

Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi

Rona Serozan*

Medeni Kanunu tümüyle yenileme girişiminin genel olarak eleştirisi

Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu tüm yasaların anasıdır. Ne de olsa toplumsal yaşamın temel hukuksal örgüsü (sözleşme ve mülkiyet) bu iki ana yasayla dokunur.

Medeni Kanunun ta bin beş yüz küsur yıllık Roma hukuku kaynaklarına dek uzanan derin köklü bir tarihsel geçmişe dayanması ve başkaca yasalardan ayrılmı olarak bir "Kanunname" ya da "Külliyat" (code, Gesetzbuch) olarak adlandırılması boşuna değildir.

Toplumların tarihsel gelişim sürecinde Medeni Kanunlar pek özel bir yer tutarlar ve uzun süreli bir kalıcılık özelliği gösterirler. O kadar ki siyasal rejim değişikliklerinde bile bu temel yasalar yenilenmez. Nitekim 1804'ün Code Napoléon'u, 1900'ün BGB'si ve 1911'in ZGB'si sayısız siyasal rejim değişikliği görmüş geçirmiş, ama 2000'li yıllarda da özünü, karkasını korumuştur.

Medeni Kanunlar aynı zamanda her ülkede el üstünde tutulan ve en fazla okunan başucu kitaplardandır. Ne de olsa yurttaşı günlük yaşamında en fazla ilgilendiren nişanlanma, evlenme, boşanma, çocuk sahibi olma, miras bırakma, mirasçı olma, malik veya kiracı olma, iş kurma ve iş bulma gibi konulardaki kurallar bu kitaplarda yer alırlar.

Hiç kuşkusuz, günü geldiğinde, bu ana yasalarda da değişiklik kaçınılmaz hale gelebilir.

Nitekim on dokuzuncu yüzyıldan kalma İsviçre ZGB'sinin siyasal ve sosyal kabı yirmi birinci yüzyıl Türkiye'sine artık dar gelmeye başlamış ve yer yer çatlamıştır.

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Yalnız şu var: Böyle bir zorunlu değişiklik Anayasa değişikliğinden de zor kotarılır. İyi bir Anayasa değişikliğini gerçekleştirebilmek için iyi bir demokrat olmak yeterlidir. Ama iyi bir Medeni Kanun değişikliğini kotarabilmek için aynı zamanda çok iyi bir hukuk teknokratı olmak gerekir. Bu nedenle değişiklik tasarısını hazırlama işi her ülkede hukuksal formasyonu sağlam, vizyonu geniş, seçkin hukukçulardan kurulu, olabildiğince geniş, çok renkli, çok sesli bir bilimsel çevreye emanet edilir!

Bir başka nokta daha eklenmeli: Değiştirme operasyonunun önemi ve ağırlığı dolayısıyla, Medeni Kanun değişikliklerinde hep salt bölümsele iyileştirmelerle, düzeltmelerle yetinilir; yoksa toptan bir yenilemeye gidilmez. Hele madde numaraları asla değiştirilmez. Böyle bir değişiklik şehir cereyanını bir anda 220 volttan 110 volta düşürmeye ya da hukukçular arasına ses geçirmez cam örmeye benzer.

Bu arada toplumsal yaşamı derinden etkileyen bu temel yasalardaki bölümsele değişikliklerde toplumun her kesimine sesini duyurma olanağı verecek olan bir saydamlığın ve çoğulculuğun sağlanmasına özel bir özen gösterilir. Yanlış bir iş yapılabileceği kaygısı tüm çalışmaları izler. Ne de olsa, tarihsel ve anıtsal bir yapının yerine derme çatma bir kurguyla arabesk bir mozaik konmak istenmez. Güncel bir örnek verelim: F. Almanya'da son BGB değişikliği için 24 Komisyon raporu ve bu raporları toparlayan bir "genel rapor" ciltler halinde yayımlanmış; değişik görüşler yirmi yıl boyunca tartışılmıştır.

Ne yazık ki bizdeki son Medeni Kanunu yenileme girişimi Batı'da alışılmış yöntemle hiç uymamıştır. Yapılan iş, on yıllar öncesinin İsviçre Medeni Kanununu arada değiştirilen ve çoğu da arada geçen sürede yine eskimiş olan kurallarıyla, yeni baştan çevirmek olmuştur. Bu çeviri de geniş ölçüde kapalı kapılar ardında gerçekleştirilmiş; yasa düpedüz bir oldu bittiyle yürürlüğe sokulmuştur. Sözün özü, bırakınız mükemmeliyetçiliği, ne ciddiyete uyulmuştur ne de demokratik saydamlığa ve çoğulculuğa!

Varsayalım ki 1920'lerin özel koşullarında İsviçre Medeni Kanunundan alelacele sözcüğü sözcüğüne "aynen" çeviri yapma (kopyalama) ve yasayı bir oldu bittiyle yürürlüğe sokma kaçınılmazdı. Ama 2000'lerin Türkiye'sinde geçerli koşullar ve eldeki birikim (potansiyel) çok farklıydı. 1920'lerin olağanüstü yönteminin taklit edilmesine hiç mi hiç gerek yoktu.

Hele İsviçre'nin Avrupa Birliği'nin hızlı gelişme sürecinin dışında kalmış muhafazakar bir ülke olduğu anımsanırsa, yapılan işin yanlışlığı daha da fazla göze batar. Gerçekten de çeviri yoluyla aktarılan yasa, kadın haklarıyla, çocuk haklarıyla, vesayet rejimiyle, örgütlenme özgürlüğüyle Avrupa Birliği kazanımlarının çok gerisinde kalmış bir yasadır.

Avrupa'da bunca model varken ve 1926'dan bu güne özgün bir Türk hukuk öğretisi ve uygulaması oluşmuşken, bu kaynakları hiç dikkate almaksızın ve özgün bir değişiklik üretmeyi hiç düşünmeksizin, salt İsviçre Medeni Kanununa saptanmak anlaşılacak gibi değildir. İşin acı yanı, "Genel Gerekeçe"de bunun herhangi bir açıklamasına da rastlanmaz. Oysa 1926'da İsviçre yasasının benimsenmesinin köklü ve tutarlı Gerekeçesine pekala yer verilmiştir.

Gerçi resmi ağızlar sık sık "özgün bir yasanın hazırlanmış olduğunu" ileri sürmektedirler.

Ama yasa Almanca'ya çevrilerek bir İsviçreli hukukçuya okutulacak olursa, bu kişinin yasaya özgün bir yasa gözüyle bakmayıp, İsviçre yasasının oldukça başarısız bir kopyası gözüyle bakacağına hiç mi hiç kuşku yoktur. Arada sırada göndermede bulunulan 1984 Öntasarısı da aslında İsviçre Medeni Kanunu'ndan devşirmedi.

Çok acıdır: Nerede özgünlük (aslında komisyon üyelerinin şahsiyetçiliği) uğruna yasanın İsviçre aslından ayrılıp sapma olmuşsa, orada vahim eksiklikler ve aksaklıklar ortaya çıkmıştır. Özellikle soybağı hukukunda, miras hukukunda, teminat hukukunda, paylı maliklerin yararlanma anlaşmalarının ve aile konutunun yerli yersiz serhinde yapıldığı gibi. Bu da yasa hazırlığının ne denli ciddiyetten ve bilimsellikten uzak bir yaklaşımla yürütülmüş olduğunu gösterir.

Daha da acıklısı: Yasanın özgün bir Gerekeçesi bile yoktur. Hatta "edinilmiş mallara katılma" rejiminin yasal rejim olarak benimsenmesinin gerekeçesi bile salt İsviçre'de bu rejimin yasal mal rejimi olarak öngörülmüş olması diye gösterilmiştir. Oysa bilindiği gibi İsviçre bile bu rejimden yaka silmektedir. İsviçre ile ekonomik, sosyal ve kültürel ayrılıklarımıza karşın, niçin (örneğin daha pratik Alman yasal mal rejiminin değil de) ille bu karmaşık İsviçre rejiminin toplumumuza dayatıldığını merak edenlerin karşılaşacağı yalınkat ve sözüm ona gerekeçe, bu mal rejiminin İsviçre'de yasal mal rejimi olarak benimsenmiş olmasından ibarettir!

Dili sadeleştirme gerekeçesinin koskoca Medeni Kanunu yenilemenin gerekeçesi olamayacağı açıktır. Eğer böyle olsaydı yürürlükteki tüm yasalarımızı yenilemek gerekirdi. Kaldı ki 1926 Medeni Kanunu'nun dil yanlışları yüzlerce hukukçunun çalışmalarıyla geniş ölçüde düzeltilmiştir. Şimdi 2002 Medeni Kanunu'nun dil yanlışlarını düzeltmek için kaç yüz hukukçunun kaç yıla ihtiyaç duyacağı doğrusu meraka değer. Şuracıkta sadece yükümlülük, hukuka ve hakkaniyete göre karar, ayırt etme gücü, eklenti, hukuki ürün gibi yanlış ve kulak tırmalayıcı sözcükleri anlamakla yetinelim. Ciddi yorum sorunlarına sürükleyebilecek dilbilgisi yanlışlarını ve sentaks sorumsuzluklarını da görmezlikten gelinebilir.

Yasanın evrensel demokratik kriterler karşısındaki konumuna gelince: Bilindiği gibi, bir Medeni Kanunun demokratik niteliğinin parametresi kadın ve çocuk hakları, örgütlenme özgürlüğü ve vesayet karşısında aldığı tavidir. Bu açıdan yeni yasaya baktığımızda karşılaştığımız görüntünün pek iç açıcı olduğu söylenemez.

Kadın haklarında mal rejimiyle sağlanan göreceli iyileştirme evli kadınlarımızın büyük çoğunluğu için, Yürürlük Kanunu mad. 10 kuralı ile fiilen kağıt üstünde bırakılmıştır. İlginçtir, bu ayrımcılık şimdi Anayasa Mahkemesi'nin önünde anayasal eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinin denek taşına vurulmayı beklemektedir.

Yeni Medeni Kanunun çocuk haklarıyla ilgili düzenlemesini ileride özel olarak ele alacağız. Ama şimdiden söyleyelim: Bu alanda da Medeni Kanun çocuklarımızı düş kırıklığına uğratmıştır.

Derneklerle vakıflar konusundaki düzenlemeye gelince: 1980'in askeri yönetiminden miras kalmış otoriter Dernekler Kanununun yaklaşık elli kuralının Medeni Kanuna monte edilmesi (ne acıdır ki bu sakıncalı montaj, sonradan, madde numaralarının değiştirilmeyip, Batı'da yapıldığı gibi maddelere harf eklenmesi yoluna başvurulmasının olanaksızlığına bahane olmuştur), bu arada derneklerin üst kuruluşlar oluşturmalarının sınırlandırılması, çocuklardan dernekleşme özgürlüğünün esirgenmesi, derneklerin uluslar arası etkinliğine sınırlamalar getirilmesi, mülki amire derneklerin kuruluşunda ve vakıfların faaliyetten alıkonulmasında olağanüstü yetkiler verilmesi, vakıflara ilişkin antidemokratik kuruluş yasakları ve antidemokratik denetim, yeni yasanın demokrasi çitasını hangi düzeyde tuttuğunu gösterir.

Vesayete gelince: Bilindiği gibi İsviçre'nin vesayet sistemi siyasal ve ekonomik amaçlarla kötüye kullanılmaya elverişli otoriter bir sistem olarak sık sık eleştirilmiş bir sistemdir. Üstelik kantonal yapısıyla bu kamusal sistem bizim üniter devlet yapımıza hiç uymaz. F. Almanya'da 1992'de gerçekleştirilen vesayet hukuku reformuyla, kısıtlama (Entmündigung) yerine benimsenen ve gözetilenin ancak belli işlerinde gözeticiye temsil yetkisi verip, gözetilenin işlem ehliyetini sınırlamayan, insan haklarına çok daha saygılı "gözetim" (Betreuung) sisteminin hiç dikkate alınmaması da yeni Medeni Kanunu hazırlayanların demokrasi anlayışlarının bir başka göstergesidir.

Yeni Medeni Kanunun Çocuklara İlişkin Düzenlemesinin Eleştirisi

Yeni Medeni Kanun'un soybağı hukukuna ve çocuk haklarına ilişkin düzenlemesini düzayak, yalnızca bir kurallar dizisi içinde sıralamaktansa, bu düzenlemeyi eleştirel bir yaklaşımla değerlendirmenin, yasanın olumlu ve olumsuz yan-

larını ayrı ayrı ele almanın iki yararı olacaktır: Biri açıklamaları daha ilginç ve öğretici kılmasıdır; öteki de yasanın yenilenmesiyle ilgili karşılaştırmalı bir aktif – pasif bilançosu çıkarmaya yardımcı olmasıdır. Hukukun kuramcısından beklenen de herhalde yalnızca bir "çetele" çekmek değil, bir "eleştiri" çıkarmak olsa gerek.

Bir kere şu nokta iyi bilinmeli: Yeni Medeni Kanun'da çocuklarla ilgili kuralların iyileştirilmesi, İsviçre'de bundan çeyrek yüz yıl önce gerçekleştirilmiş olan reforma dayanır. Yeni kuralların bir iki ayrık dışında tümü İsviçre'den iktibas edilmiştir. Oysa İsviçre'de bu kuralların çoğu 2000 yılının başında yerlerini 1998 reformuna dayanan daha olumlu yeni kurallara bırakmışlardır. Bu yeni kurallar tümüyle göz ardı edilmiştir.

Niçin salt eski İsviçre yasasının sözcüğü sözcüğüne çevirisiyle yetinilmiştir de kapısını sürekli çaldığımız Avrupa Birliğine üye ülkelerin yasalarına ve yerli bilimsel kaynaklara göz atılmamıştır sorusu burada ister istemez karşımıza çıkar.

Çarpıcı bir paradoks: Hangi kuralda (özgünlük uğruna değil de sırf şahsiyetçilik uğruna) İsviçre aslından farklı bir düzenleme yapılmasına kalkışılmışsa, orada tutarsızlığa düşülmüştür. Nesebin sonradan evlenmeye iyileştirilmesinde ve evlat edinmede yapıldığı gibi.

İsviçre'den aktarılmış olumlu değişiklikleri birer satırla kısaca özetleyelim. Hemen ekleyeyim ki buradaki olumluluk yargısı kişisel, öznel bir değer yargısına değil, bakışlarını Batı'ya çevirmiş hukukçular arasında oluşmuş geniş bir "consensus"a dayanmaktadır.

Yargılama sürecindeki iyileştirmelerden, "artılardan" başlayalım:

Soybağı davalarında davalının yerleşim yeri mahkemesine öncelik veren ana yetki kuralına (forum domicilii) ayrık tanınarak, davanın davacı ana ve çocuğun doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilmesinin öngörülmesi (m. 283).

Soybağı davalarında özel hukuk yargısında geçerli "serbest tasarruf" (Disposition) ve "müzakere" (Verhandlung) ilkeleri yerine, "kamusalılık" (Offizial) ve "re'sen araştırma" (Untersuchung) ilkelerinin (Maxime'lerinin) benimsenmesi. Bu arada soybağı uyumsuzluklarında bilimsel tahlillere katılma yükünün, yüküme uymaktan kaçınan aleyhine bir "fiili karine" yaratılmak suretiyle, ölçülü ve süzme bir yaptırımla pekiştirilerek öngörülmesi (m. 284).

Soybağı davalarındaki sürelerin tümünün uyumlu bir biçimde 1 – 5 yıla çıkarılması. Davacı çocuk için de bu sürenin erginlik yaşından başlatılması (m. 289, 300, 303, 319).

Maddi hukuk alanındaki olumlu yenileştirmelere gelelim:

Evlilik içi – dışı çocuk ayrımının kaldırılıp, tektür, düzgün ve sağlıklı soybağının anayla evlilikle, tanımayla, evlat edinmeyle ve yargıç hükmüyle oluşturulması (m. 288).

Bu bağlamda, küçük ve büyük babalık davaları arasındaki akıl dışı ve aynı zamanda ahlak dışı ikiliğin kaldırılması. Ancak anayı iğfal edecek kadar tıynetisiz bir erkeğin tüm kişisel sonuçlarıyla babalığına hükmedilebilirken, babalık hükmünün kural olarak ancak nafaka babalığına yol açabilmesindeki anlamsızlığın ortadan kaldırılması.

Tanıma formalitesinin basitleştirilmesi; işlemin re'sen düzenlenecek resmi senet ve ölüme bağlı tasarruf şeklinin yanısıra, nüfusa bildirimle de gerçekleştirilebilmesi (m. 295).

Fücur (ensest) ürünü çocukların tanıma yoluyla babaya bağlanabilmesindeki engelin kaldırılması. Hafifmeşrep bir kadının çocuğunun babaya dayatılmaması anlayışını yansıtan soyut ve somut çokluk definin (exceptio plurium'un) yasadan çıkarılması.

Çocuğa nesebini ret hakkı tanınması (m. 286). Üstelik bu hakkın İsviçre'deki (ZGB 256 bent 2'deki) gereksiz koşuldan arındırılarak en geniş kapsamda tanınması. Dahası, bu hakkın erginlik sonrasına kadar canlı tutulması (m. 289).

Böylece çocuğun anayasal ve sözleşmesel "kimlik hakkına", yani soyunu sopenü tanıma hakkına, bu bağlamda da sonradan genetik, öz babasına bağlanma şansına kavuşturulması.

İlginçtir, çocuğun bu hakkı F.Almanya'da Anayasa Mahkemesi kararıyla pekiştirilmiştir. İsv. FM de BM ÇHS'nin iç hukukta doğrudan uygulanma gücüne sahip ayrık iki kuralından biri olarak çocuğun bu hakkını kabul etmiştir. (Ötekisi çocuğun görüş bildirme suretiyle katılım = partisipasyon hakkıdır.) Ama buna karşın İsviçre'de ZGB 256 bent 2'de yer alan çocuğun nesebi ret hakkına ilişkin sakıncalı sınırlama bir türlü aşılamamıştır. İyi ki bizde aşılmıştır.

Bilançonun artılar hanesine kaydedilecek olumlu noktaları saymayı sürdürüelim: Öğretinin sahih neseb karinesinin yadırgatıcı sonuçlara yol açtığı durumlara, özellikle karineler çakışmasına ve gaiplik çıkmazına ilişkin önerilerine uyulması (m. 285, 290).

Yalnız bu arada gaiplik hükmünün evliliği eo ipso çözmeyi öngören ve böylece gaiplik çıkmazını daha da kısaltabilecek olan yeni ZGB 38 III kuralı, herhalde bu kural 2000 tarihli çiçeği burnunda bir kural olduğu için gözden kaçmıştır.

Artılardan söz ederken, araç içinde kalsa da bir eksik ve eksikliğe değinmeden geçemeyeceğim: Evlilik içinde doğum karinesiyle ilgili asıl sakıncalı ihmal başkadır. O da şudur: **Evlilik içinde doğum karinesinin evliliğin ölümle sona ermesinden sonra daha üç yüz gün ayakta tutulması inandırıcı sayılsa bile** (eşler ölümden kısa bir süre önce cinsel ilişki kurmuş olabilirler), bu karinenin evliliğin boşanmayla ve iptalle (biraz önce belirtildiği gibi, şimdi İsviçre'de gaiplik hükmüyle de) sona ermesinden sonra daha üç yüz gün ayakta tutulması (yeni MK 285), hiç de inandırıcı sayılamaz. Eşler boşanma veya iptal davasından kısa bir süre önce cinsel ilişki kurmuş olamazlar. Nitekim yeni ZGB 255 kuralına göre (argumentum e contrario), boşanma, iptal ve bu arada gaiplik hükmünden sonra doğum evlilik dışı doğum sayılır.

Bizde evlilik içinde doğum karinesinin boşanma ve iptal yoluyla yargısal çözüme sonrasında da korunmasının hikmetini anlamak doğrusu zordur.

Ayracı kapatarak, olumlu puanı hak eden MK değişikliklerinin dökümüne kaldığımız yerden devam edelim:

Evlat edinmenin çocuk sevgisini tatmin ihtiyacına uymayan çağdışı ve anlamsız koşullarının kaldırılması, sözgelişi, düzgün soybağlı altsoyun varlığının artık evlat edinmeye mutlak ve genelgeçer bir engel sayılmaması.

Buna karşılık, evlat edinmenin geçici bir heves uğruna amacından saptırılmasını ve hüsrarla sona ermesini engelleyecek yeni koşulların, sözgelişi küçüklere bir yıl, erginlere beş yıl bakma koşulunun (kimilerince haksız ve yakışsız olarak denemeli satımdaki deneme süresine benzetilen bir deneme süresinin) ve çok sıkı, çok ayrıntılı bir yargısal araştırmanın öngörülmesi. Evlatlık adayının üstün yararının gözetilmesi ilkesinin her fırsatta vurgulanması (m. 305 i.s., 313, 316).

Evlat edinme işlemlerine aracılığın denetim altına alınması (m. 320). Evlat edinmede küçüğün, erginin ve üvey evladın, tek kişi tarafından veya birlikte evlat edinilmesi olgularının, birbirinden ayrımlı özelliklerine yakışır biçimde, değişik gereklere bağlanması (m. 307, 313).

Soybağına bağlanan hukuki etkiler (sonuçlar) alanındaki olumlu yeniliklere gelince:

Evlilik dışı çocuğun velayetinin anası tarafından eskisi gibi yargıç kararıyla değil de kendiliğinden (doğumla) kazanılması (MK 337). Böyle bir çocuğun, tanıyan veya babalığına hükmedilen babanın soyadını değil de evli olmayan anasının soyadını taşıması (m. 321). Unutulmasın ki babasıyla ilişkilerini yoğunlaştı-

ran çocuğun sonradan haklı nedenle babasının soyadını alması olanağı her zaman saklıdır.

Çocukla yakınları arasındaki kişisel ilişkilerin (karşılıklı ziyaret olanaklarının) çocuk yararını gözeten bir yaklaşımla ayrıntılı biçimde düzenlenmesi (m. 323 – 326).

Bakım nafakasının (ki çocuk için yardım nafakasından daha elverişlidir) erginlik sonrasında da istenebileceğinin hükme bağlanması (m. 328). Üvey çocuğa bakma yükümlününün açıkça öngörülmesi (m. 338). Bakım nafakasının eylemli olarak (gerçekten de) elde edilmesinin sağlam güvencelere bağlanması (m. 332 – 334).

Bakım nafakasından söz açılmışken, şu noktayı da eklemeli: Bakım yükümlünü, ana baba, aralarındaki mal rejiminden soyut ve bağımsız olarak, evlilik birliğinin genel hükümleri bağlamında, güçleri oranında birlikte üstlenirler (MK 185 II, 186 III, 327 I). Boşanmadan sonra da durum değişmez, velayet kendisine verilmeyen eş, egücü oranında "iştirak nafakası" öder.

Bilindiği gibi, bakım nafakasının tutarını çocuğun gereksinimleri ile ana babanın gücü belirler. Bu arada Batı'da ana babanın gelirinin yüzde yirmisine kadar çıkılırken, bizde de, tıpkı semerelerin karşılanmasında elde edilmesi saksaklanmış semerelerin esas alınması gibi, elde edilmesi saksaklanmış gelirin esas alındığı dikkati çeker.

Velayetin çocuğun üstün çıkarıyla ve görüşünü alma zorunluluğuyla sınırlanması (m. 339).

Kısıtlının yaşına bakılmaksızın önemli işlerde görüşünü bildirme hakkına kavuşturulması (m. 450). Bu iki yenilik de çocuk ve kısıtlı haklarının demokratik yönde geliştirilmesi bakımından övgüyü hak eder.

Velayetin yürütülmesinde anaya da babayla eşit söz hakkı tanınması. (m. 336) Ana babanın çocuğu temsil yetkilerinin birlikteliğinin (temsil kilidinin) alışveriş yaşamının akıcılığına zarar vermemesi için, çocuğu tek başına temsil eden kişinin iyi niyetli üçüncü kişiye karşı eşinin de oluruyla hareket ettiğinin (temsil yetkisine güvenin) varsayılması (m. 342). Ekleyelim ki biz sadece küçük tazminat sorumluluğunu değil de, doğrudan doğruya büyük "işlemsel ifa sorumluluğunu" davet eden bu "görünüşte temsil yetkisi" (Anscheinsvollmacht) çözümünü ananın kocasının muhalefetine karşın çocuğu yararına kotardığı işlemlerde eski rejim çerçevesinde de benimsemekteydik (Bk. Serozan, Çocuk Hukuku N 256).

Şunu da eklemeli: Bu "görünüşte temsil" çözümünü İsviçre'de 2000'den beri evlilik dışı birliktelikte de olanaklı ortak velayet için de geçerlidir. Bizde ise evlilik dışı birliktelikte ne yazık ki ortak velayet benimsemediği için ister istemez geçerli değildir.

Ananın veya babanın tek başına kotardığı işlemlerde çocuğu işlemle bağlı tutmanın çocuk için sakıncalı sonuçlar doğurabileceğinden kaygı duyulmamalıdır. Ne de olsa, çocuğun yararına aykırı düşebilecek olan (kapsamlı ve sakıncalı) işlemlerde üçüncü kişiyi iyi niyetli saymayıp çocuğu bağıllıktan kurtarma olanağı her zaman saklı kalır.

Çocuklarla ilgili kurallardaki "eksilere", eksikliklere ve aksaklıklara gelince: Soybağının oluşturulmasıyla başlayalım:

1) Bilindiği gibi, çocuk gereksinimini yapay yoldan karşılamının bir aracı evlat edinmeye, bir başka aracı da yapay döllemedir. Yapay dölleme yasa koyucunun gündemine en az evlat edinme kadar ağırlıkla oturmuştur. Durum böyle olduğu halde, ne yazık ki yeni Medeni Kanun'da çocukla ana baba arasında soybağının oluşması konusunda yeni yapay dölleme tekniklerinin ortaya çıkardığı sorunlara çözüm getirilmesi saksaklanmıştır.

Doğal döllemenin yanısıra, yapay dölleme o denli göz ardı edilmiştir ki babalık karinesi konusundaki MK 288 ile 302 kurallarında, hem doğal hem yapay dölleme olgularını kucaklayan bir üst kavram olarak, kritik dönemde "dölleme" kanıtı yerine hala salt doğal döllemeye özgü eski "cinsel ilişki" kanıtına yer verilmiştir.

Çözünsüz bırakılan sorunlar ise şunlardır: Acaba sperm vericisinin kimliği gizli tutulabilir mi? Eğer kimliği saptanabilirse, sperm vericisine karşı babalık davası açılabilir mi?

Ölüm sonrası (post mortal) yapay dölleme olasılığında baştan şarta bağlı tanıma ve eğer böyle bir gönüllü tanıma gerçekleştirilmezse, sonradan çocuğu zorla tanıttıcı babalık davasına olanak tanınabilir mi? Çözümü "Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği" benzeri yönetmeliklere, hatta özel yasalara bırakılmayacak ağırlıkta sorunlardır bunlar.

Dikkat çekicidir: Yapay dölleme fobisi içinde, İsv. MK 256 III kuralının kocaya heterolog yapay döllemeye olurunu verdikten sonra çocuğun nesebini reddetme yolunu tıkayan hükmünün alınması bile saksaklanmıştır (Bu konuda bk. Serozan, Çocuk Hukuku, N 162).

Kocanın olası çelişkili davranışına, hakkını kötüye kullanmasına ve adeta baş-

tan evlat edindiği çocuğu sonradan dışlamasına kapıları ardına kadar açabilecek olan bu düzenleme boşluğu çok sakıncalıdır.

Bu yaklaşımda cinsei ahlaka ilişkin kaygıların etkili olduğu anlaşılmaktadır (Bk. Akıntürk, Aile Hukuku, s. 337). Oysa çocuğun üstün yararı karşısında ahlaki kaygılar her zaman geri çekilirler. Çocuk hukukunun başat, kutsal ilkesidir bu. Nitekim ahlaki kaygılarla öngörölmüş olan ensest ürünü çocukların tanınması yasağı da salt çocuk yararının üstünlüğü ilkesinin ışığında yakılıp kaldırılmıştır.

2) Çocuk ister evlilik sona erdikten sonra doğmuş olsun, ister evlilik başlamadan önce doğmuş olsun, onun soybağı rejiminin özünde fark olmamalıdır. Durum böyleyken, sonradan evlenmeye soybağı oluşturmanın İsviçre'de (ZGB 259'da) olduğu gibi tanıma sürecinde gerçekleştirilmesinden vazgeçilip, eski "nesep tashihi" anlayışıyla ve nüfus memuruna beyanla gerçekleştirilmesi (MK 293) bu mantıksal doğrudan ve evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocukları eşitleyen çağdaş sistemden tutarsız bir sapmadır. Gerçi tanıma da yeni yasada aynı şekilde nüfus memuruna beyanla kotalanabilmektedir. Dolayısıyla pratik sonuç aynı kapıya çıkmaktadır. Üstelik nesep bildirimine ilişkin bildirim, tanıma bildirimi gibi kurucu yenilik doğurucu bir işlem olmayıp, salt açıklayıcı bir formaliteden ibarettir. Bütün bunlar ilk bakışta hep çocuk yararına gözükmektedir. Ama şu nokta gözden kaçmıştır: Tanıma adı bile yakışıksız "nesep tashihi" gibi çocuğu aşağılayıcı bir soybağı işlemi değildir. Üstelik böyle bir tanımanın iptalini (bizde düzeltim itirazı) İsviçre'de (ZGB 259 gereği) ancak ana, kocası ve çocuk isteyebilirken, bizde her ilgili isteyebilmektedir (MK 294). İsviçre'den bu yersiz sapmanın gerekçesini arayanlar tutanaklarda bu konuda hiçbir ipucu bulamayacaklardır.

3) MK 291, 294 ve 298 kurallarında, soybağıyla ilgili "nesebin reddi", "nesebin düzeltilmesine itiraz" ve "tanınmanın iptali" davalarını açma hakkı, ölmüş kocanın tüm mirasçılara tanınmıştır. Oysa soybağı davaları genelde ancak nesep değişikliğinde özel manevi kaygıları bulunan ve çocuğun esenliğiyle erincini gözetken yakınların müdahalesine açık tutulur. Yoksa parasal miras çıkarlarını kovalayanların değil. Gerçekten de nesebi ret, nesebin düzeltilmesine itiraz ve tanımanın iptali davaları gibi kişiye sıkı biçimde bağlı bir hakkı kullanmanın miras hesaplarına alet edilebilmesi sakıncalıdır; hele bizim maddiyatçılığa hiç de sıcak bakmayan törelerimize hiç uymaz.

İsviçre'de bile, davacı sıfatı, çocukla birlikte ya da çocuğun ardından mirasçı olabilecek tüm kişilere değil de, ancak kocanın anasına ve babasına inhisar ettirilmiştir. Ne de olsa, onların, ailenin erincini ve çocuğun çıkarlarını her değer

üstünde tutacak bir olgunluğa erişmiş oldukları düşünülmüştür (ZGB 258). Kalı ki bu kişilere bile davacı sıfatını tanımayı doğru bulmayanlar vardır. Durum böyleyken, çocuğun dışlanmasına yol açabilecek bu tinsel ağırlıklı davaların davacılarının çerçevesini kocanın tüm altsoyunu kapsayacak biçimde genişletmek doğrusu anlaşılacak bir tutum değildir (Bk. Serozan, Çocuk Hukuku, N 166 ve N 194).

Dahası: Nesebin düzeltilmesine itiraz (MK 294), tanımanın iptali (MK 298) ve evlat edinme işleminin iptali (MK 318) davalarını açma olanağı, soybağı davalarında her yerde çoktan devre dışı bırakılmış olan savcıya da tanınmıştır. Oysa, bilindiği gibi, savcıya nesep davalarına müdahale etme hakkını veren anlayış, Batı'da ırkçılığın izdüşümü olarak değerlendirilir.

Gerçi İsviçre'de de belde yönetimleri (Gemeinde, commun) tanımayı ve evlat edinmeyi iptal ettirebilirler. Ama bunu sırf beldeyi "tanıma" ve "evlat edinme" işlemleri yüzünden kendisine yüklenebilecek olası sosyal sigorta külfetlerinden kurtarmak için yani beldenin maddi çıkarı uğruna yaparlar. Kamusal yararın bekçisi savcının böylesine bir maddi çıkarı kovalaması İsviçre'de hiç kimsenin aklına gelmez. Bizde de gelmemeliydi.

4) Evlat edinme işlemi her Batı ülkesinde evlatlığın eski ailesiyle, yani öz ana babasıyla ilişkisini koparır, evlatlığı tümüyle evlat edinen(ler)e bağlar. (Art. 267 II ZGB, § 1755 BGB: Volladoption, adoption pléniere, plena adoptio) Evlatlık evlat edinen(ler)in öz çocuğu gibi sayılınca da bu ilişki ister istemez haklı nedenle çözülemez bir ilişki olur.

Bizde bu sistemin gözardı edilip, çoktan terkedilmiş çağdaş ikili sisteme, yani evlatlığın hem öz ana babanın hem de evlat edinen(ler)in çocuğu sayılması anlayışına bağlı kalınması sakıncalı olmuştur (m. 500).

Bir kere bu tutum, başta evlat edinme ilişkisinin sonradan ortadan kaldırılması (bu olanak sözleşme karakteri yerine "décret" karakteri kazanan evlat edinmede ortadan kalkmıştır artık) ve evlenme engellerinin niteliği (evlatlıkla evlenme kesinlikle yasaktır artık) konularında olmak üzere birçok konuda ortaya uyumsuzluklar çıkarmıştır.

Ama asıl olumsuzluk evlat edinenler açısından. Onlar malvarlıklarının evlatlıklarının öz ailesine geçebileceği kaygısı içinde yaşayacaklardır. Rahatsız edici bir huzursuzluk kaynağıdır bu. Üstelik onlar eskisi gibi mirastan ıskatı haklı kılabilecek nedenlerin varlığı durumunda bile evlat edinme ilişkisini sona erdiremeyeceklerdir. Yeni sistemde artık evlatlığın evlat edinene mirasçı olamaması da anlaşmayla öngörölemeyeceği için, bu çarpıklık adamakıllı göze batar. Dahası

var: Yeni sistemde öz çocuğu olanın da evlat edinmesi olanaklıdır. Böyle bir olasılıkta ancak tek kökenli mirasçı olabilen öz çocuk ile çift kökenli mirasçı olabilen evlatlığın arasındaki eşitsizlik kardeşleri birbirine düşman edebilir.

Yabancı bir yasadan kural aktarımı yapılırken en başta dikkat edilmesi gereken nokta, sistem uyumunun korunmasıdır. İki değişik sistemden bir karma oluşturmaya çalışılırsa ortaya özgün bir sentez çıkmaz, derme çatma arabesk bir mozaik çıkar.

Öte yanda, yeni yasada üvey çocuğun evlat edinilmesindeki kimi özellikler gözden kaçırılmıştır. Bilindiği gibi, eşlerden biri, en az iki yıldan (İsviçre'de 1998 reformundan ve 2000 Ocağından beri en az beş yıldan) beri evli olmaları koşuluyla diğerinin çocuğunu (üvey evladı) tek başına evlat edinebilir. Eşlerin ancak birlikte evlat edinebilecekleri kuralının doğal, mantıklı ayrığıdır bu! (MK 306 III).

İşte böylesi ayrıksı bir durumda, bir kere, üvey çocukların yeni bir evlilik kurmanın heyecanıyla ve geçici bir hevesle, sırf yeni eşin hatırına evlat edinilmelelerinin sakıncalarına karşı İsviçre dışında rastlanan özel önlemlerin alınması savsaklanmıştır (Örneğin, iki yıllık sürenin İsviçre'de bile ZGB 264 a III kuralında niçin 1998 reformu sırasında beş yıla çıkarıldığı konusunda hiç düşünülmemiştir).

Sonra, bu ayrıksı durumda üvey çocuğa ilişkin velayetin evlat edinen kişiyle birlikte, aynı zamanda onunun MK 314 I gereği ister istemez velayeti yitiren öz ana veya babaya da "istisna" olarak tanınması düşünülmemiştir. Oysa İsv. MK 267 II kuralında bu gibi özel durumlarda öz çocuğunu mantiken evlat edinemeyen ve velayeti de yitirebilecek olan öz anaya ya da öz babaya da evlat edinen kişiyle birlikte velayet sorumluluğunu paylaşma olanağı verilir (Bk. Serozan, Çocuk Hukuku N 206).

Yeni MK 314 kuralı, 12 Eylül askeri yönetiminin dayattığı "zata mahsus" MK 257 hatır kuralının talihsiz bir kopyasıdır. Hangi amaca hizmet ettiği belli olmayan anlamsız ve tutarsız bir kuraldır bu. Bir yandan evlatlığın nüfus kaydına öz ana babasının adları yerine evlat edinenlerin adlarının yazılmasını öngörür. Böylece güya evlatlığın olası aşğılık duygularından kurtarılması amaçlanır. Oysa evlatlıkla öz ana babası arasındaki karşılıklı mirasçılık ilişkisi karşısında düpedüz hukuka aykırıdır bu "tahrifat yoluyla işlemi gizleme" çabası. Nitekim bir sonraki fıkrada bu sefer öz ana babanın ve evlat edinenlerin nüfus kayıtları arasında her türlü bağın oluşturulması (tüm referansların verilmesi) öngörülür. Böylesine bir alenileştirmeyle de evvelce sağlanmasına çalışılan gizlilik fiilen ortadan kaldırılmış olur.

Gerçi İsviçre'de evlat edinme işleminin gizliliği (Adoptionsgeheimnis) korunur. Ama orada evlat edinen(ler)in kimliği öz ana babadan gizlenirken öz ana babanın olası tacizini önleme amacı izlenir (Art. 268 b ZGB). Yalnız bu gizlilik evlatlığa karşı söz konusu olmaz. Çünkü onun BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden ve Anayasa'dan kaynaklanan üstün "kimlik hakkı", yani genetik kökenini, soyunu sopolu öğrenme hakkı evlat edinenlerin gizli kalma çıkarından ağır basar. Bizde de evlatlığa bu hakkın kuralın son fıkrasında tanınmış olması, kuralın genelindeki tutarsızlığı ortadan kaldırmaya yetmez (Bk. Serozan; Çocuk Hukuku N 210).

5) Soybağının oluşturulmasına bağlanan hukuksal etkilere ve bu alanda ilk akla gelecek olan velayet kavramına gelince:

Yeni yasalarda bağımlılık ve baskı çağrışımı yapan velayet (elterliche Gewalt) deyimini yerine "koruma ve bakma" deyimini kullanılır. (Elterliche Sorge, garde, parental responsibility) 2000 yılının başından beri İsviçre de yasal terminolojisini bu çağdaş demokratik akıma ve çocuk hakları anlayışına uydurmuştur.

Özgecil (diğerkam, altruist) ve işlevsel (fonksiyonel) bir yüküm – hak (Pflicht – Recht) gözüyle bakılan bu koruma ve bakma hakkına pater familias'ın patria potestas'ını ve benmerkezci egemenlik haklarını çağrıştıran pederşahi "velayet" deyimini hiç mi hiç yakışmaz. Bu bağlamda şu noktayı da buruklukla saptamalı: Çocuğa karşı maddi ve manevi şiddet uygulaması ve onur kırıcı ceza verilmesi yeni yasada açıkça yasaklanmış değildir. Ailenin Korunması K'nda yer alan çocuğa karşı şiddet yasağı MK'un ana baba haklarına ilişkin kurallarında da vurgulansaydı iyi olurdu.

6) MK 337 kuralında "henüz" veya "artık" evli olmayan ana babanın birlikte velayetine olanak tanınmaması, anayasal eşitlik ilkesi ile ana baba hakkı ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğa tanıdığı "anasından ve babasından ayrı tutulmama hakkı" karşısında düşündürücüdür. Oysa velayete sahiplik konusundaki yeni anlayışa göre (bk. yeni İsv. MK 133 III, 298a I) evli olmayan çiftler pekala birlikte veli olabilmektedirler. Yeter ki çocuğun üstün yararı bu yönde olsun ve eşler de ortaklaşa velayet konusunda anlaşabilsinler. Bu arada, veli olamayan ana veya babanın adeta velayet benzeri bir hakka dayanarak, çocuğun gelişimi açısından önemli konularda bilgilenme ve görüş bildirme hakkı ayrıca saklı tutulur. Böylece, son değerlendirmede, ortaklaşa velayetin şu ya da bu nedenle yaşama geçirilemediği durumlarda, hiç değilse bir tür "eksik velayet" yaratılır. Eklemeli ki bu velayete katılım hakkı birçok ülkede üvey çocuğa karşı da geçerlidir (§ 1687 b BGB).

Sorununun anayasal "kadın erkek eşitliği" ilkesine, ana baba hakkına ve çocu-

ğün ana babadan ayrılmama hakkına uzanan boyutlarına dikkati çeken Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılı bir kararı bu bakımdan özel olarak anılmaya değer (ZFamR 1991, 913 ve 1121; ayrıca bk. Serozan, Çocuk Hukuku N 243, 283 ve 326).

İlginçtir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yakın bir geçmişte, çocukla ilişkiler yönünden evlilik dışı yaşam birlikteliğini evlilik birliği ile eşdeğerde görmüştür.

Şimdi yapılacak iş, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanacak olan TC Anayasasının eşitlik ilkesi, çocuğun kişilik hakkı ve ana baba hakkı karşısında, MK 337'nin Anayasaya aykırılığını defî yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşımaktır.

- 7) Velayetin birlikte yürütülmesi sırasında eşler anlaşamazlarsa uyumsuzluğun nasıl çözüleceği MK 336'da belirtilmiş değildir. Bu durumda yargıcın ana baba yerine karar vermekten kaçınıp, karar verme hakkını ilgili konuda çocuk açısından daha sağlıklı bir karar vereceğine inandığı eşe tanınması doğru olur (Krş. § 1628 BGB ve bk. Serozan, Çocuk Hukuku N 243).
- 8) Niteliği gereği yasal temsilci veli eliyle kullanılamayacak olan kişiye sıkı biçimde bağlı anayasal temel hakların küçük çocuk tarafından tek başına kullanılabilimleri her ülkede serbesttir. Bunun için hiçbir ülkede erginlik ve fiil ehliyeti aranmaz. Yalnız ölçülülük ilkesine uygun sınırlamalarla yetinilir. MK 16 kuralında çocuğun işlem ehliyetinin sınırlandırılmasında yapıldığı gibi.

Son tahlilde anayasal temel hakları küçük çocuklar için yok sayan tersine bir tutum herhangi bir temel hak rüştü öngörmemiş olan Anayasaya aykırı düşeceği gibi, çocuklara tüm insan haklarını tanıyan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de aykırı olur.

MK 57 ve 341 kurallarında örgütlenme ve inanç özgürlüklerinin çocuklarımızdan kayıtsız koşulsuz esirgenmesi düpedüz "ölçüsüz" (ölçülülük ilkesine aykırı) bir temel hak sınırlamasıdır. "Çocuk çocuk dernekli ve dinsiz mi olsun" retorığının çok talihsiz, çok üzücü bir izdüşümüdür bu. Batı'da 14 - 15 yaşlarında çocuklara tanınan bu özgürlüklerin çocuklarımıza layık görülmemesi, kendimize karşı "çifte standart" uygulamaktan, "bon pour l'Orient" (Şark için bu kadarı yeter) anlayışını benimsemekten başka bir şey değildir!

- 9) Yeni Medeni Kanunu kaleme alanların çocuk mallarından yararlanma (istifade veya intifa) deyimini yerine "kullanma" deyimini seçmekle, çocuğu korumuş olduklarını sanmaları

safidillikten başka bir şey değildir (Bk. MK 354 gerekçesi!). Çünkü ana babanın İsviçre'den aynen aktarılmış olan "Nutzungsrecht"i aslında bizim bildiğimiz eski "istifade hakkı"nın (yoksa konu, yetki ve sorumluluk açılarından daha dar kapsamlı intifanın değil!) tıpatıp özdeşidir. Nitekim MK 354 i.s. kurallara bakılırsa açıkça görülür bu. Çocuğun malvarlığından sağlanan getiriye (temettüye, faize, kiraya) el konabilmesi ve bu getirinin harcanabilmesi anlamındaki yararlanma hakkı yeni yasada ne yazık ki salt "hakkaniyet" ölçütü ile sınırlandırılmıştır (355). Eklemeli ki İsviçre'de de yasa koyucu "Verwendung der Erträge" deyimini kullanarak aynı yanılgıya düşmüştür.

Bir hak salt adını değiştirmekle veya böylesine muğlak ve soyut ölçütler koymakla sınırlandırılmaz; aynı zamanda hakkın içeriği de somut olarak daraltılmakla sınırlanır. Buysa yeni Medeni Kanun'da savaşlanmıştır.

- 10) Ana babanın çocuk mallarına ilişkin yönetim ve yararlanım yetkileri konusunda uygulamada tereddüde yol açan iki kural vardır: Biri MK 342 III kuralıdır; ikincisi de MK 356 II kuralıdır. Yasa koyucudan bu iki kuralın yazımında daha özenli davranması beklenirdi.

Tereddüt yaratan MK 342 III kuralı şöyledir: "Vesayet makamlarının iznine (eski MK 269 I'in sözleriyle, "idari muamelata iştirakine") bağlı hususlar dışında, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler, yani yasak işlemler listesi ve rıza eksikliğinin sonuçları, velayetteki temsilde de uygulanır." ZGB 304 III bu konuda daha açıktır: "Kısıtlının temsiline ilişkin kurallar, vesayet makamlarının işleme katılmasına ilişkin kurallar dışında velayete de uygulanır."

Bu bağlamda, küçüküğün haksız zenginleşme kaynaklı iade borcu konusundaki özel savunmaları da dikkat çeker. Şöyle ki "küçük", klasik "eksilme (BK 63 I)" savunmasını ortaya atabileceği gibi, ayrıca, elde kalanı iade borcunu, objektif piyasa değerinin altındaki sübjektif zenginleşmesine de indirebilir. Çocuk için olumlu bir ek ayrıcalıktır bu.

Tereddüde yol açan MK 356 II kuralına gelince: "Zorunluluk halinde hakim ana babaya çocuğun mallarına başvurma yetkisi tanıyabilir." Eski MK 261 c. 2 kuralının söylemi de böyleydi. ZGB 320 kuralının söylemi de böyledir: "Zorunluluk durumunda, ana baba, vesayet makamlarının (yargıcın) iznini alarak çocuğa ait malvarlığının özüne ilişebilirler ve onun parasını harcayabilirler." (Anzehung, Angreifung des Kindesvermögens).

İlginçtir: Bu kural yeni MK'da bir de bakım nafakası bağlamında MK 327 II'de yinelenir. İsviçre'de böyle bir gereksiz yinelemeye rastlanmaz. Üstelik MK 356 II'de zorunluluk sadece çocuk açısından. Oysa eski MK'dan aktarılan MK

327 II'de zorunluluğun herhangi bir çerçevesi yoktur. Bu çelişkili söylem yasa koyucunun özensizliğinin bir başka göstergesidir.

Altı çizilmesi gerekli nokta şudur: Eski ve yeni bütün bu kurallar aslında ana babanın yönetim ve temsil yetkisiyle ilgili olmayıp (bu yetki sınırsızdır), sadece onların ayrıksı "olağanüstü" yararlarını yetkisiyle, açıkçası, çocuğun malvarlığının özüne, çocuğun bakımı ve eğitimi için de olsa, aslında kendilerine düşen bir yüküm için el atma (Anzehrung, Angreifung) yetkisiyle ilgilidir.

Bu kuralların hiçbirisinden, Noterlerin, bir Birlik Genelgelerinde dile getirilen şu kaygılarının dayanağı bulunmaz: Çocuğun malında tasarruf için mutlaka yargıç iznine gerek vardır! Aslında ne böyle bir izne ne de böyle bir kaygıya yer ve gerek vardır! Ana baba, geleneksel yönetim yetkileri çerçevesinde, çocuğun mallarında serbestçe tasarruf edebilirler. Yalnız MK 345 kuralının öngördüğü "ana babayla çocuğun çıkarları arasında çatışma" ayrığı saklıdır.

11) MK 449 kuralında vasinin ve MK 343 atfı dolayısıyla da aynı zamanda velinin çocuk adına ve hesabına işlem kurma yasağının eskiden olduğu gibi, sadece kefalet, vakıf ve önemli tutarda bağışlama işlemleriyle sınırlı tutulup, çocuk için sakınca olabilecek başka işlemlere yaydırılmaması da, yasa-yı hazırlayanların, ucu Batı'da çocuğun anayasal haklarına kadar uzanan ve Anayasa Mahkemelerinin bile müdahalesini gerektiren bu alandaki ciddi açığın hiç farkında olmadıklarını gösterir.

Düşünülün ki bir hayır kurumuna yargıç izniyle bile olsa önemli tutarda bağışlamada bulunamayan veli, pekala, küçük çocuğu ömür boyu borç altına sokabilecek, onu düpedüz yıkıma sürükleyebilecek uzun vadeli kredi anlaşmaları yapabilecek, ağır ayni teminatlar verebilecek, başta iş sözleşmeleri olmak üzere, bir dizi uzun süreli bağlantılar kurabilecek, arsa satıp inşaat yaptırabilecek ve şirket kurup dağıtabilecektir. Veli vasinin bu işlemler konusundaki sınırlamalarına tabi değildir ki.

İlginçtir, F. Almanya'da 1998'den (Federal Anayasa Mahkemesi'nin müdahalesinden) beri, yürürlükteki yeni yasal düzenlemeye (§ 1629a BGB'ye) göre, küçükün ana babası tarafından erginlik sonrasına da yaygın biçimde borçlandırılması halinde, küçük, bu borçlanmalardan ötürü, salt on sekiz yaşında sahip bulunduğu malvarlığıyla sınırlı olarak sorumlu tutulur (Bk. Serozan, Çocuk Hukuku N 258 ve 261).

12) Çocukların kendilerini ilgilendiren önemli konularda, ulaştıkları olgunluk aşamalarına göre görüş bildirme (partisipasyon) ve hatta kimi zaman yapılacak işe ve işleme olur verme (kooperasyon) hakları, TC'nin de imzalayıp

bağlandığı BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde (mad. 10) ve özel bir Avrupa Sözleşmesi'nde açıkça vurgulandığı ve Batı'da da özel yasa değişiklikleriyle kurallandırıldığı halde, yeni Medeni Kanuna özlendiği boyutlarda alınmamıştır. Velayetin yürütülmesine ilişkin MK 339 II kuralında ve vesayete ilişkin MK 450 kuralında değinilen "katılım hakkının" uygulanma alanı yetersizdir. Özellikle boşanma davasında velayetin anaya mı yoksa babaya mı bırakılacağı konusunda çocuğa özel bir kuralla söz hakkı-tanınmaması ciddi bir eksikliklerdir. İlginçtir, İsv. FM, aslında iç hukukta doğrudan ve kendiliğinden uygulanma gücüne sahip olmayan BM ÇHS'nin çocuğa sağladığı görüş bildirme hakkı için böyle bir ayrık gücü varsaymıştır (BGE 124 III 90, 125 I 262).

Ama BM ÇHS'nde öngörüldüğü halde, yeterince gözetilmemiş olan "çocuğun katılım hakkı"ndan daha da önemli bir ilke vardır ki geride belirtildiği gibi, onun yeni yasada yeterince gözetilmiş olmaması daha da üzücüdür. Anılan bu başat ilke "çocuk yararının önceliği ilkesi"dir. Gerçekten de BM ÇHS'nin çocuk yararının önceliği konusundaki başat ilkesi, yeni Medeni Kanun'da, soybağı ilişkilerinin kurulmasında ve çözülmesinde, evlat edinmede, küçüğü temsil yetkisinde, velayetin ana ve(ya) babaya verilmesinde yeterince gözetilmiş değildir.

Soybağı hukuku ve çocuk hakları alanındaki değişikliği topluca değerlendirmek gerekirse söylenecek olan şudur: Evlilik dışı çocuklarla evlilik içi çocuklar arasındaki anlamsız ve adaletsiz ayrımcılığın ve tanıma işlemiyle babalık davası için yasanın öngördüğü birbirinden anlamsız engellerin evvelce Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtay'ın övgüyü hak eder içtihatlarıyla zaten aşılmış olduğu, çocuk haklarının öğretilde ve uygulamada zaten alabildiğine geliştirildiği, ana babanın göze batıcı sivri yetkilerinin de öğretilde ve uygulamada zaten adanıklı törpülenmiş olduğu göz önüne getirilecek olursa, yeni Medeni Kanunun çocuklarımız için "iyileştirme" (reform) diye sevinçle karşılanacak "hatırı sayılır hayırlı bir iş" yaptığından söz etmek doğrusu pek zor gözükmemektedir.

Bence, çocuklar için, özellikle kız çocukları için çocuk haklarındaki en önemli ve yararlı iyileştirme, evlilik hukuku alanında, kadın haklarında gerçekleştirilen iyileştirme'dir. Gerçekten de evli kadının ve dolayısıyla annenin haklarının geliştirilmesi, onun çocuklarının, özellikle kız çocuklarının da haklarını geliştirmiş; anayla birlikte onun çocuğuna da başı dik kişilik kazandırmıştır.

Yeri gelmişken, kadının yeni Medeni Kanun'daki kazanımlarını anımsayalım: Evlenme yaşının yükseltilmesi, konut, soyadı ve meslek seçme özgürlüğünün tanınması, eşin işlemlerine katılma hakkının tanınması, aile konutunun korunması, aile konutu ve ev eşyası üstündeki taksim ayrıncılığı, velayette ve temsilde eşitlik, evlilik boyunca edinilmiş mallara katılma rejimi.

Kesin olan şudur ki çocuk hakları (ve bu arada kadın hakları) alanındaki bilanço pozitif gözükse bile, Medeni Kanunun tümü açısından toplam bilanço belirgin bir açık vermektedir. Çocuklardan yana geç bile kalınmış yararlı değişiklikler Medeni Kanunu tümüyle yenileme girişiminin yanlışlığında silinip gitmiştir. Keşke, Batı'ya öykünen yasa koyucu, aynen Batı'da yapıldığı gibi, yalnız kadın ve çocuk hakları alanlarında bölümsel bir Medeni Kanun değişikliği ile yetinseydi.