasıdır. Tedbirlerin seçimini uygulanmasını, devamını bu amaç tayin eder. Çocuğun güvenliği daima ana babanın yararlarından önce gelir²¹.

b) *Tamamlayıcı olma ilkesi*

Çocuklara özen gösterme ve onları yetiştirme ana babanın görevidir. Bu nedenle Medenî Hukuk bakımından çocukların korunmasına ancak çocuğun güvenliğinin gerektirdiği ölçüde ve tamamlayıcı olarak müdahale edilir. Medenî Kanununun 275. maddesindeki "icap ettiği halde" ibaresi bunu doğrular.

c) *Uygunluk ilkesi*

Devletin müdahalesi faydalı olduğu kadar, aynı zamanda ana baba ve çocuk ilişkilerini taciz edicidir. Ancak, bu ilişkilere verilen zarar çocuğun güvenliğini tehdit eden tehlikeden daha az olmalıdır. Yani ana babanın davranışları nedeniyle çocuğun güvenliği kanunun kasdettiği anlamda ciddi bir tehlikeye maruz kalmış olmalıdır ki devletin müdahalesi haklı olsun²².

Müdahale kural olarak ana babanın kusurlu olup olmamasına bağlı değildir. Bununla beraber tedbirlerin seçim ve uygulanmasında onların tutum ve davranışlarından tamamen sarfınazar edilemez. Ana babanın görüşleri, özellikle iyi niyeti gözönünde tutulur. Aksi takdirde alınacak tedbirler çocuğu korumaktan çok çocuk ve ana baba ilişkilerini ağırlaştırır²³.

d) *Yardımcı olma ilkesi*

Medenî Kanunumuz velâyet hakkının iyi kullanılmaması halinde çocuğun korunması için, genel tedbirler (uygun tedbirler) MK. md. 272, çocuğun ana babadan alınması MK. md. 273' ve velâyet hakkının kaldırılmasından ibaret olmak üzere üç çeşit tebbir öngörmüştür.

20 GROB, Hans: Das Recht des Kindes auf die Fürsorge der Eltern, Diss. Zürich 1912, s. 44 vd.

21 HEGNAUER, agkomm., art. 283, Nr. 38.

22 LEHMANN, agt., s. 35.

23 İNAN, agc., s. 105.

Hâkim, maksadı temine yeterli olduğu takdirde daima daha hafif tedbirle yetinmeye mecburdur. Velâyetin nezi, tedbirlerin en ağıridir. Bu nedenle, bu tedbire ancak, daha hafif müdahalelerin sonuç vermeyeceği veya yetersiz olduğu daha başlangıçta bilinir veyahut daha hafif tedbirlerin uygulanması sonucunda bunların maksadı temin için yeterli olmadığı anlaşılırsa müracaat olunabilir²⁴. Bununla beraber verilecek kararlarda böyle tedrici bir hareket bir çok hallerde söz konusu olmayacaktır. Hâkim halin icaplarına uygun bir karar vermekle yükümlüdür. Bu da tehlikenin türüne ve tedbirlerin özelliğine bağlıdır.

Özetle çocuğun ailede korunmasına devletin müdahalesi yardımcı olmalıdır. Medenî Kanununun 273. maddesinin 2. cümlesindeki "müessir başka ıslah çaresi bulunmadığı takdirde" ibaresi ile koruma tedbirlerinin yardımcı olması gerektiği ifade edilmiştir²⁵.

3. 272 Maddenin Özel Hukuk Alanındaki Koruma Tedbirleri İçerisindeki Yeri

Şimdiye kadarki açıklamalarımızdan, Medenî Kanunda çocuğun korunması için öngörülen tedbirlerin velâyet hakkını çeşitli ölçülerde kısıtladığı anlaşılmaktadır. MK. 272. maddesine göre alınacak tedbirler velâyet hakkına ya hiç ya da pek az kısıtlama getirirler. MK. 273 maddesine göre çocuğun anababandan alınması ise daha ağır bir tedbirdir. En ağır müdahale ana babadan velâyet hakkının kaldırılmasıdır.

Şu halde 272. maddeye göre alınacak tedbirleri genellikle daha hafif tedbirler olarak nitelendirmek mümkündür. Uygunluk prensibi gereğince tehlikenin bu tedbirlerle giderilip giderilemeyeceğini araştırmak gerekir. Eğer bu tedbirlerle çocuğun karşılaştığı tehlike giderilebilecekse daha ağır tedbirlerle müdahalede bulunulmamalıdır.

C. 272. MADDEYE GÖRE MÜDAHALENİN ŞARTLARI

1. Ana Babanın Görevlerini İhmal Etmiş Olmaları

Kanunun 272. maddesi hâkimin müdahalesini ana babanın görevlerine aykırı davranışlarda bulunmasına bağlamıştır. Anababa,

²⁴ 24 BGE 38 II 454; Yg. 2.HD. E. 4350 / K.4417, T. 15 / 9. 1966. (Yazıcı, Hilmi-ATASOY, Hasan: Şahıs Aile ve Miras Hukukunda Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, s. 602, Nr. 1067), HENKEL, age., s. 61.

²⁵ İNAN, age., s. 105.

velâyet hakkının kendilerine yüklediği görevleri ihmal eder ve hakları kötüye kullanırlarsa görevlerine aykırı davranmış olurlar.

Medenî Kanununun 272. maddesi ana babanın şahsında bulunan nedenlerden dolayı müdahaleyi öngörürken, 273. maddesi çocuğun durumunu nazara almıştır. Başka bir deyimle 273. maddeye göre hâkimin müdahalesi için çocuğun bedenen ve fikren tehlikeye maruz kalması veya manen terkedilmiş olması gerekir. Çocuğun böyle bir duruma düşmesinde anababanın davranışlarının rolü önemli değildir. Ancak her iki maddedeki durum aynı olayın karşıt yönleridir. Şöyle ki, ana babanın göreve aykırı davranışı bu olayın aktif yönünü, çocuğun güvenliğinin tehlikeye düşmesi ise pasif yönünü teşkil etmektedir. Çocuğun güvenliğinin tehlikeye düşmesi her türlü koruma için müsterek şarttır.

Bununla beraber, çocuk, ana babanın göreve aykırı davranışları olmaksızın da tehlikeye maruz kalabilir. Bunun aksine ana babanın göreve aykırı davranışı mutlaka çocuğun güvenliğinin tehlikeye düşmesi sonucunu doğurmayabilir. Çocuğun korunması bakımından, onun güvenliğinin tehlikeye düşmesi sonucunu doğuran göreve aykırı davranış önemlidir²⁶.

Acaba hangi hallerde ana baba görevlerini ihmal etmiş sayılırlar? Velâyet hakkının kapsadığı hak ve görevler çeşitli olduğu için, bunların ihlâli imkânları da çeşitlidir. Bunu nazra alan kanun koyucu hangi hareketlerin göreve aykırılık teşkil ettiğini saymamıştır. Göreve aykırı davranışı, yazılı veya yazılı olmayan hukukun veya yetkili makamın ana babaya yüklemiş olduğu herhangi bir görevin ihlâli veya hakkın kötüye kullanılması şeklinde tanımlamak mümkündür²⁷.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle meydana gelen görev ihlâli, ana babanın haklarını ya hukuka veya ahlâka aykırı bir amaca ulaşmak için veya yalnızca aşırı bir şekilde kullanmaları halinde söz konusu olur. Hakkın kötüye kullanılmasının bu iki şekline tedip hakkını örnek gösterebiliriz. Ana baba, çocuğu ölçülü fakat hukuka ve ahlâka aykırı bir davranışa örneğin hırsızlığa, dilencilığe itmek için tedip ediyorsa haklarını birinci şekilde kötüye kullanmış sayılırlar.

İkinci anlamda hakkın kötüye kullanılması ise ana babanın çocuğu haklı bir şekilde ve iyi niyetle ancak aşırı olarak tedip etmeleri

26 BGE 38 II 454, 42 II 97, 54 II 70; HEGNAUER, Art. 283 Nr. 65.

27 EGGER, agkomm., Art. 283, Nr. 15.

halinde söz konusu olur²⁸. Aşırı veya amaca aykırı bir tedip çocuğa bedenî bakımdan zarar verebileceği gibi, onun fikir ve ruh sağlığını da tehlikeye sokabilir²⁹.

2. Çocuğun Güvenliğinin Tehlikeye Düşmesi

Ana babanın görevi çocuğun güvenliğine her yönüyle özen göstermektir. Bu nedenle, çocuğun güvenliğinin herhangi bir şekilde tehlikeye düşmesi halinde hâkim müdahale eder³⁰.

Aşağıdaki durumlarda çocuğun bedensel güvenliği tehlikeye düşmüş olabilir.

Yetersiz, amaca aykırı ve sağlığa zarar verici bir beslenme tarzı³¹; çocuğun bedenî gelişimine özellikle süt çocuğu devresinde yeterli ihtimamı göstermeme, çocuğun sağlığına ihtimam göstermeme, örneğin tüberküloz veya çocuk felcine maruz kalmış çocuğu gerekli şekilde tedavi ettirmeme, ilaçlarını muntazaman vermeme; önemli bir bulaşıcı hastalığı olan bir kişi ile çocuğun aynı evde yaşamaya devamına izin verme, aşırı spor, eğlence veya çalışma vasıtasıyla çocuğu aşırı biçimde yorma³²; çocuğa bedenî bakımdan kötü muamelede bulunma, gıda, uyku ve serbest zamandan kısma şeklindeki tedip vasıtalarını aşırı biçimde uygulama; çocuğu uygunsuz, düzensiz ve kirli biçimde giydirme³³, sağlığa aykırı biçimde barındırma³⁴.

Aşağıdaki örneklerde de çocuğun zihinsel ve ruhsal güvenliği tehlikeye düşebilir :

Çocuğun muntazam şekilde okula gönderilmemesi, yeteneklerine ve isteğine uygun bir meslekte eğitilmemesi veya çıraklık yaptığı yerden sebepsiz yere almak suretiyle meslekî eğitiminin ihmal edil-

28 LEHMANN, agt., s. 29.

29 KAUFMANN, Joseph: Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, Diss. Zürich 1909, s. 13 vd.

30 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MAIER, Edward: Contribution, a l'étude de l'intervention des Autorités du Tutelles dans l'exercice de la puissance Paternelle, Diss., Lausanne 1921, s. 29; JORIO, Tino: Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Zurich 1977, s. 321 vd., SOERGEL / SIEBERT/LANGE BGB par. 1666, Nr. 15-30.

31 SJZ 12/12/ 1915-6, 320, Nr. 79.

32 HEGNAUER, Art. 275, Nr. 30-31, Art. 273, Nr. 60.

33 ZVW 5 / 1950, 15, Nr. 12.

34 HEGNAUER, Art. 283, Nr. 67 vd.

mesi³⁵, bedensel zihinsel veya ruhsal bakımdan herhangi bir özürü bulunan çocuğa uygun bir eğitim verilmesinin sağlanmaması; sürekli yer değiştirmek suretiyle çocuğun düzenli ve istikrarlı bir eğitim görmesinin imkansızlaştırılması³⁶; çocuğun hatalı davranışlarına karşı aşırı müsamaha gösterilmesi, otorite eksikliği ve kararsızlık; ana babanın hakkı kararlarına karşı kötünüyetle ve inatla karşı konulmasına müsamaha gösterilmesi; çocuğa haşın davranma ve izzeti nefsinin kırıcı muamelelerde bulunma³⁷; ana babadan birinin, diğerinin çocuk üzerindeki kötü etkisini önleme konusundaki yeteneksizliği; ailenin ve çocuğun eğitimindeki istikrarı zedeleyi evlilik geçimsizlikleri, evdeki kişiler arasında özellikle üvey ana veya üvey baba ve çocuk arasında iyi ilişkiler kurulmasını sağlamak bakımından yeteneksiz olmak³⁸; uzun süreden beri hiç ilgilenmediği ve koruyucu aile yanında iyi durumda olan çocuğu, babanın, çocuğun arzu etmesine rağmen ziyaret etmesi; haklı bir sebep olmaksızın çocuğun büyük ana babası ile görüşmesine izin verilmemesi³⁹, ana babanın veya bunlardan birinin gayri ahlâki, kötü ve serseri bir yaşam tarzı sürdürmesi, alkol iptilası, çocuğun dilencilığe teşvik edilmesi gibi.

3. Tehlikenin Nedenleri

Müdahale için bizatihi tehlike olayı yeterlidir. Çocuk, sadece ana babanın kendilerine düşen görevlere aktif bir şekilde aykırı hareket etmeleri halinde değil, aynı zamanda, üçüncü kişilerin çocuk üzerindeki kötü etkilerini önlememeleri çocuğun ihtiyaçlarına ve durumuna uygun eğitim tedbirlerini almamaları halinde detehlikeye düşer⁴⁰

Bununla beraber tehlikenin nedeni tedbirlerin seçimi ve düzenlenmesi bakımından önem taşır. Alınacak tedbirler tehlikeyi kökünden yok etmeye uygun olmalıdır. Bu nedenle tedbir alırken, tehlikenin ana babanın bedensel, zihinsel ruhsal veya ekonomik yetersizlikleri gibi objektif nedenlerden mi ileri geldiği, yoksa ana babanın kötü niyeti, anlayışsızlığı veya çocuğun hastalıklara eğilimli bir tabiata sahip olmasına mı dayandığı, nedenin devamlı veya geçici bir nitelikte olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınır.

35 ZVW 5/1950, 124, Nr. 54.

36 SJZ 12 1914-15, 319 Nr. 79.

37 ZVW 5 / 1950, 81, 15.

38 BGE 53 II) 194.

39 BGE 54 II 9

40 SCWİZER, Dora: Die versorgung vernachlassigter Kinder nach Art. 284 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1948, s. 31 vd.

D- ALINABİLECEK UYGUN TEDBİRLER

1. Prensip ve Sınırlar

a) Medenî Kanunun 272. maddesine göre çocuğun korunması için çok çeşitli tedbirler alınabilir. Bununla beraber çocuğun korunmasını sağlayan bütün tedbirlerin dayanağı bu madde değildir. Burada aşağıdaki sınırlar içerisinde kalmak gerekmektedir.

Bir kere herşeyden önce, özel hukuka göre alınacak tedbirlerin konusunu velâyet hakkı teşkil eder. Bu nedenle koruma tedbirleri ancak bu çerçeve içerisinde alınabilir. Bu bakımdan ana babaya kendilerini muayene ve tedavi ettirme gibi bir mükellefiyet bu maddeye göre yüklenemez⁴¹. Buna mukabil ana babaya bazı tavsiyelerde bulunmak ve bu tavsiyelere uyulmaması halinde çocuğun korunması için gerekli tedbirlerin alınacağını ihtar etmek mümkündür.

Aynı şekilde kayyım tayini, çocuğun ana babadan alınması ve velâyetin kaldırılması tedbirleri de bu maddeye girmez.

Daha önce de belirtildiği gibi tedbirlerin amacı ana babanın cezalandırılması değildir. Bu nedenle 272. maddeye istinaden vesayet makamlarının ana babaya ceza verme yetkisi yoktur. Örneğin ana babaya tevbihte bulunulması gibi.

Aynı şekilde iştirak nafakası ödenmesi gibi bazı mükellefiyetler de ana babaya bu maddeye göre yüklenemez.

Acaba Medenî Hukuka göre alınacak koruma tedbirleri ile ana babanın kişilik haklarına -velâyet hakkı onların kişilik hakları ile yakından ilişkilidir-müdahale edilebilir mi ? Bu soruya cevap verirken şu noktadan hareket etmek gerekir : Ana babanın kişilik haklarının sınırını çocuğun güvenliği teşkil eder. Bu hakların kullanılması çocuğu tehlikeye düşürür veya ona zarar verirse kişilik hakları da sınırlandırılabilir. Bu prensip çeşitli kanun maddelerinde ifadesini bulmuştur. Örneğin, çocuğun evlât edinilmesine izin verme yetkisini kanun öz ana babaya tanımıştır (MK. md. 254). Fakat ana babanın bu hakkı mutlak değildir. Yeni İsviçre Medenî Kanununa göre, eğer ana baba çocukla ciddi biçimde ilgilenmemelerine rağmen onun evlât edinilmesine izin vermiyorlarsa onların rızasından vazgeçilebilir (ZGB. Art. 265/ c). Burada, çocuğun kendisine daha iyi bakım ve eğitim verebilecek evlât edinecek kişilerle arasında hukukî ilişki kurulmasındaki

41 HEGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 250.

yararları, ana babanın haklarından daha üstün tutulmuştur⁴². Diğer bir örnek te ziyaret hakkına ilişkin olarak verilebilir. Ana baba, velâyetleri veya bakımları altında bulunmayan küçük ile kişisel ilişkide bulunma hakkına sahiptirler (MK. md. 313; ZGB. Art. 273). Eğer kişisel ilişki dolayısıyla çocuğun güvenliği tehlikeye düşecekse yeni İsviçre Medenî Kanunu bu ilişkiye izin verilmeyeceğini açıkça düzenlemiştir (ZGB. Art. 274/ 2)⁴³.

Ana babanın kişilik hakkını yakından ilgilendiren velâyete ilişkin diğer yetkiler bakımından da aynı prensip uygulanır. Örneğin kazai rüşt, nişanlanmaya, evlenmeye izin verme gibi⁴⁴. Bu hususlarda izin vermeme, çocuğun güvenliğini kanunun aradığı ölçüde tehlikeye düşürürse Medenî hukuka göre bazı tedbirler alınabilir. Örneğin, nişanlanmada ana babaya izin vermeleri hususunda MK. 272 maddesine dayanarak bağlayıcı emirler verilmesi mümkündür. Ana baba bu emre uymazsa vesayet makamı kayyım tayin ederek onun iznini alabilir. Fakat kazai rüşt ve evlenmeye izin için 272. maddeye göre bağlayıcı emir verilmesi mümkün olduğu gibi, çocuğa kayyım tayin edilmesi suretiyle kayyımın izni ile de yetinilemez. Çünkü, kazai rüşt ve evlenmeye izin verilmesi halinde ana babanın velâyet hakkı kısıtlanmamakta, bilakis tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, bu durumlarda ancak, velâyetin nezi şartları gerçekleşmiş ise velâyet hakkı MK. 274. maddesine göre kaldırılır ve çocuğa tayin edilen vasiden izin alınır⁴⁵.

b) Bu sınırlar içerisinde ve temel prensiplere uygun olarak hâkim, hangi tedbirlerin alınacağına somut durumun şartlarını gözönünde tutarak takdir yetkisine göre karar verir. Burada doktrin ve uygulamalardaki hakim görüşler de nazara alınır. Doktrinden kasıt, hem hukuk doktrini, hem de çocuğun güvenliği sorunu ile ilgilenen diğer disiplinlerdir. Örneğin, tıp, psikiyatri, psikoloji, pedagoji, sosyoloji gibi. Vesayet makamları, çeşitli bilim alanlarının verilerini kararlarında gözönünde tutmak zorundadırlar. Bu da ancak onların bu alanların uzmanları ile fikir alışverişinde bulunmaları ile mümkündür. Vesayet makamları uzmanlar tarafından önerilen tedbirlerin hukuken caiz olup olmadığını ve bunlara hangi biçimler içerisinde hükmedilebileceğini inceleyeceklerdir.

42 HENKEL, a.g.e., s. 71

43 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz Emine: Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ank. 1983, s. 143 vd.

44 MK. md. 12, 82, 90.

MK.272. maddesine göre alınacak tedbirlerin esas amacı, çocuğun ana babadan alınması veya velâyetin kaldırılması gibi daha ağır tedbirlere gerek kalmamasını önlemektedir. Bu amaç ise ancak zamanında müdahale ve gerçekten uygun tedbirlerin alınması ile gerçekleşir.

2. Alınabilecek Tedbirler

a) Rehberlik ve Yardım

Çocuğu tehdit eden tehlikelerin büyük bir kısmı, ana babaya veya çocuğa rehberlik ve gerekli yardımların yapılmasıyla giderilebilir. Bu yardımlar İsviçre'de genellikle resmî rehberlik büroları, özel uzmanlar veya gönüllü kurumlar tarafından yapılmaktadır⁴⁶. İstisnaf durumlarda, aslında çocuğu eğitime yeteneğine sahip ve buna istekli ana babalar, rahata düşkünlükten, şüphe veya benzer nedenerden dolayı bu alandaki özel kurum veya uzmanlarla işbirliği yapmaktan çekinerek resmi makamlara başvurmayı tercih ederler. Gönüllü ve özel rehberlik kurumlarının aksine vesayet makamları ailenin iç işlerine karışma ve onlara rehberlik ve yardım etme etkisine sahiptirler⁴⁷. Vesayet makamları, böyle durumlarda eğer gerekli bir hassasiyet ve duyarlılıkla hareket edebilirlerse ilgililerin gönüllü çocuk koruma kurumlarıyla işbirliği yapmasını sağlayabilirler. Çünkü bu kurumların çocuğun güvenliği ile ilgilenmekte olmaları gerçeği, ana babaları, çoğunlukla bu gibi uzman ve bürolarla işbirliği yapmaya motive edebilir⁴⁸.

b) İhtar

Rehberlik ve yardım uygulamada kural olarak daha çok informal biçimde vukubulur. Fakat, resmî makamlar, ana babaya veya çocuğa daha ciddî ve formal biçimde ikazda bulunmak gereğini duyarlar.

İhtar, kural olarak ana babaya velâyete ilişkin bazı konularda görevlerini hatırlatmaktan ibarettir. Şu halde ihtar, belirli ve daha açık yapma ve yapmama şeklinde ortaya çıkan emirlerin ön safhasını

45 EGGER, August: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Art. 15, Nr. 5 vd.; GOETZ, Ernst: Die Einwilligung zur Eheschließung, in Probleme und Ziele der Vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift zum 50 Jährigen Bestehen der Vereinigung schweizerischen Amstvormünder (Zürichh 1963) s. 179 vd.

46 HENKEL, agt., s. 20-21 75.

47 HENKEL, agt., s. 75.

48 HENKEL, agt., s. 75.

teşkil eder. Rehberlik ve yardımda olduğu gibi, ihtarda da prensip olarak ana babanın eğitime yetenekli ve istekli olmaları gerekir. İhtar, çoğunlukla rehberlik ve yardım ile ilişkili olarak yapılır⁴⁹. İhtarın etkileri daha çok psikolojiktir. Yani, ihtar yapılan kişide vesayet makamının çocuğu korumak için daha sert tedbirler alabileceği izlenimini yaratır. Böyle resmî bir tehdit, genellikle amaca uygun sonuç vermektedir⁵⁰.

c) *Ana Babanın Denetime Tabi Tutulması*

Bu tedbire, tehlikenin, çocuğun eğitiminin sürekli olarak gözetim altında bulundurulması, ana babanın rehberliği de içeren bir kontrol altında tutulması halinde giderilebileceği hallerde başvurulur⁵¹. Ayrıca, böyle bir denetim, resmî makamlar tarafından verilen emirlere uyulup uyulmadığının kontrolüne de hizmet eder. Ancak, emirlere uyulup uyulmadığının bu yolla kontrolü, bu emirler uzun bir zaman kesiti içerisinde yerine getirilecekse söz konusu olur. Emir, bir defaya mahsus bir şeyin yapılmasına ilişkin ise, buna uyulup uyulmadığını vesayet makamı kendisi de kontrol edebilir.

Yukarıda zikredilen durum dışında vesayet makamı MK. 272. maddesi gereğince kendisine bilgi ve rapor vermek üzere uygun bir kişi de tayin edebilir⁵².

Gözetim ve denetim organı olarak presip itibariyle, meslekî bakımdan bu iş için eğitilmiş kişi veya bu iş ile ilgili kurumların tayin edilmesi gerekir. Çünkü, ancak uzmanlık bilgisine sahip kişiler ana babanın çocuğu yetiştirme görevini iyi bir şekilde yerine getirip getirmediğini değerlendirebilir ve bu konuda onlara rehberlik yapabilirler⁵³. Gönüllü kuruluşların organları ya da bu konuda uzmanlık bilgisine sahip kişiler gözetici olarak atanabilirler.

Denetim organı çocuğun veya ana babanın kayyımı olarak değil, hâkim tarafından vesayet makamının yardımcısı olarak atanır. Bunlar sadece denetleme ve rehberlik yapma yetkisine sahiptirler⁵⁴. Gözetici

49 HEGNAUER, agkomm. Art. 283, Nr. 118.

50 MÜLLER, gt., s. 34.

51 HEGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 139 a

52 Bu tedbir İsviçre Medeni Kanununun yeni 307/3. fıkrasında açık bir şekilde belirtilmiştir.

53 Çocuk Mahkemeleri Kanunu Maddde 30.

54 ZVW 1958, s. 143; HEGNAUER, agkomm. Art. 283 Nr. 132, 134.

her zaman çocuğun içinde bulunduğu durumu kontrol edebilir; ayrıca, vesayet makamı tarafından verilen emirlere uyulup uyulmadığını inceler. Bu amaçla ana babadan veya üçüncü kişilerden bilgi isteyebilir, denetim ziyaretlerinde bulunabilir. Bunların dışında gözeticinin bağımsız yetkileri yoktur⁵⁵. Yani, ne ana babaya emirler verebilir, ne de hukuki işlerde onları temsil edebilir. Meğer ki ana baba ona ayrıca yetki vermiş olsunlar⁵⁶.

Ancak, bu kişilerin yetkilerinin hukukî bakımdan kısıtlı olmasına rağmen, çocuğun korunması bakımından etkili olup olamayacakları kişisel yeteneklerine büyük ölçüde bağlıdır. Ana babanın kendileri ile olumlu ve yapıcı bir işbirliği kurmasını bu yetenekleri sayesinde sağlayabilirler⁵⁷.

Bu nedenle, bu görev yeterli zamana ve bilgiye sahip kişilere verilmelidir.

Gözetimin yapılış şeklini ve sınırlarını vesayet makamı belirler. Şu halde gözetim organının yetkilerinin, yalnız bazı emirlerin yerine getirilip getirilmediğinin kontrolüne mi inhisar edeceği, yoksa çocuğun her yönüyle denetimini mi kapsayacağı mahkeme tarafından belirlenir. Son durumda gözetim organı çocuğun bedensel, zihinsel ve ruhsal gelişiminin her yönünü denetim altında bulundurmuş olur.

Gözetim organı, faaliyetleri ve edindiği bilgiler konusunda mahkemeye periyodik olarak rapor verir. Eğer şartlar gerektirirse mahkemeyi bazı hususlardan derhal haberdar eder ve tedbir alınmasını önerir. Bu durum, özellikle ana babanın vesayet makamının emirlerine riayet etmediği, gözetici ile işbirliğine yanaşmadığı veya çocuğun güvenliğinin o ana kadar bilinmeyen bir şekilde tehlikeye düştüğü durumlarda söz konusu olur⁵⁸.

Gözetim için bir şahıs tayini tedbiri, özellikle, çocuğun ana babadan MK. 273 maddesi gereğince alınıp bir aile yanına yerleştirilmesi halinde özel bir önem taşır. Çünkü, çocuğun yabancı bir yere yerleştirilmesinin hemen her zaman rizikosu vardır. Bu nedenle çocuğun anababadan alınması tedbirinin, gözetim için bir şahıs tayini tedbiri ile birlikte alınması uygun olur⁵⁹.

55 HEGNAUER, agkomm., Art. 283 Nr. 131.

56 HEGNAUER, agkomm., Art. 283., Nr. 131.

57 HEGNAUER, agkomm. Art. 283, Nr. 139.

58 HENKEL, agt., s. 80; HEGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 136.

d) *Ana Babaya Emir Verilmesi*

Çocuğun bakımı, eğitimi ve öğretimine ilişkin emir ve direktiflerle ana babaya bazı şeyleri yapmaları, bazı şeyleri yapmamaları açık ve kesin olarak emredilir⁶⁰.

Şartların incelenmesinden tehlikenin böyle tedbirlerle kaldırılabileceği anlaşılırsa, daha sert tedbirler alınmayarak emir ve direktiflerle yetinilmelidir. Ancak, bu tedbirin alınabilmesi için en önemli şart, hakkında tedbir alınan ana babanın vesayet makamının emirlerine uymaya hazır olmasıdır. Aksi takdirde diğer tedbirlere başvurmak gerekir.

Bu tedbir ile velâyet hakkı, verilen emir ve direktiflerin kapsamına uygun biçimde kısıtlanmış olur⁶¹.

Aşağıda, MK. 272. maddesine göre ne gibi emirlerin verilebileceğine dair bazı örnekler verilecektir.

— Araştırma ve incelemelerden çocuğa bakan kişinin aslında çocuğu yetiştirmeye istekli, fakat biraz ihmalkâr ve beceriksiz olduğu anlaşılırsa bu kişi, vesâyet makamlarına veya bu makamın belirlediği bir kuruma periyodik olarak rapor vermekle yükümlü tutulabilir⁶². Rapor verirken, ana babaya uzman görevlilerce rehberlik yapılması halinde bu tedbir daha da yararlı olur.

Eğer amaca uygun olursa ana baba, psikiyatrist, çocuk doktoru veya psikolog tarafından çocuğu muayeneye ettirmeye mecbur tutulabilir⁶³.

Buna mukabil, ana babanın muayenesine 272. madde gereğince karar verilemez. Bu sadece tavsiye edilir. Tavsiyeye uyulmadığı takdirde, çocuğa ilişkin bazı koruma tedbirlerine başvurulacağı belirtilir.

Ana baba, emir gereğince çocuğu muayene ettirmezse, resmî makamın bizzat kendisi 272. madde gereğince çocuğun muayenesini yaptırabilir. Gerektiği takdirde muayene için cocuğa kayyım tayin edilebilir.

59 HEGNAUER, agkomm., Art. 283 Nr. 137.

60 HEGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 139.

61 HENKEL, agt., s. 81; HENGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 121; LEHMANN, agt., s. 86.

62 HEGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 119.

63 HENKEL, agt., s. 83.

Muayene sonucunda çocuğun ayakta tedavi edilmesi gerektiği anlaşılırsa, ana baba veya bakıcıdan bu tedaviyi yaptırılmaları istenir. Gerekirse tedavi için çocuğa kayyım tayin edilebilir.

— Vesayet makamı ana babaya, çocuk için uygun bir yatak elbise v.s. temin etmelerini emreder. Eğer ana babanın imkânı yoksa, bunları bizzat kendisi temine çalışır⁶⁴.

— Çocuğa tehlikeli faaliyetler yaptırılması veya onun zor işlerde çalıştırılmaması emredilebilir⁶⁵.

— Çocuğun, bazı kötü şöhretli veya ona kötü etkide bulunabilecek kişilerle ilişki kurmasına müsamaha gösterilmesi yasaklanabilir⁶⁶.

Çocuğun, evlilik dışı ilişkilerin tanığı yapılmamasına ilişkin bir emir verilmesi de mümkündür. Örneğin, babaya, oğlunu kız arkadaşı ile birlikte yaz tatiline götürmemesi emredilebilir⁶⁷.

— Ana baba, çocuğu uygun bir okula göndermez veya mesleki eğitim yaptırmazlarsa ve bu konuda kamu hukukunun müeyyideleri de⁶⁸ yeterli olmazsa vesayet makamları 272. maddeye istisnaden ana babaya gerekli emirleri verirler⁶⁹, hatta gerekirse bunu sağlamak için çocuğa kayyım da tayin edebilirler.

Aynı husus bedenlen veya ruhen herhangi bir özürü bulunan çocuklar için de geçerlidir⁷⁰. Örneğin ana babaya çocuğu körler okuluna göndermesi emredilebilir.

— Çocuğun gündüz bakımı yeterli biçimde sağlanamıyorsa, ana babaya, çocuğu gündüzlü bir çocuk yuvasına veya ana okuluna göndermeleri hususunda emir verilebilir⁷¹.

— Ana babanın konut şartları uygun değilse, şartlar düzelinceye kadar, çocuğun uygun bir yere, örneğin geçici olarak koruyucu bir aileye yerleştirilmesi emredilebilir⁷².

64 HEGNAUER, agkomm., Art. 283 Nr. 119.

65 HEGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 120.

66 HEGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 120.

67 BGE 90 IV 79; ZVW 1965, 115 vd.

68 Bknz. İlköğretim ve Eğitim Kanunu, md. 52 vd.

69 Semjud. 1962, 479.

70 Botschaft 1974, s. 80.

71 EGGER, agkomm., Art. 283 Nr. 15; HEGNAUER, agkomm. Art. 283, Nr. 119.

72 Eğer çocuğun uzun süre koruyucu ailede kalması gerekiyorsa, 273. madde gereğince çocuğun ana babadan alınması tedbirine başvurulur.

— Çocuğu tehdit eden tehlike, evde bulaşıcı hastalığı bulunan, alkolik veya ruh hastası bir kişinin varlığından ileri geliyorsa, çocuk bu durumun devamı süresince aileden uzaklaştırılabilir⁷³.

Eğer bu tür hastalıkları bulunan kişiler, ana babanın velâyeti altında bulunmuyorlarsa, ana babaya bu kişilerin evden uzaklaştırılması emredilebilir. Bu emre uyulmadığı takdirde çocuk 274. madde gereğince ana babadan alınır.

— 272. maddeye göre alınabilecek en ağır tedbir çocuğun geçici olarak, gözlem, muayene ve tedavi için bir hastahane, gözlem evi veya benzer bir kuruma yerleştirilmesidir⁷⁴.

e) *Kayım Tayini*

aa) Eğitim Kayyımı

Medenî Kanununun 272. maddesine göre ana baba evinde yaşayan çocuğun eğitim ve yetiştirilmesi ile ilgilenecek bir kayyım tayininin mümkün olup olmadığı tartışmalı idi. Yazarlar genellikle⁷⁵. Medenî Kanununun 272. maddesindeki genel tedbirler arasına çocuğa kayyım tayininin girmediği görüşündeydiler. Bu yazarlara göre, MK. 376. maddesinde kayyımın hangi hallerde tayin edileceği belirtilmiştir. Yani, kayyım, MK. 376 ve devamındaki maddelerinin koyduğu şartlar altında somut bazı hukukî muamelelerin yapılması amacıyla tayin edilir. Medenî Kanunda çocukla şahsen uğraşmak ve ona ihtimam göstermek için kayyım tayini öngörülmemiştir. Keza medenî Kanununun 273. maddesi gereğince tedbir alınması halinde çocuğun yerleştirilmesine nezaret etmek, tüm kişisel ve mamelekî yararlarını temsil etmek üzere kayyım tayini caiz değildir. Kayyım ancak, MK. 376. maddesindeki hallerden birisi söz konusu ise tayin edilir⁷⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi de velâyet hakkının devamı ile çocuğun şahsı için kayyım tayinini bağdaşmaz kabul etmiştir. Adı geçen mahkemeye göre, vesayet makamı ancak, kendisinin aldığı kararların ana baba tarafından yerine getirilmesine nezaret etmek için yardımcı kullanabilir⁷⁷.

73 EGGER, agkomm., Art. 283, Nr. 3; HEGNAUER agkomm., Art. 283, Nr. 119.

74 BGE 80 IV 103 ZVW 1962, 135.

75 EGGER, agkomm., Art. 283, Nr. 21; TUOR, Peter: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Aufl. Zürich 1965, s. 229, HEGNAUER, agkomm. Art. 283, Nr. 130.

76 EGGER, agkomm., Art. 283, Nr. 21.

77 BGE 51 II 93, 51 II 94.

Medenî Kanununun 285. maddesi 2. fıkrasının açık hükmü, ana-babadan velayet hakkı alınmaksızın çocuğun malî yararlarının korunması için kayyım tayinine imkân vermektedir. Federal Mahkeme kanununun bu hükmünü de dar anlamda yorumlamıştır. Yani, bu durumda kayyımlık ancak, bazı tedbirleri almak veya çocuğun mallarının ana baba tarafından idaresine nezaret etmek amacıyla kurulur⁷⁸.

Fakat uygulamalarda bu kuruma çok ihtiyaç duyulmuştur⁷⁹. Çünkü, vesayet organları, ana baba ile iştişare etme ve onları yeterli derecede gözetleme ve denetleme görevlerini bizzat üzerlerine alamazlar. Bu önlemlerin uygulanması, sosyal hizmet, pedagoji ve psikoloji eğitimi görmüş yardımcılara ihtiyaç gösterir. Bu yardımcılar mesleki ve kişisel tecrübelerine göre çocuğun eğitim ve gelişiminin, uygun biçimde sürmesini sağlama sorumluluğunu yüklenebilirler⁸⁰. Bu nedenle eğitim kayyımlığının uygulama alanı çok geniştir ve önleyici korumanın içine giren en önemli tedbirlerdendir⁸¹.

Uygulamadaki ihtiyacı dikkate alan İsviçre Kanun koyucusu Medenî Kanununun yeni 308. maddesinde eğitim kayyımı tayinini öngören açık bir hüküm koymuştur.

Eğitim kayyımının görevi, velâyet hakkına sahip ana veya babayı tavsiye ve davranışlarıyla desteklemek, onunla birlikte çocuğun eğitim ve terbiyesini yürütmektir. (ZGB. Art. 308/1). Kanun eğitim kayyımı tayinini şu şarta bağlamıştır: Çocuğu tehdit eden tehlike onun ana babadan alınmasını gerektirmemekle birlikte, ana baba böyle bir yardım olmaksızın velâyet görevlerini yeterli biçimde yerine getiremeyeceklerse, ana babaya yardım amacı ile bu tedbire başvurulur. Bu şart ise, genellikle velâyet hakkının ana babadan birine tek başına ait olduğu durumlarda gerçekleşmiş olur. Yani boşanma, ölüm, velâyetin nezi gibi nedenlerle velâyet hakkını tek başına kullanmak durumunda olan ananın böyle bir destek ve yardıma ihtiyacı olabilir.

Eğitim kayyımının, anababayı tavsiye ve davranışlarıyla desteklemek genel görevi yanında mahkeme, kayyıma iştirak nafahasının tahsili, kişisel ilişki hakkının sürtüşmesiz biçimde uygulanmasını sağ-

78 BGE 51 II 362

79 EBERHART, Herbert; Die Vormundschaftliche Erziehungsaufsicht nach Art. 283 ZBG Zürich 1956, s.1; KRUCKER, Melanie: Die Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 283 und 284 ZBG unter besonderer Rücksicht der vormundschaftlichen Erziehungsaufsicht, St. Gallen 1967, s. 17.

80 HEGNAUER, agkomm., Art. 283, Nr. 25-127.

81 HEGNAUER, Cyril: Grundriss des Kindesechts, Bern 1983, s. 151.

lamak gibi başka görevler de verebilir (ZGB Art. 308/ II). Hatta kayımlık bu tür bir veya birkaç görev ile de sınırlandırılabilir. Evlilik dışı çocuğun iştirak nafakası hakkının gerçekleştirilmesi için çoğunlukla böyle bir yardıma ihtiyac duyulur. Örneğin, kayyım iştirak nafakası bağlanması için gerekli davayı açar, nafaka için cebri icra yoluna başvurur. İsviçre hukukunda, evlilik dışı, ana, baba ile iştirak nafakasına ilişkin bir sözleşme de yapabilmektedir. Böyle bir sözleşmeyi ana yerine kayyım da yapabilir (ZGB. Art. 287).

Çocuk temyiz yeteneğine sahip değilse, vesayet makamı kayyıma gerekli tıbbî müdahale ve tedavi için izin verme yetkisini de aktarabilir⁸². Bununla beraber vesayet makamı bu izni bizzat kendisi de verebilir⁸³. Bu görevlerden başka vesayet makamı, kayyıma 307 ZGB gereğince alınmış olan tedbirlerin uygulanması ile de görevli kılabilir. Örneğin, Ana baba, sözü geçen madde gereğince çocuğun uygun bir meslekî eğitim kurumuna yerleştirilmesi emrine uygun davranmamış ise kayyıma çıraklık sözleşmesi yapma görevi verilebilir.

Çocuğu temsil görev ve hakkına ilişkin bazı yetkilerin kayyıma nakli için gerekli şart ana ve babanın çocuğun yararlarını koruma görevini yeterli biçimde yerine getirememeleridir. Bu yerine getireme durumunun, ilgisizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik, emre uymama, anlayışsızlık veya kötü niyetten ileri gelip gelmediği önemli değildir⁸⁴.

Eğitim kayımlığı velâyet hakkını sınırlandıran tedbirlerden biridir. Velâyet hakkına sahip ana baba kayyımın emir ve önerilerine uymak ve çocuğun eğitimini kayyım ile işbirliği içinde yürütmekle yükümlüdürler. Eğitim kayımlığını ana veya babayı kontrol etmek için tayin edilen deneticiden ayıran nokta budur. Çünkü kayyıma velâyetin kapsamına giren bazı yetkilerin devredilmesiyle velâyet hakkı kısıtlanmış olmaktadır.

Eğitim kayımlığı kurumunun Medenî Kanunumuza da alınması yukarıda açıklanan sebeplerle yararlı olur.

b) *Evlilik dışı doğum dolayısıyla kayyım tayini.*

Evlili olmayan bir kadın. gebeliği sırasında vesayet makamından talep eder veya vesayet makamı kendiliğinden evlilik dışı gebelik veya

82 HEGNAUER ,Kindesrecht, s. 151.

83 BGE 69 I 221.

84 HEGNAUER, Kindesrecht, s. 151; Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossen-

doğumdan haberdar olursa, babaya karşı nesep bağının kurulmasını sağlamak, anaya bu konuda yardımcı olmak üzere çocuğa bir kayyım tayin eder (ZGB Art. 309/1, TMK. md. 298). Vesayet makamı evlilik içinde doğmuş bir çocuğun nesebinin reddedilmesi halinde de bu yola başvurabilir. (ZGB Art. 309 / II). Fakat, vesayet makamı harekete geçmeden önce baba çocuğu tanırsa ZGB. 309 maddeye göre kayyım tayinine gerek kalmaz⁸⁵.

Evlilik dışı gebelik veya doğum dolayısıyla tayin edilen kayyımın görevi sınırlıdır. Kayyım herşeyden önce çocuğun babaya karşı olan nesebinin kurulmasına çalışacaktır. Kayyım bu çerçeve içerisinde çocuğun temsilcisi durumundadır. Eğer vesayet makamı kayyıma iştirak nafakasını temin etme görevini de vermişse, kayyım babalık davası ile birlikte nafaka davası da açabilir (ZGB Art. 280/3). Bunun yanında kayyım şartlara uygun bir şekilde anaya yardımcı olur. Örneğin çocuğun geleceği, uygun bir yere yerleştirilmesi, evlâtlığa verilmesi, babayla ilişki kurulması gibi konularda anaya tavsiye ve yardımda bulunabilir. Bu nedenle kayyımın hukukî bilgiler yanında psiko-sosyal ve pedagojik bilgilere de sahip olması gerekir (ZGB) Art. 379/I, 397/I). Bunun için genellikle kayyım olarak resmî vâsiler atanmaktadır. Çocuğun tanınması dolayısıyla kayyımın görevi sona ererse anaya sosyal yardım ve rehberlik kurumları tarafından yardım edilir.

Evlilik dışı çocuğun babasına karşı nesep ilişkisinin kurulmasına hakkı vardır⁸⁶. Fakat bu hakkının gerçekleşebilmesi anasının yardımına bağlıdır. Bu nedenle ana MK. 272. maddesine göre kayyıma kendisini gebe bırakan kişi hakkında gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Ana, aynı zamanda çocuğa karşı onun babası ile nesep ilişkisinin kurulmasının sağlamakta da sorumludur. Bu nedenle ana, kendisini gebe bırakan kişiye, ismini açıklamayacağına dair geçerli bir söz veremez. Binaenaleyh ana her zaman, hattâ kendisine tanınan dava açma süresinin dolmasından sonra da kayyıma gebe bırakan kişinin ismini açıklamak zorundadır. Bununla beraber ana, çocuğun bakım hakkının veya velâyet hakkının alınacağı tehdidi ile böyle bir itiraza zorlanamaz⁸⁷.

schaft 1974, s. 81, 82.

85 BGE 107 II 312, HEGNAUER, ZVW 1982, 45.

86 HEGNAUER, ZVW 1979, 101;

87 HEGNAUER, ZVW 1982, 51 vd; Kindesrecht, s. 154.

Sonuç

Görülüyor ki İsviçre Kanun Koyucusu, çocuğun ana babadan alınmaksızın ailesi yanında korunmasını sağlamak üzere ötedenberi ihtiyacı duyulan, ancak, kanunda yer almadığı için uygulanamayan *eğitim kayımlığı* kurumunu yeni kanunda düzenlemiştir.

Çocuğun ailesi yanında, çocuk psikolojisi ve eğitiminden anlayan bir kayının yardımı ile korunması ve yetiştirilmesini sağlayan eğitim kayımlığı kurumunun Medenî Kanunumuz değiştirilirken hukukumuza alınması, önleyici koruma açısından büyük yarar sağlayacaktır.