

ÇOCUĞUN KİŞİ VARLIĞININ AİLE HUKUKU ALANINDA KORUNMASINDA YETERSİZLİKLER

Prof. Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1. Konunun dar çerçevesi

Çocuğun kişi varlığının korunması denince, bizde akla ne yazık ki en başta, çocuğun dayağa, işkenceye, cinsel tacize, dinsel şartlandırmaya ve yabancılaştırmaya, bekaret kontrolü benzeri onur zedelemelerine, işgücü ve cinsellik sömürüsüne karşı korunması gelir. Son zamanlarda bir yandan medya öbür yandan resmi istatistikler bu acı gerçeğin çarpıcı kanıtlarını gözler önüne sermiştir.

Manisa'da 16 yaşından küçük 16 öğrenciye yapılan tüyler ürpertici işkenceler TBMM gündemine kadar gelmiştir. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumunun yaptırdığı araştırmaya göre Türkiye'de her yüz aileden ellisinde çocuğa şiddet uygulanmaktadır. Devlet İstatistik Enstitüsüne göre, 6-14 yaş arası çocukların yüzde onundan fazlası ilköğrenim görme şansından yoksundur. Öte yandan, tarikatlar, vakıflar, siyasal partiler ve kurslar çocukları anayasal, demokratik değerlere düşman birer mücahit olarak yetiştirmektedirler. Gitgide ağırlaşan ekonomik ve sosyal sorunlar çocukları istismarcı çevrelerin kucağına itmiştir.

Ne var ki çocuğun kişi varlığının sadece "aile hukuku" alanında korunmasına özgülenmiş bir araştırmada, köyde, sokakta, okulda, kursta, işyerinde ve karakolda olup biten trajedilere yer verilemeyecektir. Bütün bu olumsuzluklara, olsa olsa, ana babadan kaynaklandıklarında, velayetin nez'ine yol açabilecek nedenler bağlamında değinilebilecektir.

Çocuğun kişi varlığının sadece aile hukuku alanında korunmasından söz edince, akla, başta:

a. çocuğun nesep ilişkileri (Abstammung) yönünden korunması ile (ki geniş anlamda ve dolaylı olarak çocuğun korunmasının konusunu oluşturur)

b. çocuğun ana baba haklarına (Elternrechte) özellikle de velayet (elterliche Gewalt) otoritesine karşı korunması gelir. Çocuğun korunmasından anlaşılan da aslında sadece budur.

a. Nesep ilişkileri düzeyinde çocuğun korunmasını gerektiren tehlikeler, özellikle aa. genetik öz babanın çocuktan gizlenmesinde, bb. genetik öz babayla nesep ilişkisinin hukuken saptanmasının engellenmesinde ve cc. evlat edinmenin amacından saptırılmasında su üstüne çıkar.

b. Ana baba hakkının uygulanmasında çocuğun kişi varlığı yönünden ortaya çıkabilecek sakıncalara gelince: Bunlar daha çok aa. ana ve(ya) babanın çocuk yararına aykırı keyfi ve baskıcı tutumundan ve bb. çocuğu görüp onunla görüşme hakkının (Umgangsrecht) çocuğun kişiliğini yıpratmasından kaynaklanır.

2. Sosyal ve hukuki gelişmeler

Aile hukukunun çocuğun kişi varlığının korunmasıyla ilgili düzenlemesi değerlendirilirken, son yılların bu konuyla bağlantılı toplumsal ve hukuksal gelişmelerini dikkate almamak doğru olmaz. Tümü de son aşamada ekonomik kökenli olup birbiriyle bağlantılı bulunan bu gelişmeler şöyle özetlenebilir: Evliliklerin çözümlenmesinin artması. "Resmi nikah" (evlilik-) dışı yaşam ilişkilerinin yayılması. Evlilik dışı çocukların sayısının yükselmesi. Çocukların aileye bir ekonomik yük oluşturdukları ölçüde dışlanıp hırpalanması. Gen teknolojisinin olağanüstü boyutlarda gelişmesi. Ahlaki ve politik değer yargılarının değişmesi. Demokratik eşitlik ve özgürlük istemlerinin, en başta da demokratik katılım (partisipasyon) istemlerinin kabarması. Çocuğun korunması için kamunun (devletin, yargının) müdahalesinin yoğunlaşması.

Bütün bu gelişmeler TC Anayasasına ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesine de yansımıştır.

Anayasa, ananın ve çocukların özel olarak korunmasını buyurur. (mad. 41)

Görece zayıfların korunmasını buyuran sosyal devlet ilkesi (mad. 2) bu özel buyruğu daha da pekiştirir. Bu arada çocuğun onurlu bir kişilik oluşturup geliştirme hakkı da (mad. 17) bu sosyal koruma programının içinde yer alır.

Gerçi ailenin korunması (mad. 41) kuralı çerçevesinde bir de anayasal "ana baba hakkı" (Elternrecht) vardır. Velayeti ve velayetten bağımsız

görüşme hakkını (Umgangsrecht) içerir bu ana baba hakkı. Ama bu ana baba hakkı çocuk hakkıyla çatıştığında, özel ve ayrıcalıklı bir korumadan yararlanan çocuğun hakkı karşısında geri çekilmek zorunda kalır. Gerçekten de çocuk hakkı doğrudan doğruya çocuğun kişiliğini koruyan gerçek anlamda bir hak oluştururken, ana baba hakkı daha çok çocuk için öngörülmuş bir işlevsel yüküm-haktır. (Pflichtrecht)

1995 Ocağında bizde de benimsenip yasa üstü bir güçle yürürlüğe girmiş bulunan BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin buyrukları daha da açıktır, daha da kesindir: Çocuk kendisini ilgilendiren her konuda söz sahibi olmalıdır. "Partisipasyon" (görüş bildirme) ve "kooperasyon" (olur verme) hakkı diye bilinir bu demokratik katılım hakkı. (mad. 12) Bu arada, çocuğun düşünce, inanç, örgütlenme ve toplanma özgürlükleriyle onuru ve özel yaşamı özenle, duyarlılıkla korunmalıdır. (mad. 13-16)

Öte yandan, soy sopunu öğrenme, ana babasını tanıma ve onlarla ilişki kurma hakları çocuğun kişilik hakkının ayrılmaz parçalarıdır. (mad. 7/9) Çocuğun bütün bu özgürlükleri ve hakları ancak akılcı (rasyonel) amaçlarla ve ölçülülük ilkesi doğrultusunda, kaçınılmaz bir "son çare" (ultima ratio) olarak sınırlanabilir. (mad.13-15) Elverişsiz durumdaki tüm çocukların durumlarını düzelterip iyileştirmek, yasama, yürütme ve yargı organlarıyla devletin ve tüm yurttaşların boynunun borcu olur. (mad. 34-36)

Çocuk Hakları Sözleşmesindeki kuralların belirli bir bölümü doğrudan doğruya başvurulabilecek bireysel haklar türetmeye elverişli sayılmasalar bile, Sözleşme kurallarının çoğu pekala çocuğa doğrudan doğruya bireysel haklar sağlayabilirler. (Bk. Wolf, ZRP 1991, 374)

Aile hukukçusunun bütün bu gelişmelerden etkilenmemesi düşünülemez. O, en başta, Medeni Kanunun bu toplumsal ve hukuksal gelişmeye ayak uyduramamış düzenlemelerinin bir an önce değiştirilmesi için çaba harcamalıdır. Bu uğurda Anayasa Mahkemesini de tahrik ve seferber etmelidir aile hukukçusu. Aynen evvelce evlilik dışı çocuklar aleyhine eşitsizliklerin, adaletsizliklerin aşılmasında yaptığı gibi. (1981, 1987, 1992 kararları anımsansın.) Ama bu kadarla yetinemez aile hukukçusu. O, eldeki ve yürürlükteki koruma mekanizmasını çocuktan yana sonuna kadar zorlamalı; açıkçası, yorum ve kıyas yollarını çocuktan yana sonuna kadar tüketmelidir.

3. Ailenin ataerki yapısı: Ananın dışlanması

Bizde bugün ailede, evde disiplin 19uncu yüzyıl İsviçresinden kalma Medeni Kanun eliyle düzenlenir. Bu düzenlemenin belirgin özelliği, erkeğin kadın, babanın da çocuk üstündeki baskısıdır. Bu konuda bir fikir edinmek

için örnek diye sadece MK 152, 153, 156, 189 kurallarına bir göz atmak yeter. Erkeğin başkanlığında bir bağımlılık ilişkisi daha ilk bakışta dikkati çeker.

Yürürlükteki MK 263'e göre, sahih nesepli çocuğun velayetini ana baba birlikte yürütürler. Gelgelelim, anayla baba anlaşamazlarsa, babanın oyu üstün tutulur. Bu "başkan ayrıcalığı"nın pratik sonucu şudur: Çocuğun özadınının konmasında, onun okulunun seçilmesinde, işe verilmesinde, haklarının koğuşturulmasında, nişanlandırılmasında, hısımlarla ve yabancılarla ilişkilerinde ve kendisine uygulanacak tıbbi müdahalelerde son sözü hep baba söyler. (Stichentscheid)

Yalnız velayetin sona ermesine yol açacağı içindir ki yargısal erginlikte (kazai rüşte), evlenmede ve evlatlık olmada ana ile babanın olurlarını "birlikte" vermeleri gerekir; babanın tek başına sözü geçmez.

Velayetin yürütülmesinde babanın oyunun belirleyiciliği, aslında çocuğa çok daha yakın olan ananinsa söz hakkından yoksunluğu, geleneksel anlamıyla eşitlik ilkesine aykırıdır. Gerçekten de, doğrudan doğruya tarihsel, toplumsal nedenlere dayanan, ama hiçbir rasyonel dayanağı bulunmayan keyfi bir ayrımcılıktır bu. Nitekim bu gerçeği Batıda ilkin Anayasa Mahkemeleri saptamışlar, ardından da yasa koyucular gerekli adımları atarak bu çağdışı "üstün başkan" kuralını yasalardan çıkarmışlardır.

Başkan ayrıcalığı sadece kadın erkek eşitliği açısından değil, aynı zamanda çocuğun çıkarları açısından da önem taşır. Şöyle ki anaya eşit söz hakkı tanıyan bir hukuk düzeninde babanın denetimsiz otoritesi ve keyfiliği belirli ölçüde frenlenebilir; baba ister istemez anayla uzlaşmak zorunda kalır. Buysa yalnızca anaya kişilik ve onur kazandırmakla kalmaz; aynı zamanda çocuğun, özellikle kız çocuğun kişiliğini olumlu yönde etkiler. Tüm psikologların ve pedagogların ortak kanısıdır bu.

Anayla baba arasındaki görüş ayrılığında, dışarıdan (yargısal, kamusal) yabancı müdahalenin ailenin esenliği ve erinci yönünden taşıdığı sakınca, bir türlü uzlaşmaz bir babanın yetkesinin frensizliğinin, denetimsizliğinin beraberinde gelen sakıncaların yanında hafif kalır. Tüm Batılı ülkelerin ortak deneyimi bu olguyu doğrular.

Olasılı bir demagojik muhalefete karşı şu noktayı da eklemeli: Aslında yargıç ana baba yerine karar vermemelidir. O, ana babadan hangisini çocuktan yana daha akılcı bir karar vermeye ehil görüyorsa kararı ona bırakmakla yetinmelidir. Böylece, aile içi bir sorun da yine aile içinde çözüme bağlanmış olur. (Krş. §1627/28 BGB)

4. Evlilik artık kalmamışsa veya henüz kurulmamışsa ana babanın ortak velayeti olabilir mi?

Bugün Batı'nın gündemindeki tartışma, evlilik ilişkisinde velayetin ana baba tarafından ortaklaşa, eşitçe yürütülüp yürütülmeyeceği konusunda değildir de (bu tartışma çoktan kapanmıştır) evlilik bitmişse (boşanmada) ya da hiç kurulmamışsa (evlilik dışı yaşam beraberliğinde), çocuğun istenci ve ya yararı doğrultusunda ana babanın ortak velayet sorumluluğuna yer verilebilip verilemeyeceği konusundadır. Bu konu da çocuğun yararının korunmasıyla dolaylı biçimde ilgilidir ne de olsa.

Evliliğin çözülmesi üzerine velayetin ancak ya anaya ya da babaya verilebilip, her ikisine bir arada verilememesi yolundaki geleneksel düzenleme son zamanlarda eleştirilmekte, hatta çocuğun ve onun anasıyla babasının anayasal haklarına aykırı bulunmaktadır. (Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin NJW 1983, 101'de ve BVerfGE 61, 358'de yayımlanmış kararı) Gerçekten de anayla baba evliliklerinin çözülmesine karşın ortak velayet sorumluluğunu üstlenmeye layık, hazır ve istekli olduktan sonra, çocuğun da gönüllü ve çıkarı bu yönde olduktan sonra, velayeti hem anaya hem babaya vermemek akıl ve hukuk dışı olur (Bk. Dunand, SJZ 93 (1997), 145).

Artık ortadan kalkmış bir evlilik ilişkisi için geçerli bu düşünce henüz kurulmamış bir evlilik ilişkisi için de geçerli sayılabilir.

Gerçi İsviçre'de Federal Mahkeme sıcak bakmamıştır bu konulardaki olumlu önerilere. Ama Almanya'da önce (1982'de) Anayasa Mahkemesi boşanma sonrasındaki yasal velayet tekeline kaldırmıştır; yakın bir geçmişte de yalnız boşanma sonrasında değil, aynı zamanda evlilik dışı yaşam beraberliğinde de ana babanın birlikte velayetini (hiç kuşkusuz çocuk yararına birtakım sınırlamalarla) öngören bir hükümet tasarısı Meclis gündemine gelmiştir. Bir sürü Avrupa ülkesinde yasal kalıplara dökülmüştür bile bu çözüm.

Ne yazık ki bizde değil velayeti, çocuğunu görüp onunla görüşme hakkı (Umgangsrecht) bile öngörülmemiştir yasada evlilik dışı babanın. (Krş. Türk MK 313 ile İsviçre MK 273-274a)

5. Velayet, hak mıdır, yüküm müdür?

Acaba babanın üstün oyuyla (Stichentscheid) yürütebileceği ve kural olarak (şimdilik) evlilik artık kalmayınca ya da henüz olmayınca birlikte (ortakça) kullanılmayan velayet nasıl bir haktır?

Velayet, ana ve(ya) babanın korunmaya muhtaç küçük ya da kısıtlı, evlilik içi ya da evlilik dışı çocukların bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının korunmasına, mallarının yönetilip değerlendirilmesine ve

çocuklar için hukuki işlem kurmaya (yasal temsile) ilişkin hakların ve yükümlerin bileşkesidir.

Öyle bir özgecil (altruist, diğerkam) ve işlevsel (fonksiyonel) bir "çerçeve haktır" (Rahmenrecht) ki "velayet", yüküm ögesi bu çerçevenin dışında düşünülemez. Yetkiyle ödev sanki içiçe geçmiştir; bir elmanın iki yarısı gibidir. "Pflichtrecht" der Almanlar bunal

Velayet ön planda çocuk için, açıkçası, onu korumak ve giderek korumaya muhtaç olmaktan çıkarmak için öngörülmüştür. Velayetin asıl işlevi, çocuğa bağımsız kişilik kazandırarak kendi kendisini zamanla gereksiz hale getirmektir. Velayetin bu işlevi aynı zamanda onun kapsamını da belirler. Şöyle ki çocuk olgunlaştıkça özgecil ve işlevsel bir yüküm hak olarak velayetin esnek kapsamı da daralır.

Ama velayet denince akla önce çocuğa karşı "yüküm" yerine ana babanın anayasal ağırlığı olan "hakkı" gelir. Bu bağlamda okul ve kurs seçiminden, belirli derslere katılıp katılmama konusunda karar vermeye varıncaya kadar, ilk ve orta öğretimde (devlete karşı bile) yetkili sayılır ana baba. Onlar velayete dayanarak, yabancıların çocuklarıyla ilişki kurmalarını yasaklayıp engelleyebilirler. Çocuğun kaçırılıp alıkonmasına karşı harekete geçebilirler. Bu uğurda, önleyici kaçınma ve durdurma davaları, hatta tazminat davaları açabilirler. Sözün özü, çocuğa yönelik müdahalelere karşı, tüm mutlak hakların bekçiliği görevini üstlenmiş olan haksız fiil hükümlerinin korumasından yararlanırlar (MK 262). Ceza Kanunu kuralları ayrıca yedekte bekler (TCK 182).

İcra İflas K. mad. 25 kuralı, çocuğu elinden alınan ana babaya, bu çocuğu cebri icra yolundan zorla geri alma olanağını verir. Bu kuralda çocuk tesliminin menkul eşya teslimine benzetilmesi yakışıksızdır. Kişi ister istemez aynı çocuğun anası olduklarını ileri süren iki kadın arasında Brecht'in Kafkas tebeşir dairesi içinde gerçekleşen çekişmeyi anımsar. Bilindiği gibi, bu çekişmede yargıç analık sıfatını karşılıklı olarak kollarından çekildiği için sancıdan inleyen çocuğun kolunu bırakmayıp onu tebeşir dairesinin dışına çeken kadına değil de inlemelere dayanamayıp çocuğun kolunu bırakan kadına verir. Çocuğun iadesine ilişkin cebri icra sisteminin yapma ve yapmama edimlerine ilişkin "para ve hapis cezasıyla dolaylı baskı" sistemine göre biçimlenmesi daha doğru olurdu.

Öyle anlaşılıyor ki İcra İflas K.'na, ne yazık ki kimi ders kitaplarına da yansıdığı gibi, velayeti yakışıksız bir biçimde "mülkiyet" ve "mutlak hak" kategorileri içinde ele alan anlayış yansımıştır. Oysa üçüncü kişilere yönelik

kapsamlı yasaklama yetkisinin varlığına karşın, velayete, çocuk sanki bir nesneymişçesine, onun şahsı üzerinde mülkiyet benzeri bir mutlak hak gözüyle bakılamaz.

Velayet mülkiyet gibi benmerkezci (egosantrik) bir egemenlik hakkı (Herrschaftsrecht) değildir; çocuk üzerinde, eşya üzerindeki gibi keyfi tasarruf yetkisi vermez. Evvelce de belirtildi; ne denli yinelense az: Velayet Roma'daki "patria potestas" değildir artık; özgecil (altruist), işlevsel (fonksiyonel), sosyal bir yüküm-haktır. (Pflichtrecht) Bu nedenle, bu hakkı tanımlarken eşya hukukunun klasik tipolojisine ve terminolojisine bağlı kalınmaz. Ataerkil egemenliğe (patria potestas'a) mutlak ve kesin tabiyet, aşılması gerekli çağdışı, antidemokratik bir anlayıştır. Nitekim çağdaş yasalarda bağımlılık ve otorite çağırışını yapan velayet (elterliche Gewalt) deyimi yerine, "kollayıp gözetme ve bakma" (elterliche Sorge) deyimi kullanılır. Fransızca'da "garde", İngilizce'de "parental responsibility" deyimleri de aynı yöndedir.

Şunu da eklemeli: Sırf keyfi baskıya "hukuka uygunluk" etiketi takabilmek için, bir zamanlar, evde ve ailede ana babayla çocuk arasındaki ilişkiye de, aynen cezaevindeki, kışladaki ve okuldaki egemenlik ilişkisi gibi bir egemenlik ilişkisi gözüyle bakılırdı. (Besonderes Gewaltverhältnis) Oysa cezaevi ve kışla için bile, keyfililiğin ve zorbalığın bu anayasaya aykırı meşruluk kılıfı çoktan terkedilmiştir; ana babayla çocuk arasındaki ilişkide geçerliliği hiç mi hiç düşünülemez.

Şu nokta da gözden kaçmamalı: Velayet kişiye sıkı biçimde bağlıdır; başkalarına devredilemez; mirasçılara da geçmez. Sonra, velayetin özünden feragat da edilemez. Olsa olsa, velayetin kullanılması yetkisi bir başkasına, örneğin okul yönetimine bırakılabilir. Ama bu sınırlı ve sürekliliği yetki devri bile her an için geri alınabilir.

Bilindiği gibi, velayetin üç alanı vardır: a. Çocuğun mal varlığını koruma. (Vermögenssorge) b. Çocuğun kişi varlığını koruma. (Personensorge) c. Her iki alana da uzanıp basan "yasal temsil". (Gesetzliche Vertretung) Biz burada bu üç değişik alandan "kişi varlığını koruma" alanını ve bir de sırf bu alana ayak bastığı ölçüde "yasal temsili" ele alacağız.

Hemen bir önsel ve genel (götürü) değerlendirme yapalım: Veli çocuğun malvarlığını sömürür, onun kişi varlığını baskı altına alır, onu yasa gereği temsil ederken de ölçüyü kaçıır.

Malvarlığı sömürsü konumuz dışında kaldığı halde kısaca değinelim: Ana baba çocuğa bakmanın ve onu barındırmanın karşılığında onun

malının ve parasının getirisini istediği gibi tüketebilir; hatta çocuğun işgücünü de sömürebilir. İşgücü sömürüsü şöyle kotarılır: Veli ya çocuğu ailevi yardım yükümü çerçevesinde kendi işinde karşılıksız çalıştırır ya da onun dışarıda çalışarak kazandıklarının getirisini yiyip bitirir.

Çocuğun malvarlığı açısından büyük bir tehlike de, velinin çocuk için bağışlama, vakıf ve kefalet dışında her türlü işlemi, bu arada en ağır kredi, ortaklık ve inşaat anlaşmalarını oldu bittiye getirebilmesinden kaynaklanır. (Kırş. MK 269 I kuralının göndermesiyle velinin temsil yetkisi bakımından da yürüyecek olan MK 392 kuralı)

Bizim konumuz velinin çocuğun malvarlığını ve işgücünü sömürmesi olmayıp, çocuğun kişi varlığını ezmesi olduğuna göre, şimdi ana babanın çocuklarının salt kişi varlığına ilişkin aşırı yetkilerini ve yine salt bu alandaki temsil yetkisi taşkınlıklarını eleştirel bir yaklaşımla değerlendirelim.

6. Velinin küçüğün kişi varlığına tahakkümü

Velayetin çocuğun kişi varlığına ilişkin boyutunda çok sayıda yetki yer alır: İlk akla gelenler, çocuğun özadınının, kalıp oturacağı yerin ve izleyeceği eğitim yolunun saptanmasıdır. Ama bu kadarla kalmaz ana babanın bu alandaki yetkileri: Çocuğun özel yaşamının, boş zamanının ve başkalarıyla ilişkilerinin belirlenmesi de girer bu alana.

Ana babanın bu alandaki yetkilerinin sınırını çizen özel yasalara az rastlanır: Çocuğun özadını saptama yetkisini sınırlayan Nüfus K 16 IV ile onun eğitim yolunu çizme yetkisini sınırlayan Milli Eğitim Temel K. 16 kuralları bu ender yasal kurallardandır. Ama ana babanın çocuğun kişi varlığına tahakkümünü asıl engelleyebilecek olan çocuğun anayasal temel haklarıdır.

Ne yazık ki Medeni Kanunda doğru dürüst sınırlandırılmış değildir ana babanın çocuğun kişi varlığı üstündeki geniş yetkileri. Velayet konusundaki ataerkil, otoriter anlayıştan da cesaret alan veliler çocuğun temel anayasal haklarını gereği gibi kullanmasına bile set çekerler uygulamada. Çocuğun onuru ve kişilik hakları, düşünce, örgütlenme ve inanç özgürlükleri bir türlü tanınmaz. Avrupa hukuk geleneğinde anayasal temel hakların kullanılabilmesi için herhangi bir erginlik yaşı aranmaz. Oysa bizde anayasal temel hakların ancak onsekiz yaşında kazanıldığı varsayılır. Çocuğun inanç ve örgütlenme özgürlüklerini ancak bu yaşta kazanmasını öngören düzenlemeler de pekiştirir bu sağlıksız anlayışı. Özel bir siyasal örgütlenme ve seçip seçebilme hakkı söz konusu olmadıkça, çocuk ve toplum için de özel bir sakınca oluşturmadıkça (silah ve av ruhsatı, sürücü belgesi gibi) temel hakkın özünü ortadan kaldıran, dozu kaçmış bir temel hak anlayışdır bu.

Aslında bizde de çocuklar kişiye sıkı biçimde bağlı sayılan tüm anayasal haklarını tek başlarına kullanabilmelidirler. Ne de olsa anayasal temel haklar her çocuğun doğuştan sahibolduğu haklardandır; hak ehliyetini gerektirse bile fiil ehliyetini gerektirmez. Kullanılmaları yasal temsili kaçınılmaz kılan durumlarda, örneğin öğretim ve tedavi sözleşmelerinin kurulmasını gerektiren kişi haklarının kullanılmasında ana baba böyle bir temsilcilikle yükümlü sayılmalıdır.

Aslında çocuğun anayasal haklarıyla ana baba hakkının çatışmasında duyarlı dengeyi ölçülülük ilkesi (keyfilik yasağı) oluşturur (Verhaeltnis maessigkeitsgrundsatz).

Çocuğun anayasal özgürlüklerinin hangi ölçüde sınırlanabileceği, "ölçülülük ilkesi" ışığında, somut olayda (çocuğun sağlığını koruma gibi) akılcı (makul, rasyonel) bir sınırlama nedeninin varlığı gereğine ve sınırlayıcı önlemin böylesine makul, rasyonel bir amacın haklı gösterdiği "kaçınılmaz çareyi" (Ultima ratio) oluşturması gereğine uyulup uyulmadığına bakılarak saptanır.

Bilindiği gibi, ölçülülük ilkesi, asıl ağırlığını kamu hukukunda duyuran bir ilkedir. Yönetimin, hukuka uygun sayılabilecek bir amaca ulaşabilmek için, sahibolduğu araçlardan (önlemlerden) en az sakıncasını seçmesi, başka bir deyişle, göze alınan sakıncanın, ulaşılmış amaçlanmış sonuç açısından kaçınılmaz son çareyi oluşturması gereğini dile getirir.

İşte, çocuğun telefon konuşmalarının dinlenip dinlenemeyeceği, mektuplarının açılıp açılmayacağı, çantasının aranıp aranmayacağı, okuyacaklarına ve yazacaklarına karışılıp karışılmayacağı, toplantılara katılmasının engellenip engellenemeyeceği, hısımlarla ve yabancılarla ilişki kurmasının yasaklanıp yasaklanamayacağı, hep seçilen araçla amaç arasındaki uyumlu, ölçülü ilişkiyi (dengeyi) kollayan bu ölçülülük ilkesi gözünüden bakılarak belirlenir.

Yasaların ancak belirli bir yaştan sonra kullanılabilmesini öngördüğü nitelikli, özel temel haklar (özellikle siyasal örgütlenme, seçme ve seçilme hakları) ayrıdır ve saklıdır.

Çocuğun inanç özgürlüğünü ancak erginlikte kazanabilmesi (MK 266) bu açıdan ölçüsüz bir temel hak sınırlamasıdır. Kaynak İsviçre yasasında ve başkaca ülkelerde genel olarak erginlik öncesinde, daha on altı yaşında hatta daha küçük yaşlarda (Almanya'da 14 yaşında) yararlanılır din ve vicdan özgürlüğünden. 1982 Anayasasıyla, (mad. 24 III 2), orta öğretimde din derslerinin zorunlu kılınması ise, yalnız çocuğun inanç özgürlüğünü sınırlamakla

kalmaz; aynı zamanda ana babanın velayet hakkını da adamaklı sınırlar. Üstelik laiklik ilkesiyle bağdaştırılması da zordur bu düzenlemenin.

Bunun gibi, derneklerde örgütlenme özgürlüğünün de ancak on sekiz yaşında kazanılması (Dernekler K. 4/16), hele sendika üyeliğinin çok daha küçük yaşlarda kazanılabileceği bir hukuk düzeninde (Sendikalar K. 28) düpedüz bir hukuki ayıp oluşturur.

Ana babanın son sözü söyleyebilecekleri konularda çocuklara hiçbir söz hakkı tanınmaması da çocuk hukukumuzun bir başka ayıbıdır. Oysa tüm ülkelerde tanınmıştır çocuğa karar sürecine katılıp görüş bildirme (partisipasyon) hakkı.

Gerçi ana baba, çocuklarının kişi varlığı, özellikle eğitimi ile ilgili kararlarını verirlerken, bu çocukların yeteneklerini ve eğilimlerini bizde de göz önünde tutmak zorundadırlar. (MK. 265) Ama yetmez bu. Aslında ana baba, çocuğun geleceği açısından yaşamsal önem taşıyan önemli konularda, hiç değilse belirli bir olgunluğa erişmiş olan çocuğun görüşlerini de dikkate almalıdırlar. Bu katılım (partisipasyon) gereği, hukukumuzda sadece vesayetle (MK 393 kuralında), İsviçre'deyse (MK 301 II kuralında), vesayette olduğu kadar, velayette de öngörülmüştür. (Ayrıca bk. §1626 II BGB)

On altı yaşındaki kısıtlıya önemli işlerde görüşünü bildirme olanağı sağlayan MK 393 kuralı, ne yazık ki MK 269'un velayete ilişkin kuralında açıkça dışlanmıştır. Oysa, vasiyetname düzenleyerek tüm malvarlığını kazandırabilecek bir yaşa (MK 449 uyarınca on beş yaşına) gelmiş bir orta okul, hatta lise öğrencisine, kişiliğini yakından ilgilendiren önemli işlerde, özellikle velinin ve vasinin seçilmesinde, hısımlarla kişisel ilişkilerin düzenlenmesinde, ana babanın ad değiştirmelerinde, evlilik dışı çocuk olarak tanınmasında, öğretim sözleşmelerinin kurulmasında, hiç değilse görüşünü bildirme olanağı vermek, yalnız demokratik katılım anlayışının bir gereği olmakla kalmaz, aynı zamanda, velayetle izlenen temel amacın, yani çocuğa bağımsız kişilik kazandırma amacının da bir gereği olur.

Hele küçüğün kişi varlığıyla daha da yakından ilgili işlerde ve işlemlerde sadece onun görüşünü almakla (katılımla, partisipasyonla) yetinmeyip, doğrudan doğruya onun olurlarını da (işbirliğini de) sağlamak yerinde olur. (Kooperasyon) Nitekim yasa da, nişanlanma, evlenme, evlatlık olma, yargısal erginliği talep gibi kişiye sıkı biçimde bağlı hakların kullanılmasında küçüğü yalnız iç ilişkide görüş bildirmekle yetindirmeyip, dış ilişkide düpedüz söz sahibi yapmıştır. Ana babayla çocuğun işbirliği etmeleri zorunluluğunun çocuğun kişiliğini pek yakından ilgilendiren ciddi işler için, özellikle tıbbi, cerrahi müdahaleler için de geçerli olması gerekir.

Bu arada "evlilik dışı çocuğun tanınmasında" belirli bir olgunluğa, diyelim on dört yaşına ulaşmış bir çocuğun kendi açısından yaşamsal önem taşıyan bu işleme olurunun vermesi, hiç değilse görüşünü bildirmesi şart koşulmalıdır.

Şunu eklemeli: Yargıçlar bu demokratik katılım için mutlaka bir yasa değişikliğini beklemek zorunda değillerdir. Onlar böyle bir katılımı aile hukuku alanında geçerli "re'sen araştırma ilkesi" (Untersuchungsmaxime) bağlamında pekala "praeter legem" de yaşama geçirebilirler. Çocuğu her fırsatta çağırıp dinleyebilirler; onun kendisini yakından ilgilendiren konulardaki düşüncelerini öğrenebilirler. Ne yazık ki yapmamaktadırlar bunu!

7. Çocuğa vurulan yerde gerçekten gül biter mi?

Çocuğun yetiştirilmesi ve eğitilmesi, niteliği gereği, yargıç ve icra memuru zoruyla gerçekleştirilemez. Ana baba, velayetten kaynaklanan bu alandaki yetkilerini, ister istemez "kuvvet kullanma" (bizzat ihkakı hak) yoluyla yaşama geçireceklerdir.

Eklemek gerekir ki ana babanın çocuğa gözdağı vermek üzere seferber edilebileceği önemli bir silah da "mirastan ıskat" (MK 457 b.2) yaptırımıdır.

Ana babanın çocuğa karşı "kuvvet kullanarak" uygulayacakları "uslandırıp yola getirme" (tedip) yetkisinin (MK 267) ölçülülük ilkesinden (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) çıkma bir sınırı vardır. Gerçekten de, ölçülülük ilkesi, yalnız çocuğa yasaklanacak olan davranışların sınırını çizmekle kalmaz, aynı zamanda bu yasak davranışlara bağlanacak yaptırımların sınırını da çizer.

Buna göre, "tedip önlemleri" (yaptırımları) arasında bir seçim yapılırken, izlenen (hukuka uygun olması şart koşulmuş) amaca hizmet edebilecek ve çocuğa en az zarar verecek olan önlem seçilecektir. Önlemle sağlanan yararın önlemin vereceği zarardan ağır basması şarttır.

Bu ölçüte vurulduğunda, sinemaya veya maça yollamama, karanlık odaya kapatma, bir öğün yiyecek vermeme, harçlık kesme, ıslah evine verme ve dayak atma gibi cezalar, ancak izlenen amaç açısından zorunlu ve makul (ölçülü) gözüksüklerinde hukuka uygun sayılabilirler.

Buna karşılık, çocuğu yatağa zincirleme ya da onun saçını sıfır numara traş etme gibi onur kırıcı yaptırımları en ağırlıklı "tedip amacı" bile haklı kılamaz. Çocuğun da ilişilmez bir insan onuru vardır nihayet.

Ne yazık ki ana babanın tedip yetkisinin sınırının çocuk "cennetten çıkma dayakla" baygın hale getirilmedikçe ve hastanede tedavisini gerektirecek

biçimde dövülmedikçe aşılmamış olduğunu kabul eden Yargıtay içtihatları vardır.

Batıda on beş yaşındaki bir kızın yabancıların önünde sürekli tokatlanmasının ana babanın elinden velayet yetkisinin alınması için yeterli bir neden oluşturduğu düşünülürse, kişi, ister istemez, kimi toplumlarda bireylerin özgürlüğe ve hoşgörüye daha fazla layık sayılacaklarını savunan antidemokratik "çifte standart" anlayışını anımsamaktadır.

Bu gibi ölçüsüz kaba güç uygulamaları, yalnız velayetin kaldırılmasına (nez'ine) yol açmakla kalmamalı, ayrıca Ceza K. mad. 477-79 kuralları uyarınca savcıcı da ceza koşturması için harekete geçirmelidir. Bu arada çocuğun maddi ve manevi tazminat istemleri ayrıca saklı tutulmalıdır.

Ana babayla çocuk arasındaki duygusal, tinsel ilişkinin özelliğinin çocuğun ana babadan tazminat istemine yer bırakmayacağı yolundaki görüş, (tıpkı çocuğun geleneksel özveri sınırı ötesindeki işgücü sarfından ötürü ücret alacağını yadsıyan görüş gibi) sosyal açıdan gerçekçilikten uzak sayılacağı gibi, hukuki gerçekliği de çarpıtır. Ana baba ile çocuk arasındaki ilişkinin parasal istemlere ve yaptırımlara açık tutulduğu, özellikle şu yasa kurallarından anlaşılır: MK 321, 610, 289, BK 132 b.1.

8. Velayetin en önemli boyutu: Yasal temsil yetkisi ve sınırları

Yasal temsil yetkisi velayetin en önemli türevidir ve işlevlidir. Bu yetkiyi kullanırken de veli çocuğun kişi varlığını etkiler. Özellikle çocukla ilgili öğretim ve tedavi sözleşmeleri açısından göze çarpar bu gerçek. Ne yazık ki bu alanda da gerekli yetki sınırlamaları eksik bırakılmıştır yaşamızda.

Bilindiği gibi, ana baba yasal temsil yetkisi bağlamında değişik rollerde hukuk sahnesine çıkarlar: a. Ya çocuk adına ve hesabına dar ve gerçek anlamda temsilci sıfatıyla rol alırlar. Kurucu işlevli yasal temsil denir buna. b. Ya çocuğun bizzat kurduğu işleme olurlarını (rıcalarını) verirler. Tamamlayıcı işlevli, geniş anlamda yasal temsildir bu. c. Ya da çocuk yararına BK 111 anlamında "üçüncü şahıs lehine akit" kurarlar. d. Nihayet, çocuğun kişi varlığına yönelik bulunup ilk bakışta hukuka aykırı görülebilecek olan bir müdahaleye, örneğin bir tıbbi müdahaleye olurlarını vererek o müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilirler.

İlginç bir görüşe göre, velinin yasal temsil yetkisi büsbütün kaldırılmalı ve bu yetkinin bugüne kadar karşıladığı gereksinimler, üçüncü kişi (yani çocuk) yararına sözleşmeyle, üçüncü kişiyi (yani çocuğu) koruyucu etkili sözleşmeyle ve son aşamada da vesayet örgütünün katkısıyla karşılanmalıdır. (Bk. Ramm, NJW 1989, 1711)

Temyiz kudretinden yoksun (mümeyyiz olmayan) çocuk için tüm hukuki işlemleri ister istemez veli yapacaktır. Gelgelelim, velinin çocuğu için yapamayacağı işlemler de vardır: Önemli tutarda bağışlama, vakıf kurma, kefalet ve rekabet yasağı anlaşması bu yasak işlemlerdendir. (MK 269 I kuralının göndermesiyle MK 392)

Bu yasak işlemler listesi yetersiz, yasağa aykırılığa bağlanan butlan yaptırımını da tutarsızdır. Düşünölsün ki bir hayır kurumuna yargıç izniyle bile olsa önemli tutarda bağışlamada bulunamayan veli, öte yanda, pekala, çocuğunu ömür boyu borç altına sokabilecek, hatta onu yıkıma götürebilecek uzun vadeli kredi anlaşmaları yapabilecek, en ağır aynı teminatları verebilecek, başta iş (hizmet) sözleşmeleri olmak üzere başkaca uzun süreli bağlantılar kurabilecek, mirastan feragat edebilecek, mirası kabul edebilecek ya da reddedebilecek, arsa satıp inşaat yaptırabilecek, ortaklık kurup dağıtabilecek, dava açıp bu davayı feragat, kabul ve sulh beyanlarıyla sonuçlandırabilecektir.

Bu konunun çocuğun kişilik hakkına kadar uzanan anayasal boyutu vardır. Nitekim bk. Alman Anayasa Mahkemesi, BVerfGE 72, 172.

Çocuk için sakıncalı bu duruma karşı çareyi şu yollarda arayıp bulmak gerekir:

a. Velayetin çocuğun yararıyla belirlenmiş olan sınırlarını (MK 268 c.1) aşan hukuki işlemi yetkisiz temsil (BK 38/39) kurallarına bağlamak. (Bk. Hatemi/Serozan, Aile Hukuku, s. 356 i.s.)

Bu çözümde iyi niyetli üçüncü kişinin "görünüşte temsil" kuramının ve "büyük işlemsel ifa sorumluluğunun" nimetlerinden yararlandırılması düşünülmemelidir. Üçüncü kişi, veliye karşı, sadece küçük "güven tazminatıyla" yetindirilmelidir. Bu tazminatın sonradan BK 100 eliyle çocuğa yansıtılması da söz konusu edilmemelidir. Ehliyetsiz çocuğun çıkarlarını koruma gereği, iyi niyetli üçüncü kişinin çıkarlarını (son aşamada da alışveriş güvenliğini) koruma gereğinden ağır basar.

b. İkinci bir yol da bu gibi sakıncalı malvarlıksal işlemlerde ana babayla çocuk arasında bir çıkar çatışmasını varsayıp MK 271 uyarınca bir kayyumun aracılığına başvurmak olabilir. Öyle ki veli çocuğun malını bağışlamak şöyle dursun, onu kendi çıkarına, kayyumun aracılığı olmaksızın satmasını da. İyi ki uygulama bu konuda titizdir. Mirasın taksiminde ve mirasın reddinde her zaman bir kayyumun devreye sokulması, öte yandan ana babanın çocuğu temsilen verdikleri vekaletin çocuğun erginliğiyle sınırlanması bu açıdan dikkat çekicidir. Bu tutum Alman Federal Anayasa Mahkemesinin çocuğu erginlik sonrasında sahibolduğu malvarlığının üstünde

borçlandırmayı çocuğun kişilik hakkına aykırı bulan kararını anımsatır (BVerfGE 72, 172). Eklemeli ki Yargıtay, ana babanın çocuklarına taşınmaz mal bağışlamasında bile kayyumu yardıma çağırır (ABD 1976, s. 75) ; aynı titizliği paylı mülkiyet ilişkisinde paylı durumun giderilmesi (izalei şuyu) istemi ve payın satımı konusunda da gösterir. (Yasal temsilci velinin çıkartıyla küçüğün çıkarının çatışması konusunda ayrıca bk. MK. 376; burada benimsenen yaklaşım için ayrıca bk. Tekinay, Türk Aile Hukuku, s.376 ve Kaufmann, Berner Kommentar zur Vormundschaft, ZGB 392 N 18 i.s.)

Sırası gelmişken şu noktaya da parmak basmalı: MK 392'deki yetersiz yasak işlemler listesinde yer alan işlemlerin yargıcın gerekli görülecek icazetine (onayına) kadar askıda hükümsüz sayılacak yerde daha baştan kesin hükümsüz sayılması da amacı aşan tutarsız bir yaptırımdır.

Çocuk için sakıncalı malvarlıksal işlemleri bir yana bırakıp, biz asıl konumuza, çocuğun kişi varlığını ilgilendiren işlerde ve işlemlerde yasal temsile gelelim: Ana baba çocuk için, yasal temsile tahammülü olmayan birinci derecede, mutlak münhasıran şahsa bağlı hakları (absolut höchstpersönliche Rechte) kullanamazlar. Sözelgesi, çocuk sahibi olmamaya ilgili işlemleri yapamazlar, nişanlılık ilişkisi kurup bozamazlar, evlilik ilişkisi kurup çözemeler, vasiyetname düzenleyip geri alamazlar, nesep statüsünü değiştirici işlemleri ve davaları yaşama geçiremezler, kişilik değerleri üstünde ciddi tasarruflarda bulunamazlar. (Organ bağışı yasağı için bk. Organ K. 5)

Bununla birlikte, kimi özellik taşıyan durumlarda ve çocuğun yararı gerektirdiğinde, birinci derecede, mutlak münhasıran şahsa bağlı haklarda da kural dışı yoldan yasal temsile yer verilebilir. Örnek: Çocuğa yaşamsal bir cerrahi müdahalede bulunma zorunluluğu varsa yasal temsile de yer vardır. Eğer ana baba bu gibi zorunluluk ve ivedilik hallerinde gerekeni yapmazlarsa, kayyum aracılığına ya da vekaletsiz iş görme kurallarına başvurulabilir.

MK 16/II kuralı çocuk için bir yetki kuralıdır ama yasal temsilci için bir yasak kuralı değildir.

Mümeyyiz küçüğün temsiline gelince: Mümeyyiz olmayan küçüklerin yasal temsiline ilişkin yasak işlemler listesi ile zorunluluk ve ivedilik istisnası bu çocuklar bakımından da geçerlidir.

Buna karşılık, ikinci derecede, nispi münhasıran şahsa bağlı haklarda (relative höchstpersönliche Rechte) çözüm değişikidir: Gerçi çocuk bu hakları kendi başına buyruk kullanabilir. (MK 16 II) Ama çocuğun bu olanağı, velinin yasal temsilci sıfatıyla mümeyyiz küçüğün bütün bu haklarını ona sormadan da çocuk için kullanmasını engellemez. Sözün özü, veli çocuk için kişilik haklarını koruyan davaları ve yaş ile ad düzeltme davalarını pekala bir başına buyruk açabilir. (Bk. Bucher, ZGB 19 N 207/208)

Mümeyyiz küçüğün kişi varlığı açısından önem taşıyan işleri ve işlemlerinin onun olurluğunu sağlamadan, hiç değilse onun görüşünü almadan velinin tek başına kotarabilmesi sakıncalıdır. Ne yazık ki önemli işlerde ve işlemlerde vesayet yargıçlarının olurluğunu, hatta on altı yaşını bitirmiş kısıtlının görüşünü alma gereği (MK 393, 405/406) vesayete inhisar ettirilmiş olup MK 269 I 2 uyarınca velayet ilişkisinde uygulanamaz.

Bu talihsiz durumda, mümeyyiz küçüğün yararına tutulacak yol şu olmalıdır: Velinin küçüğün üstün çıkarına aykırı her girişiminde bir çıkar çatışması varsayılarak devreye bir tarafsız kayyum sokulmalıdır. Bu uğurda MK 271 kuralının fazlaca dar kaçmış söyleminin kalıpları çatlatılmalı ve kural MK 285 II doğrultusunda geniş yorumlanmalıdır. Velinin temsil yetkisini küçüğün yararıyla sınırlayan MK 268 c. 1 kuralı ışığında harekete geçirebilecek olan "yetkisiz temsil" hükümleri ayrıca saklı sayılabilir. Ama bütün bu olanaklar bir yana, yargıçların aile hukukunda geçerli "re'sen araştırma ilkesi" (Untersuchungsgrundsatz) bağlamında, belirli bir olgunluğa erişmiş olan çocuğu ilgilendiren tüm işlerde ve işlemlerde onun görüşünü almaları, özlenen demokratik katılımı (partisipasyonu) "praeter legem" aşama aktarmaya katkıda bulunabilir.

Mümeyyiz küçüğün mümeyyiz olmayan küçükle karşılaştırıldığında en büyük avantajı onun münhasıran şahsa bağlı haklarını velisinin olurluğunu almaksızın tek başına kotarabilmesidir. (MK 16 II)

Yalnız öyle kimi münhasıran şahsa bağlı haklar vardır ki bunları mümeyyiz küçük tek başına kullanamaz; o, mutlaka ana veya babanın olurluğunu da almak zorunda kalır. Bunlar, yargısal erginlik (kazai rüşt) istemi, nişanlanma, evlenme, evlatlık olarak başka bir aileye gitme, haklı nedenle id değiştirme, kişilik değerleri üstünde ciddi tasarruflarda bulunma, özellikle cerrahi müdahale gibi nitelikli, ağır işlerdir. O kadar ki bunların arasında vesayeti sona erdirecek olan yargısal erginlik isteminde, evlenmede ve evlatlık almada sadece veli babanın olurluğu bile tek başına yetmez; mutlaka ananın da olurluğunu vermesi gerekir.

Evlat edinme işlemi için çocuğuna karşı ilgisiz ana babanın olurluğunun ortadan alınmasını öngören yeni MK 254a kuralı arka kapıdan gizlice velayetin nezdilebilmesinin yolunu açmış sayılabilir.

Ana babanın olurluğunu gerektiren ciddi, nitelikli işlerden ve işlemlerden bazılarındaki yasal temsilci velinin sonradan icazetine yer olmayıp, ancak küçükle birlikte hareket (elbirliği, işbirliği etme) zorunluluğu söz konusu olabilir. Yargısal erginliği veya adın değiştirilmesini dava yoluyla sağlamada ya

da evlatlık olmada karşılaştığı gibi. Kimilerinde de yasal temsilci velinin oluru mutlaka yazılı olarak verilmelidir. Önemli (anestezili) ameliyatta ve sendikaya üye olmada durum böyledir. (Tababet K. 70, Sendikalar K. 20)

Şu noktayı bir kez daha vurgulayalım: Mümeyyiz küçüklerin (yasal temsilcilerinin oluruyla bile) dernek kuramamaları ve kurulu derneğe üye olamamaları (Dernekler K. 4/16) bize özgü, dozu kaçmış bir temel hak sınırlamasına yol açar; BM Çocuk Hakları Sözleşmesine de ters düşer. Batıda her lise öğrencinin en doğal hakkı olarak kabul edilir bir spor ve kültür derneğine üyelik. Ne çarpıcı çelişkidir ki sendika üyeliği bizde de pekala onaltı yaşında, hatta yasal temsilcinin oluruyla daha küçük yaşta bile kazanılabilir. (Sendikalar K. 20) Bunun gibi, din ve vicdan özgürlüğünün Anayasa ve MK gereği ancak erginlikte kazanılması da (Anayasa 24 III, Medeni Kanun 266 II) ölçsüz bir temel hak sınırlaması olarak görülmelidir.

Eğer ana baba çocuğun münhasıran şahsa bağlı hakkını kullanabilmesi için istinaen gerekli görülen olurlarını kişisel bir kapris ya da batıl bir inanç uğruna ve çocuğun yararını da göz ardına iterek esirgerlerse, örneğin ivedi bir operasyona izin vermezlerse, ana babanın direnişini kırabilmek için MK 2 II'nin hakkın kötüye kullanılması kuralına, MK 271 kuralının öngördüğü kayyum aracılığına, son çare olarak da ıztırar hali ve vekaletsiz iş görme kavramlarına başvurulabilir.

Görülüyor ki velayetin yasal temsil yetkisi boyutu da fazla geniş tutulmuştur. Ana babanın işlemi bizzat kurma yetkisi gibi, çocuğun kurduğu işlemi olur vererek tamamlama yetkisi de daraltılmalı, çocuğa da kendisini yakından ilgilendiren işlerde görüş bildirme (partisipasyon) hakkı tanınmalıdır.

Mümeyyiz küçüklerin ehliyetinden ve velinin temsil yetkisinden söz ederken eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmesi gerekli iki nokta vardır:

Birincisi münhasıran şahsa bağlı hak kavramına ilişkindir. Duygusallıkla alabildiğine yüklü bu kavramın ipoteğinden kurtulmanın günü gelmiştir artık. Bir hakkın ne zaman mümeyyiz küçük tarafından, ne zaman yasal temsilci tarafından tek başına kullanılabileceği, buna karşılık ne zaman ancak her ikisinin ortaklaşa etkinliğiyle kullanılabileceği (kooperasyonla) gerçekleştirilebileceği, hakkın sahibinin gönül dünyasında tuttuğu yerin derecesine göre değil, doğrudan doğruya çocuğun korunma gereksinimi ve yararı açısından saptanmalıdır. Bilindiği gibi, münhasıran şahsa bağlı hak kavramsal saplantısı, aynı zamanda, uzun yıllar, ta 1988 yılındaki MK 24 değişikliğine kadar, manevi tazminat isteminin mirasçılara intikalini de yersiz ve gereksiz biçimde bloke etmiştir.(Bk. Serozan, Postacıoğlu'na Armağan)

Mümeyyiz küçüklerin ehliyetinden ve velinin temsil yetkisinden söz ederken değinilmesi gerekli ikinci nokta da şudur: Evlenme ehliyetinin bizde henüz on beş yaşında bir kız tarafından kazanılabilmesi sakıncalıdır. İsviçre'de 1996 Ocağında evlenme yaşıyla erginlik yaşının on sekizde özdeşleştirilmesi boşuna değildir. Evlilik basit bir cinsel yaşam beraberliği anlamına gelmeyip, bireyin kişi varlığını ve malvarlığını belki de en derinden etkileyen, yaşam boyu kurulabilecek hukuki işlemlerin belki de en ciddisidir. Böyle bir işlem ancak belirli bir olgunluk aşamasında ve hiç kimsenin baskısı olmadan gerçekleştirilmelidir. Özellikle bizdeki zorla baş göz etme ve başlık ticareti olayları göz önüne getirilecek olursa, yeni İsviçre çözümünün bizde afortiori (evleviyyetle) benimsenmesinin isabeti daha iyi algılanır.

9. Velayetin kötü yürütülmesinde çocuk yararına alınabilecek önlemler

Eğer ana baba velayetin kendilerine yüklediği sorumlulukların gereğini yerine getirmeyip, çocuklarının yararına aykırı etkinlikte bulunurlarsa, durumu şu ya da bu yoldan öğrenen yargıç çocuğun korunması için gerekli önlemleri görevinden ötürü (re'sen) alır. (MK 272) Bu konuda bilgi verme ve başvuruda bulunma, her ilgilinin, bu arada bizzat çocuğun hakkıdır ve ödevidir.

Nelerdir velayetin kötü yürütüldüğünün göstergeleri? Birkaç örnek verelim: Çocuğun öğrenimini ya da zorunlu tedavisini engelleme. Ona cinsel tacizde bulunma. Haysiyetsiz bir yaşam sürdürme. Çocuğa zorbalık etme. Ona ölçüsüz yasaklar ve cezalar uygulama. Çocuğu görüşme hakkı sahibinden kaçırıp alıkoyma.

Olayın özelliğine göre, böylesine davranışlarda bulunan ana babaya karşı "ölçütülük ilkesi" doğrultusunda alınabilecek olan önlemler, hafiften ağıra doğru şöyle sıralanabilir: Velinin vasiye ilişkin daha sıkı kamusal, yargısal denetime bağlanması, özellikle kendisinden hesap ya da parasal güvence istenmesi, çocuğa bir kayyum atanması, çocuğun başka bir ailenin yanına ya da bir yurda yerleştirilmesi. (MK. 271, 273, 285)

Ana babanın çocuğun yararına bir girişime karşı çıkmaları durumunda ana babanın bu haksız ve yersiz direnişini kırmak üzere MK 2 II kuralının (hakkın kötüye kullanılması kurumunun) seferber edilmesi de bu bağlamda etkili bir önlem sayılabilir.

Ana babanın keyfi baskısına ve engellemelerine karşı çocuğun çıkarlarını korumak üzere MK 271 kuralından da yararlanmak düşünülebilir. Aslında pek dardır bu kuralın söylemi. Sadece çocuğu borçlandırıcı işlemlerdeki çıkar çatışmalarında işletilebilecek ve bir kayyumun çocuğun

imdadına yetiştirilmesini sağlayabilecek olan bir kural görünümü taşır. Oysa pekala aynı zamanda çocuk için sakıncalı sayılabilecek tüm girişimlerde işletilebilir. Nitekim MK 285 II kuralı bir kayyum atanmasını çocuğun malvarlığının korunması çıkarı gerektirdiğinde kayıtsız koşulsuz öngörmüştür. Eğer böyle bir uygulamaya geçilirse ana babanın keyfi baskısına ve engellemelerine karşı önemli bir siper sağlanmış olur.

İlginçtir, Alman hukukunda da vesayet makamı bu gibi durumlarda hep devrededir. (Bk. §§ 1631'ler ve 1643 BGB)

İyi ki bizde de yargıçlar ana babayla çocuk arasındaki çıkar çatışmasının varlığını geniş yürekli bir yaklaşımla pek sık kabul ederek MK 271 kuralı bağlamında çocuk yararına bir kayyumu çokça devreye sokarlar. Eğer bu uygulama daha da geliştirilebilirse, yargıçlar ana babanın keyfi baskısını ve çocuk zararına sakıncalı kararlarını geniş ölçüde etkisiz hale getirmiş olurlar. Çocuğun zararına onun malvarlığına ilişkin girişimleri kayyum eliyle etkisiz hale getirmenin yolunu açmış olan MK 285 II kuralının çocuğun kişi varlığı zararına girişimlerde afortiori (evleviyetle) uygulanabileceği yolundaki görüş böyle bir uygulamaya yasal destek verir.

Velayetin kötü kullanılması halinde çocuğu korumak üzere alınabilecek en köktenci, en etkili önlem, kuşkusuz, "son çare" (ultima ratio) olarak başvurulabilecek olan "velayetin nez'i" yaptırımıdır. (MK 274/75)

Velayetin elden alınmasından söz ederken şu noktayı özellikle vurgulamalı: Velayet durup dururken ana babanın elinden alınamaz. Her şeyin başında anayasal ana baba hakkı (mad. 41) engel olur buna. Alman Anayasası mad. 6 III kuralı bu konuda daha da açıktır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi mad. 9 kuralı da velayetin ancak çocuğun üstün yararı gerektirdiğinde elden alınabileceğini belirtir. Bizde de MK 274 kuralı aynı doğrultudadır: Velayetin nez'i ancak ana baba velayeti sorumluluk bilinci içinde yürütemiyorsa, çocuğa karşı nüfuzunu kötüye kullanıyorsa veya görevini ağır biçimde savsaklıyorsa olanaklıdır.

Bir de, bu nitelikli koşullar aranmaksızın velayetin elden alınabileceği özel bir durum vardır: O da şudur: Ana veya babanın evliliğe getirdiği yabancıdan olma üvey evlat (ki bu üvey evlat, önceki evliliğin ürünü olabileceği gibi, evlilik dışı bir ilişkinin ürünü de olabilir), üvey babanın veya üvey ananın çocuğu dışlayıcı, horlayıcı, haksız tutumuna karşı özel olarak korunmayı gereksiniyorsa, velayet kaldırılır; üvey evladı korumakla bir vasi görevlendirilir. (MK 275)

Çocuğun ana babadan olur olmadık nedenlerle alınıp ayrılamayacağı yolundaki temel ilke ısmarlama (ikame) ana açısından da geçerlidir. Onun elinden bile zorla alınamaz doğurduğu çocuk genetik ana tarafından. Ancak ika-

me ananın oluruyla çocuğun genetik ana tarafından evlat edinilmesi düşünülebilir.

Ne yazık ki yeni MK 254a kuralı, evlat edinme işlemi için, çocuğa karşı ilgisiz ana babasının olurundan vazgeçilebileceğini öngörmekle, velayetin bir oldu bittiyle elden alınmasının yolunu açmıştır.

Velayetin ana babanın elinden alınmasına onlara verilmiş bir ceza gözüyle bakılmamalıdır. Nitekim velayetin elden alınabilmesi için ana babanın kusurlu olması gerekmez. Sonra, velayetin kaldırılmasını gerektirmiş olan koşullar ortadan kalkarsa, yargıç velayeti ana babaya geri verebilir. Yeter ki aradan hiç değilse bir yıl geçmiş olsun. (MK 276) Gerek velayetin elden alınmasında gerek velayetin geri verilmesinde çocuğun görüşünün alınmasında yarar vardır.

Ne yazık ki bizde yasada anılan önlemler mekanizmasını harekete geçirecek olan kamusal kuruluşlar eksiktir. Kaldı ki toplumda olayları ihbar edecek olan yurttaşlar gibi, bütün bu önlemleri alacak olan yargıçlar da çok çekimser bir tutum içindedirler. Yargıçlar, özdeyişlerimize, atasözlerimize bile yansımış olan tarihsel, toplumsal özelliklerimizin etkisinden olsa gerek, çocuğun "kol kırığının yen içinde kalmasını" yeğ tutarlar. Batıdaki gibi kamusal ve gönüllü çocuk koruma örgütleri de bulunmayınca, çocuğu güvenle emanet edebilecek kişiler ve kuruluşlar da bulunmaz kolay kolay.

Ana babanın çocuğa karşı yetersiz sorumluluğunu tamamlamak üzere, çocuğun kişilik haklarının ihlaline dayalı bir tazminat sorumluluğu önerilebilir. Özellikle çocuğun eğitiminin veya zorunlu tedavisinin engellenmesinde böyle bir tazminat sorumluluğu amaca uygun olur.

Ne var ki öğretilerde ve uygulamada çocukla ana baba arasındaki ilişkinin manevi ve duygusal niteliğinin bu gibi tazminat istemleriyle bağdaşmadığı görüşü yaygındır. Paternalizm ve romantizm kokan bu anlayış ne toplumsal gerçekliğe ne de hukuksal gerçekliğe uyar. Yasa ana babayla çocuk arasındaki ilişkiyi gerçekçi ve maddiyatçı bir yaklaşımla düzenlenmiş olup çocuğun ana babasına karşı maddi ve manevi tazminat istemlerine asla sırt çevirmemiştir.

10. Velayet ilişkisinin ötesinde çocuk aleyhine aksaklıklar ve eksiklikler

Velayet ilişkisinin dışında, ötesinde de rastlanır çocuk aleyhine olumsuzluklara, adaletsizliklere. İlk akla gelen, velayetten bağımsız "ana baba-çocuk ilişkisi" çerçevesinde aynı çatı altında oturma ve dayanışma bağlamında gündeme gelen işgücü sömürsüyle; bir de görüşme hakkının kötüye kullanılmasıdır. Ama yalnız bu konularda değil, aynı zamanda nesep ilişkileri alanında da adaletsizliklerle karşılaşır çocuk.

Eğer çocuğun çalıştırılmasında yardımlaşma ve dayanışma yükümünün sınırları aşılsa, örtülü (zımni) irade beyanlarıyla kurulmuş bir iş sözleşmesi hatta belki bir ortaklık sözleşmesi varsayılarak ya da bir haksız zenginleşme istemi (condictio ob rem) tanınarak çocuğa bir parasal karşılık sağlanmalıdır.

Çok daha duyarlı bir sorun, görüşme hakkının kullanılmasında ortaya çıkar. Velayete sahibolmayan ana veya baba çocukla makul ilişkiler içinde kişisel ilişki kurma haklarını kötüye kullanırlarsa ne olur? Unutulmasın ki bu ilişkilerde her değer ve bu arada ana baba hakkının üstünde tutulması gereken değer çocuğun yararidir; onun erincidir, esenliğidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi mad. 9 kuralı da vurgular bu gerçeği. Demek ki ana babanın genelde kutsanan çocukla görüşme hakkı ancak çocuğun yararı haklı kıldığı ölçüde kullanılabilir.

Çocuğun ruh ve gönül dünyasını sarsabilecek olan bir kişisel ilişki de evlatlık olarak başka bir aileye gitmiş olan çocuğun öz ana babasıyla ilişkileridir. Çocuğu öz ana babanın tacizine karşı korumak için evlat edinmenin öz ana babadan gizli tutulması (Adoptionsgeheimnis) çocuğu koruyucu bir önlem oluşturabilir. Ama unutulmasın ki bu gizlilik evlatlığın soy sopenü öğrenme (kimlik-) hakkı karşısında evlatlığa karşı söz konusu olamaz.

Boşanmadan sonra velayet kendisine verilmemiş olan eş, evlilik dışı çocuğun velisi olamamış olan ana ve velayet elinden alınmış olan ana veya baba da çocuklarını arada sırada görüp onlarla birlikte olmak isteyebilirler. Bu istek ana baba hakkının bir parçası olarak sıkıca korunmuştur da. (MK 148, 313; Umgangsrecht)

Şu da var ki "zorla güzellik", "bizzat ihhakı hak" olmaz. Görüşme hakkına sahibolan ana veya baba çocuğu kaçırıp onu alıkoyamaz. Bunun gibi, veli de çocuğu görüşme hakkı sahibinden kaçırılmaz. Görüşme hakkının kötüye kullanılmasında görüşme hakkı, velayetin kötüye kullanılmasında da velayet elden alınır.

Evlilik dışı çocukla görüşme hakkının bizde sadece anaya verilmesi ve babanın kendisine velayet verilmedikçe çocukla kişisel ilişki kuramaması doğru değildir. Nitekim yeni İsviçre MK 273/74 kuralları evlilik dışı babaya da çocuğuyla bir arada bulunup onunla görüşme olanağının kapılarını açmışlardır.

Çocuk hukukunda velayetten bağımsız olup son zamanlarda tartışılan sorunlardan biri de soyad sorunudur. Bilindiği gibi, sahih neseppli çocuk babasının, evlilik dışı çocuk da anasının soyadını taşır. Çocuğun kendisine isteği dışında dayatılmış olan bu adı haklı nedenler varsa sonradan değiştirme olanağı saklıdır. Hatta küçük yaşta evlatlık olmuş çocuk erginliğini kazandıktan sonra, herhangi bir haklı nedenin varlığını kanıtlamak zorunda kalmaksızın, öz ana babasının soyadına dönebilir.

Erkeğin adının aile soyadı olarak hem eşinin hem çocuğun soyadını belirlemesi, son zamanlarda, kadın erkek eşitliğine aykırı bir ataerkil kalıntı olarak karşılanır. Önerilen çözüm şudur: Eğer ana baba ortak bir aile adını benimsemişlerse (ki bu aile adı pekala ananın soyadından da oluşabilir) çocuk bu aile adını taşır. Eğer eşler aile adında anlaşamazlarsa, herbiri kendi soyadını korur; o zaman da ya çocuğa her ikisinin soyadı birlikte verilir, ya da çocuğun soyadında anlaşma aranır, bu anlaşma sağlanamazsa çocuğun soyadını saptama işini yargıç eşlerden birine verir. Önerilen bir başka çözüm de herbir eşin kendi soyadını koruması ve çocuğun da anasının soyadını taşıması yolundadır. Böylece boşanmadan sonra genelde çocuk anaya kaldığında çocukla anası arasında ortaya çıkabilecek sakıncalı soyadı farkı da önlenmiş olur. Ayrıca ananın soyadını alan evlilik dışı çocukla babanın soyadını alan sahipsiz çocuk arasındaki farklı soyadı rejimi de düzeltilip eşitlenmiş olur.

Eklemeli ki çocuk yalnız soyadı yönünden değil, vatandaşlık ve ikametgah yönünden de kural olarak babasına bağımlıdır bizde.

11. Özel olarak nesep ilişkileri düzeyinde çocuğa karşı haksızlıklar

Nesep ilişkileri düzeyinde de adaletsiz bir rejime tabi tutulur çocuk. Bu adaletsizliği aşip çocuğun çıkarlarını gereği gibi koruyabilmek için yapılacak çok şey vardır.

Bir kere, çocuk, soy sopunu öğrenme (kimliğini soruşturma) hakkı bağlamında, kendisine dayatılan nesebi red (ve bu arada nesep düzeltimine itiraz) hakkına kavuşturulmalıdır.

Yürürlükteki MK'da çocuğa nesebi red hakkı veren bir kural yoktur. Değişik İsviçre MK 256'da, eşlerin çocuğun erginliğinden önce yaşam beraberliğine son vermeleri koşuluyla çocuğa bu hak tanınmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi, yakın bir geçmişte, çocuğun nesebi red hakkını benzer bir koşula bağlayan Alman MK (BGB) hükmünü şu dikkate değer gerekçeyle Anayasaya aykırı bulmuştur: Çocuk ister on sekiz yıl hareketsiz kalmış olsun, ister anası ve onun kocası ile ortak bir yaşam sürdürmüş olsun, kimliğinin ve kişiliğinin ayrılmaz parçasını oluşturan gerçek genetik babasına bağlanma çıkarını yaşama geçirebilmek için kayıtsız koşulsuz nesebi red hakkına kavuşturulmalıdır. Sahih nesep karinesini yıkarak kendisini nesepsiz çocuk konumuna sokmadan genetik öz babasına gönüllü tanıma ya da zorla tanıma yoluyla bağlanamayacağına göre, doğaldır ve tutarlıdır bu çözüm. Ne ailenin erincinin bozulabileceği kaygısı ne de on sekiz yıl boyunca anasının kocasıyla birlikte yaşamış olan çocuğun on sekiz yıl sonra birdenbire nesebin reddine kalkışmasının iyilikbilmezlik oluşturabileceği

düşüncesi, çocuğun kişilik ve kimlik hakkıyla birlikte onun üstün yararı karşısında dikkate alınamaz.

Alman Anayasa Mahkemesinin ilginç kararı için bk. Zeitschrift für Familienrecht 1989, 255 ve NJW 1989, 891.

Eğer Alman Anayasa Mahkemesinin bu düşünceleri Türk hukuku için de geçerli sayılabilirse, bizde de çocuğa nesebi red hakkı ve bu arada nesebin düzeltilmesine itiraz hakkı bir an önce kayıtsız koşulsuz tanınmalıdır. (Ayrıca bk. Çocuk Hakları Sözleşmesi mad. 7)

Şunu eklemeli: Çocuğun nesebi red hakkı, özellikle kocanın ve ananın oluruna dayanan gönüllü, anlaşmalı heterolog döllemede kocanın ve ananın nesebi red hakkı olamayacağı için özel bir önem taşır.

Çocuğun kimlik hakkı olarak tanımlanabilecek "soy sopunu izleyip tanıma hakkı" karşısında genetik öz babanın kimliğinin kendisinden gizlenmesi olanaklı sayılamaz. Özellikle heterolog yapay döllemede özel bir ağırlık kazanır bu çocuk hakkı. Sperm vericisi yabancı, çocuğa karşı hukuki ve ahlaki sorumluluktan kaçamaz. Olasılı bakım ve yardım (hısımlık) nafakası istemleri açısından olduğu kadar, kalıtsal (ırsi) hastalıkları tanıma şansını elde etme açısından da yaşamsal önem taşır bu çocuk hakkı. Öyleyse, çocuğun, evlat edinildiğinde de, gerçek ana babasının izini sürme ve onları bulup ortaya çıkarma hakkı elinden alınmaz. Demek ki evlat edinme işleminin gizli tutulması (Adoptionsgeheimnis) ancak öz ana babaya karşı, sırf onlar çocuğu taciz etmesinler diye öngörülebilir. Yoksa çocuğun kimliğini, soy sopunu araştırma hakkına karşı çıkarılamaz bu gizlilik kuralı. Bu niteliğiyle iş hukukunda sadece işçi yararına uygulanıp işveren yararına işletilmeyecek nispi emredici kuralları hatırlatır gizlilik kuralı!

Aslında, evlat edinme hükümlerinde yapılması gerekli çok değişiklik vardır: Bir kere, bizde de evlat edinme işleminin çocuğun öz ana babasıyla ilişkilerini tümüyle koparıp onu salt evlat edinen(ler)e bağlayan "komple evlat edinme" (Volladoption) sistemine geçilmelidir. Sonra, üvey çocuğun evlat edinilmesinde çocuğun öz anasının veya babasının ortak velayeti benimsenmelidir. Bütün bunlardan da önemlisi şudur: Evlat edinme işleminin birtakım cinsel ve tecimsel amaçlara alet edilmemesi için birtakım ciddi önlemler alınmalıdır.

Nesep (Abstammung) hukukunda çocuk yararına reform bekleyen belki de en önemli alan evlilik dışı çocukların korunması alanıdır.

Ülkemizde evlilik dışı çocuğun konumunun düzeltilmesini, yasama Meclislerinin duyarsızlığını ve suskunluğunu bu Meclislerin yüzüne vurarak

sağlayan Anayasa Mahkemesinin bu yolda attığı üç önemli adım burada özel olarak anılmaya değer: Yüksek mahkeme, ilk aşamada (1981'de), zina ürünü çocuklara babalık davasının kapılarını kapayan MK 310 II kuralını iptal etti. Gerekçe, anayasal eşitlik ilkesine ve her çocuğun bireyselliğini (kişiliğini) oluşturup geliştirme hakkına aykırılıktı. Anayasa Mahkemesi, ikinci aşamada (1987'de), aynı gerekçelerle, babaları şu ya da bu yoldan saptanmış evlilik dışı çocukların evlilik içi çocuklarla eşit mirasçılık haklarına sahip olmalarını engelleyen MK 443 I 2 ve MK 443 II kurallarını iptal etti. Başka bir deyişle, babaya mirasçılığı, tanımaya veya kişisel sonuçlu (büyük) babalık hükmüne bağlı olmaktan çıkardı ve aynı zamanda çocukların tümüne birden, miras pastasından eşit porsiyonlar sundu. Nihayet, Yüksek Mahkeme, üçüncü aşamada (1992'de), erkeğin zinası ürünü çocukların tanınmasını engelleyen MK 292 kuralının bu bölümünü iptal etti.

Böylece ortaya çıkan hukuki tabloda, artık evlilik dışı çocukların sahil olmayan nesep bağıyla babalarına bağlanmaları kolaylaştırıldığı gibi, daha önemlisi, ister geniş kapsamlı "sahil olmayan nesep" bağıyla, ister sadece mütevazı doğal nesep bağıyla babalarına bağlansınlar, bu çocukların babalarına aynen sahil nesepli çocuklar gibi, tam (komple) mirasçı olabilecekleri de kabul edilmiş oldu.

Yargıtay HGK'nun bu gerçeğin altını çizen içtihadı için bk. Yargıtay Kararları Dergisi 1994, 1586. 1997 Şubatında, bir Yargıtay İBK ile bu içtihatı bağlayıcı güç kazandı (Bk. Hürriyet, 23.2.97)

Ama yine de kökünden kalkmış sayılamaz sahil nesepli çocukla evlilik dışı çocuk arasındaki ayırım. Özellikle velayet ve nafaka hukukunda süregelmektedir bu haksız ayırmacılık.

Velayet hukukundaki farklar velayetin ve malvarlığına ilişkin hakların kendiliğinden oluşmamasından başlar, veli olmamış babanın görüşme hakkının anılmamasına kadar uzanır. (MK 311-314) Nafaka hukukundaki farka gelince: MK 306 I/III kuralları yaşça ve tutarca sınırlı tutmuşlardır evlilik dışı çocuğun nafaka istemini. Oysa böyle bir sınırlamaya evlilik içi çocukta rastlanmaz. (MK 261)

Peki ne yapmıştır Parlamento diye sorulursa, Anayasa Mahkemesine ayak uyduracağım diye, 1990'da MK 443'ü değiştirmiş ve şu kılığa sokmuştur: "Nesebi sahil olmayan hısımlar nesebi sahil hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir."

Gelgelelim, bu yasa değişikliği, Anayasa Mahkemesinin 1987 tarihli köktenci kararının gerisinde kalmıştır. Şöyle ki "evlilik dışı çocukların baba

cihetinden mirasçı olabilmeleri, babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm südur etmiş bulunmasına mütevakıftır" diyen MK 443 | 2 kuralının Anayasa Mahkemesince iptaliyle, artık evlilik dışı çocuğun babaya mirasçı olabilmesi için tanıma ve kişisel sonuçlu (büyük) babalık hükmü gerekmez ve salt parasal sonuçlu küçük babalık hükmü (doğal nesep bağına tespit hükmü) bile tam mirasçılığa yeter iken, değişik MK 443 kuralı, tam mirasçılığı sadece tanımayla ve kişisel sonuçlu büyük babalık hükmüyle babalarına bağlanmış "gayri sahih nesepli" evlilik dışı çocuklara inhisar ettirmiş gözükmektedir. Özellikle kişisel sonuçlu büyük babalık davasının açılabilmesi ve bu yoldan sahih olmayan nesep bağına düğümlenebilmesi için yasada öngörölmüş olan anlamsız ve ağır koşullar (bir de fücur ürünü çocuğun tanınması yasağı) göz önüne getirilecek olursa (MK 310, 292), bu yasa değişikliğinin sakıncaları daha da belirgin bir görünüme bürünür.

Bu talihsiz yasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi kararını göstermelik bir göz boyamacasına çevirmemesi için, MK 443'teki "nesebi sahih olmayan" deyimini daha geniş kapsamlı "evlilik dışı" deyimine diye okumak ve böylece salt parasal sonuçlu küçük babalık hükmü elde etmiş evlilik dışı çocuğa da miras pastasından tam porsiyon ayırmak, anayasal eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Anayasal temel hakların ve ilkelerin (üstelik Anayasa Mahkemesince somutlaştırılmış biçimiyle) MK kurallarının yorumlanmasındaki üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir bu.

İyi ki yukarıda anılan 1994 yılı HGK kararında ve ardından 1997 yılı İBK kararında Yargıtay bu sağlıklı ve tutarlı yolu seçmiş, MK'un "nesebi gayri sahih" deyiminin Anayasanın üstünlüğü ilkesi ışığında "evlilik dışı çocuk" diye okunması gereğini vurgulamıştır. Böylece antidemokratik ve antisosyal bir eşitsizliğin son izleri de silinmiş ve salt parasal sonuçlu küçük babalık hükmünün de eksiksiz yasal mirasçılığa yeteceği görüşü kendisini kabul ettirmiştir.

Gelecekte gerçekleştirilecek olan ilk Medeni Kanun reformunda, nesebin reddi davasında babalıktan kurtarmaya yetmediği halde anlaşılmaz bir biçimde babalık davalarında babalıktan kurtarmaya yeten tüm savunmalar babalık çekişmesinin içinden çıkarılmalıdır. Gerçekten de bugün yürürlükteki hukuka göre nesebin reddi davasında "ben baba olamam" savına yetmeyen "ananın iffetsizliği" ve "çokluk defii" (exceptio plurium) gibi savların ve savunmaların babalık davasında "ben baba olamam" savunmasına yetebilmesi anlamsızdır. Hele tüm sonuçlarıyla büyük babalık hükmü elde edebilmek için babanın anayı iğfal etmiş olmasının şart koşulması (MK 310) düpedüz akıl ve insaf dışıdır.

12. De lege ferenda ve de lege lata yapılması gerekenlerin özeti

Son zamanlarda yurt dışında, aile hukukunun çocuk hukuku bölümünde köklü iyileştirmeler yapılmaktadır. Bu iyileştirmelerde belli başlı üç kalın çizgi göze çarpar: Birincisi, velayetin yürütülmesinde ana babaya eşit söz hakkı tanınmasıdır. İkincisi, velayet otoritesinin çocuktan yana yumuşatılmasıdır; bu bağlamda önemli işlerde çocuğun katılımının ve işbirliğinin sağlanmasıdır. Üçüncüsü de velayete kamusal müdahalenin yaygınlaştırılmasıdır. 1977 Avusturya, 1978 İsviçre ve 1980 Almanya reformları işte hep bu yöndedirler. Ne yazık ki ülkemizde bu yönde henüz yaprak kıpırdamamaktadır.

Batıdaki örneklerden esinlenilerek bir an önce gerçekleştirilmesi gerekli yasa reformunda şu noktalar hedef bilinmelidir: a. Kadın erkek eşitliğinin sağlanması. b. Evlilik dışı çocuğun evlilik içi çocukla her alanda aynı hukuki konuma getirilmesi. c. "Münhasıran şahsa bağlı hak" ve "ana baba hakkı" gibi geleneksel ve duygusal kavramların yüceltilmesinden vazgeçilip, "çocuk yararı" ölçütünün her düzeyde geçerli kılınması. d. Velayet hakkının tüm boyutları ile sınırlandırılması. e. Kendisini ilgilendiren işlerde çocuğun görüş bildirme (partisipasyon) ve olur verme (kooperasyon) haklarının genişletilmesi. f. Çocuğun kişilik hakkına ve özel olarak soy sopunu tanıma hakkına saygı gösterilmesi ve bu hakkın yeni dölleme tekniklerine karşı ve gerçek nesep ilişkilerini araştırıp ortaya çıkarma alanlarında duyarlılıkla korunması.

Bütün bu reformlar gerçekleştirilinceye kadar, Türk aile hukukçusuna düşen başlıca ödev, yorum ve kıyas tekniklerini sonuna dek zorlayarak, Medeni Kanunun yürürlükteki kurallarını Çocuk Hakları Sözleşmesinin gereklerine elden geldiğince yaklaştırmaktır.

13. Sonuç: Çocuk hakları için mücadelenin genel demokrasi mücadelesiyle bütünleştirilmesi gereği

Ailede ve evde ataerkil baba otoritesinin, keyfi buyrukların ve yasakların, ölçsüz engellemelerin ve sınırlamaların, zorlamaların ve yaptırımların çocukların ruh ve gönül dünyasındaki olumsuz, sakıncalı etkileri tıp ve eğitim biliminde apaçık ortaya konmuştur. Keyfi ve baskıcı otorite çocukta nevrozlara yol açmakta, kendisinden güçlü kişilere kesin bağımlılık eğilimleri, kendisinden güçsüz kişilere karşı da keskin saldırganlık eğilimleri geliştirmektedir. Genç nüfusumuzun yaklaşık dörtte üçünün çocuk yaşta (on sekizden küçük) olduğu varsanırsa, bu sakıncanın boyutları daha da çarpıcı bir görünüm alır.

Bu bilimsel gerçekler karşısında, hukukçuya düşen ödev ve sorumluluk da ağırdır. O, kararlı, dayanışmalı ve özverili bir mücadele vermelidir. Yasal planda düzeltmeler, iyileştirmeler yapılsın diye, yargısal düzeyde de çocuklardan yana cesaretli adımlar atılsın diye verilmelidir bu savaşım.

Şu da var ki salt hukuk planında verilecek savaşımlar ister istemez yetersiz kalır. Toplumda yaygın "hukuk tanımazlık" eğilimini bir yana bırakalım. Çocuğa yapılanlar kapalı kapılar ardında (kol kırığı yen altında) kalır. Sonra çocuk hukukunda kavramlar ve ölçütler alabildiğine soyuttur, kaypaktır. Sanki zorlayıcı olmayan ahlak ve görgü kuralları gibidir bu kurallar. "Çocuğun yararı" gibi kavramlar, "ölçülülük" gibi ilkeler ister istemez takdire alabildiğine açıktır. Birinin yararlı ve ölçülü gördüğünü, bir başkası zararlı ve ölçüsüz bulabilir. Hele bu konularda olumsuz yönde şartlandırılmış bir toplumda pek iyimser olamaz insan.

Bu gerçekler karşısında, çocuk hakları için mücadele toplumda yürütülen genel demokrasi mücadelesinden ayrı düşünülmemelidir. İşin başında eğitimcilerin eğitilmesi, ana babaların aydınlatılması, beyinlerin değiştirilmesi gelir. Eşitlik ve özgürlük ideolojisinden nasiplenmemiş, aydınlanmacılığın ışığını almamış, güçsüzü koruma sosyal anlayışını benimsememiş bir toplumda çocuk hakları mücadelesi ister istemez kısır kalır. Demokrasinin, laikliğin, sosyal devletin işlerlik kazanmadığı bir ülkede çocuk haklarının yaşama geçirilmesi hayal olur. Tıpkı kadın haklarının yaşama aktarılmasının da hayal oluşu gibi. Demokrasi ve laiklik kültüründe yetişmemiş, güçsüzden yana sosyal bakış açısını benimsememiş olan kişilerden asla beklenemeyecek bir şeydir çocuktan, hele kız çocuğundan yana, koruyucu, hoşgörülü, sevecen bir tutum! Sözün özü, tüm kurumlarıyla toplum demokratikleştirilmelidir ki bu kurumlarla birlikte aile de demokratikleştirilebilsin. Çocuk da antidemokratik, keyfi ve baskıcı tutumdan kurtarılabilir.