

ÇOCUĞUN TEMEL HAKLARI

Prof. Dr. Zafer GÖREN()*

I. GİRİŞ

200 yıldan beri güçlülere karşı zayıfları koruma ödevini üstlenen temel haklar çocuğun korunması için de elverişlidirler. Bu nedenle kural olarak çocuklar da yetişkinler gibi temel hak taşıyıcısıdır. Çocuklar temel haklarının vesayet organları, kayyım, polis, öğretmen ve diğer memurlar aracılığı ile hareket eden devlet tarafından zedelenmemesini ve yasa koyucunun düzenlemelerde bulunurken temel haklarını olabildiğince- tanıyıp güvence altına almasını isteme hakkına sahiptirler. Yargı, yürütme organları ve idare makamları da çocukların temel haklarını, belirsiz hukuk kavramlarının yorumunda, boşlukların doldurulmasında ve takdir hakkının kullanılmasında gözönünde tutmak zorundadırlar. Yatay etki (temel hakların özel hukuka etkisi) sonucu temel haklar anne-baba, çocuk ilişkisi üzerinde de etkili olurlar.

Çocukların temel hakları eylemsel olarak doğumdan rüşt yaşına kadar yabancı kişilerin yönetiminde ve onlar tarafından belirlenmektedir. Çocuklar kolay şekillendirilebilir ve etki altına alınırlar. Bilinç ve benlik duygusunun oluşumu ve kişiliğin gelişimi evresinde çocuğun olabildiğince kapsamlı bir şekilde korunması özellikle önem taşımaktadır.

1. Temel Haklara Sahip Olma

Temel Hak Taşıyıcısı Olma

Doğal kişilerin temel haklara sahip olmaları kuralından, temel hakların, yaşayanlar için geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır. Medenî Kanun md. 8'e göre "Her şahıs medenî haklardan istifade eder. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes müsavidir". Medenî Kanun md.27'ye göre ise "şahsiyet, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu andan başlar ve ölüm ile nihayet bulur. Çocuk sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren medenî haklardan istifade eder"¹.

(*) D.E.Ü. Hukuk Fak. Dekanı.

1. Krş. BGB md.1; Jauernig, BGB, 3.B., 1984 § 1 KN 2 baa.

Ancak temel hak taşıyıcılığı ya da sahipliği bu tür Anayasa altı normlarla bağlayıcı olarak saptanamaz. Bunun bağımsız olarak Anayasa'dan ötürü belirlenmesi gerekir.

Temel hakların sadece yaşayanları hak sahibi yapabilmesi kuralını birçok olgu haklı çıkarmaktadır: Ne henüz doğmamış insan, ne de ölü bir düşünceyi açıklayabilir (Anayasa md. 26), toplanabilir (Anayasa md.34), dernek kurabilir (Anayasa md.33), çalışabilir (Anayasa md.48). Ancak her iki yönde de temel hakların objektif içeriği açısından istisnalar tanınmıştır².

Örneğin F. Alman Anayasa Mahkemesi gebeliğe son verilmesine ilişkin olarak³ F. Anayasa md.2. fıkra II. C.2 kuralını ("yaşam ve beden bütünlüğü üzerindeki hakka yasa ile müdahale edilebilir" daha doğmamış insana (Embriyo, nasciturus) uygulamıştır. (İnsan yaşamı güvenilir biyolojik-fizyolojik verilere göre herhalde döllenmeden 14 gün sonra var kabul edilmektedir "Nidation, Individuation"). Ancak burada mahkeme embriyonun kendisinin temel hak taşıyıcısı mı olduğu, yoksa temel hak taşıyıcısı olmamakla birlikte, "sadece" Anayasadaki yaşam üzerindeki hak garantisi açısından mı korunduğu konusuna açıklık getirmemiştir.

2. Çocukların Temel Haklarla İlişkisi Problematiği

(Temel Hak Ehliyeti ve Temel Hakları Kullanma Ehliyeti)

Bu anayasal ayırım özel hukukun hak ehliyeti ve fiil ehliyeti ayırımına uygundur. Temel hak ehliyeti, temel hak sahipliği ya da temel hakkın taşıyıcısı olma demektir.

Temel hakları kullanma ehliyeti ise doğal kişilerin bu temel hakları bağımsız kullanabilmeleridir. Bunu belirginleştirebilmek için, temel hakların sübjektif haklar olduğu yani hukukça korunan yararlar olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bir çocuğun temel hak ehliyetinde onun menfaatlerinin de temel hak tarafından korunup korunmadığı, temel hakları kullanma ehliyetinde bu korumayı, bağımsız olarak yani yasal temsilcisinin katılımı olmadan kullanıp kullanamayacağı söz konusudur. Çocuklar için temel hak ehliyetinin doğumla, temel hakları kullanma ehliyetinin rüşt ile başladığını kabul ederek temel hakların kullanımını çocuklar için sınırlandıran görüş⁴ eleştirilmiş ve çocuklar bakımından böyle bir ayırım yapılması için Anayasada dayanağın olmadığı ileri sürülmüştür. Temel hakkın kullanımı hukuk düzeni tarafından korunan başka menfaatlerle

2. BVerfGE 30, 173/194; Münch I.v., Grundbegriffe des Staatsrechts, Bd.1, 3.B., Stuttgart 1984 KN. 128.

3. BVerfGE 39 I 36 vd.

4. Stein E., Staatsrecht, 9.B., Tübingen 1984, s.264, 1993, s.217.

çatışıyorsa bu çatışma temel hakların genel ilkelere göre sınırlandırılabilmesi çerçevesinde çözülmeli, burada bir hukuksal menfaatin bir çocuk veya bir yetişkin tarafından tehlikeye uğratılması, rol oynamamalıdır denmiştir. Bu görüşü savunanlara göre yetişkinlerin yarattığı tehlikeler çocukların yarattıklarından daha büyüktür. Çünkü çocuklar çoğunlukla bilinçsiz olarak, yetişkin suçlular ise bilerek yabancı menfaatlara zarar vermektedir. Temel hakla korunan menfaatin önem derecesinin temel hak korumasına dayanan kişinin yaşına bağlı olmaması gerektiği gibi, hukuksal menfaatlerin önemi de onları tehlikeye uğratan kişilerin yaşına bağlı tutulmamalıdır. Bu nedenle hem temel hak ehliyeti, hem temel hakları kullanma ehliyeti doğumla başlamalıdır⁵. Temel hakları kullanma ehliyetinin bütün çocuklara tanınması, çözülmesi olanaksız problemler doğurmadığı gibi, çocukların kendi kendilerine zarar vermelerine karşı gerekli koruma önlemlerini de engellememektedir⁶.

3. Temel Hakları Kullanma Ehliyetinin Olmaması Nedeniyle Temel Hak Sahipliğinin Sınırlanması

İnsan hakları, insan olma özelliğine bağlı olup yaşa bağlı olmamaları nedeniyle çocuklar da temel haklara sahiptirler. Devlet tarafından garanti edilen temel haklar için de açıkça belli bir yaş sınırlamasına (örneğin Anayasa md.67, fıkra III; md.68 fıkra I. C.3, md. 76 fıkra I.) veya belli bir özelliğe (Anayasa md. 41 fıkra II.) bağlı olmadıkları sürece aynı şey geçerlidir. Çocuklar da temel hakların taşıyıcısıdır (temel hak ehliyeti). Ama temel hakları çocukların kendilerinin kullanabilip kullanamayacakları bir başka konudur (temel hakları kullanma ehliyeti).

Temel hakların kullanımının çocuklar bakımından sınırlandırılmasını eleştiren ve hem temel hak ehliyetinin, hem temel hakları kullanma ehliyetinin doğumla başlayacağını kabul eden aşırı görüş⁷ bir tarafa bırakılacak olursa, burada medenî kanun kurallarına başvurmanın akla gelebileceği ancak böyle yapılmasının temel hakları amaçları bakımından haksız bir şemalaştırmaya götürebileceği, yasa koyucunun kendisi temel haklar için özel ve objektif açıdan savunulabilir yaş sınırlamaları koymadıkça söz konusu temel hakka ve çocuğun mümeyyiz olup olmamasına göre her somut olay için karar verilmesi⁸ gerektiği savunulmuştur⁹. Bazı düşünürler temel hak kullanma ehliyetine hangi yaştan itibaren sahip olunacağı konusunda 2 olasılık üzerinde durmuşlardır:

5. Roell M., Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige 1984, s.32 vd., 36 vd.; Stein E., Staatsrecht, Tübingen 1984, s.264 vd.
6. Stein E., Staatsrecht, Tübingen 1993, s.218.
7. Roell M., Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige 1984, s.32 vd., 36 vd.; Gören Z., Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995, s.37.
8. BGHZ 29, 33 vd.
9. Herzog/Schick, Verfassungsrecht, 2.B., München 1968, s.29.

- İlgili kişilerin bireysel anlayış ve karar yeteneklerini esas almak (kayan yaş sınırı).

- Yasa koyucunun kendisi tarafından düzenlenen durumlarda yasa koyucunun anlayış ve karar yeteneği sınırını isabetli olarak belirlediği ve Anayasa Hukuku ve diğer hukuk alanları için olabildiğince aynı yaş sınırlamaları yapmanın daha mantıklı olacağından yola çıkmak (katı yaş sınırı)¹⁰:

- Bu görüşte olanlar insanın var olmasına bağlı haklarda temel hakları kullanma ehliyeti koşulunu aramamak; (İnsan onurunun dokunulmazlığı, yaşam ve beden bütünlüğü, kişi özgürlüğünde olduğu gibi)

- Kullanılmaları özel hukuk işlemlerine bağlı olan temel haklarda medenî hukukta fiil ehliyeti için öngörülen yaş sınırlamasına uygun olarak temel hakları kullanma ehliyetini başlatmak;

- Belli bir yaşa ulaşmanın önem taşıdığı temel haklarda temel hak kullanma ehliyeti için uygun yaş sınırını aramak gerektiğini (evlenme özgürlüğü gibi)¹¹ ileri sürmüşlerdir.

Temel hakları kullanma ehliyetine ilişkin olarak iki sorun ortaya çıkmaktadır:

a) Çocuğun kamu otoritesi ile doğrudan ilişkisi durumunda temel hakların akibeti

b) Çocuğun temel haklarıyla ana babanın tedip ve terbiye hakkının çatışması

a) Özel otorite ilişkileri, vatandaşların belli amaçlara ulaşmak için devletle olağanüstü güçlü bir hukuksal bağla bağlı oldukları hukuksal ilişkilerdir. (Öğrencilerin, hükümlülerin hukuksal ilişkileri gibi)

Devletle sıkı bir hukuksal ilişki yaratılmış olması bile temel hakların geçerliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte devletin anayasal açıdan meşru bir amaç güderek böyle özel bir otorite ilişkisi yarattığı durumlarda temel hakların sınırlandırılabilmesi düşünülebilir. Ama burada aşırılık yasağı yani ölçülülük kriteri gözönünde tutulmalıdır. Çocuğun okul idaresi ile olan otorite ilişkisi Anayasa md.42'de üstü kapalı olarak kabul edilmekle beraber çocuğun okuldaki otorite ile direkt ilişkisi temel hak sahipliğinin genel ve yaşla orantılı bir biçimde sınırlandırılması için normatif bir dayanak oluşturmamaktadır¹². Sınırlamalar genel kriterlere göre

10. Münch I. v., Grundbegriffe des Staatsrechts, Bd. 1, 3.B., Stuttgart 1984, KN. 134.

11. Pieroth B./Schlink B., Grundrechte, Staatsrecht II., Heidelberg 1986, s.37 vd.

12. Herzog/Schick, Verfassungsrecht, 2.B., München 1968, s.29; Hesse K., 5.B., Karlsruhe 1985, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, Deutschland, KN 285.

yani yine yasa ile ve Anayasa md.13 II çerçevesinde yapıldığında meşru olmalıdır. Kaldı ki Anayasa md.41'e göre çocukların korunması emri, diğer kişilerin temel haklarına müdahale yetkisi vermektedir. Çocukların temel hak sahipliği temel hakka müdahale yetkisinin koşulunu oluşturmaktadır¹³.

b) Ana-babanın terbiye ve tedip hakkı söz konusu olduğunda çocukların temel hak sahipliği komplike bir durum yaratmaktadır. Çocukların terbiye ve tedibi ile onların gün geçtikçe artan bağımsızlık isteğinin çatışması durumu söz konusu olmaktadır. F. Alman Anayasası md. 6, fıkra II'de "çocukların bakım ve terbiyesinin ana babanın doğal bir hakkı ve herşeyden önce onlara ait bir ödev olduğu" kuralı yer almaktadır. Yine aynı maddeye göre bunun yerine getirilmesi devlet denetimi altındadır.

Anayasamızda ana-babaya tedip ve terbiye konusunda temel hak bahşeden bir kural bulunmamaktadır. Ana babanın velayet hakkı Medenî Kanunda düzenlenmiştir. Medenî Kanunun 262, 264 fıkra II, 265, 266, 267. maddelerinin anayasal dayanağını "ailenin korunması" başlığını taşıyan Anayasa md. 41'in I. fıkrasındaki "aile Türk toplumunun temeli"dir kuralı oluşturmaktadır. Ana babanın çocuklarıyla ilişkisi konusunda hukuk düzenimiz geleneksel aile kuramından yola çıkmaktadır.

Medenî Kanunun velâyet, terbiye ve tedip hakkına ilişkin düzenlemelerinde acaba yasa koyucu çocuğun temel haklarını yeter derecede gözönünde tutmuş mudur? Burada ana babanın tedip ve terbiye haklarının özellikleri gözönünde tutulmalıdır. F. Alman Anayasası md.6 fıkra II'de düzenlenmiş olan tedip ve terbiye hakkının bile, çocuğun menfaati uğruna kabul edilmiş ana babanın bir subjektif hakkı olduğu ileri sürülmektedir. Bu hak zaman açısından çocuğun ilgili sorun konusunda kendisinin karar verebilmesi yeteneğini kazanmasına kadar, içerik açısından ise terbiyeyi sağlayan araçların kullanılması ile sınırlandırılmıştır¹⁴.

II. Hukuk Düzeninde "Çocuk" Kavramı¹⁵

Hukuk düzenimizde "çocuk" kavramı tutarlı bir şekilde kullanılmamış ve bu "kavramın" açık bir tanımı yapılmamıştır. Hukuksal düzenlemelerde çocuk terimi yerine bazı yerlerde "küçük" bazı yerlerde "genç" teriminin kullanılması bu kavramların hukuk düzeni tarafından yaratılmayıp günlük konuşma dilinden aktarılan sözcükler olmasından kaynaklanmaktadır.

13. Pieroth B./Schlink B., Grundrechte, Staatsrecht II., Heidelberg 1986, s.35.

14. Pieroth B./Schlink B., Grundrechte, Staatsrecht II., Heidelberg 1986, s.38; krş. BGH= NJW 1974, 1947.

15. Çocuk haklarının tarihsel gelişimi için Bkz. Ariès P., Geschichte der Kindheit, dtv Wissenschaft, 10.B., München 1992; Rutschky K., Deutsche Kinder-Chronik, Wunsch-und Schreckensbilder aus vier Jahrhunderten, Köln 1983; Tschümpel U., Die elterliche Gewalt in bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989, s.3-31.

Kamu hukukunda yasa koyucu çoğu kere “reşit olmayanlar”ı anlatmak için, “çocuk”, “küçük” bazı yerlerde de “genç” terimini kullanmaktadır. Ancak kimin “çocuk” kimin “küçük” kimin “genç” olduğu konusunda tüm kamu hukukunda uygulanabilecek tutarlı tanımları bulmamız olanaksızdır.

Anayasanın 19, 24, 50, 141. maddelerinde “küçük”, 41, 61, 62. maddelerinde “çocuk” terimi kullanılmıştır. Anayasanın 58. maddesinde kullanıldığı “genç” terimiyle tam olarak hangi yaş grubuna kadar olanları amaçladığı anlaşılamamaktadır.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda da “çocuk” ve “genç” terimlerine yer verilirken;

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununda “çocuk” terimi yer almaktadır.

222 sayılı İlk Öğretim ve Eğitim Kanunu da “çocuk” terimini kullanmaktadır.

2253 sayılı Çocuk Mahkemeleri’nin Kuruluşu, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun madde 41 de “küçük” kavramının açık bir tanımına rastlıyoruz. Buna göre “küçük” 15 yaşını bitirmemiş kimselerdir.

Ceza Kanunu cezai ehliyetin ayırımında yaşı esas almaktadır. 53. maddede 11 yaşını tamamlamamış “çocuklar”ın tam ehliyetsiz olduklarını kurala bağlamakta, 54. madde ise farik ve mümeyyiz olmaları durumunda haklarında indirimli ceza uygulanacak olan 11 yaşını bitirmiş 15 yaşını bitirmemiş “çocuklar”dan söz etmektedir. Buna karşılık Ceza Kanunu 15 yaşını bitirmiş 18 yaşını doldurmamış olanlar için işledikleri suçun özelliklerine göre indirimli cezaların verileceğini 55. maddede belirtirken “çocuk” terimini kullanmamıştır. TCK. 182, 445, 468, 478 ve 545. maddelerinde “çocuk” terimini 550 ve 435. maddelerinde “küçük” terimini ve 574. maddede ise “genç” terimini kullanmıştır. Çocuk terimi özel hukukta da tutarlı bir şekilde kullanılmamaktadır¹⁶. Medeni Kanunda çocuğun yasal ikametgâhına ilişkin 21. maddede ve velayetinin düzenlendiği 262. maddede kullanılan “çocuk” kavramı ile “reşit olmayanlar” amaçlanmaktadır.

Miras Hukukuna ilişkin kurallarda çocuk “füru” karşılığı olarak kullanılmaktadır. (M.K. md.439) Miras Hukuku açısından “çocuk” kavramında yaş rol oynamamaktadır. Medeni Kanun md. 524’e göre mirasçı olabilmek, yani çocuk sayılabilmek gebe kalma (konseption) ile başlamakta ve belli koşullar altında ölümle son bulmaktadır.

16. M.K. md.264 f.III; 270; 285; 282; 271; 317; 269 f.II; 151 f.II; 264; 265; 281; 261; 277; 284; 288; 278; 279; 287; 280; 353’te “çocuk” terimi; M.K. md.236; 392; 90; 91; 172; 16 f.III; 389; 283; 82 f.II; 270; 394; 400; 449; 450 de “küçük” terimi kullanılmıştır.

1475 sayılı İş Kanununda da “çocuk” terimi kullanılmıştır. 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁷ md. 1’de “çocuk” kavramı tanımlanmaktadır. Bu sözleşme anlamında “çocuk” kendisine uygulanan hukuka göre daha önce reşit olduğu kabul edilmiş olmadıkça 18 yaşını doldurmamış olan kişidir.

Bu çalışmada çocuk ve küçük terimleri reşit olmayan kişilerin karşılığı olarak kullanılmıştır.

III. ÇOCUKLAR AÇISINDAN ÖNEM TAŞIYAN TEMEL HAKLAR

1. Özgürlük Hakları

a) Din ve Vicdan Özgürlüğü

Anayasa md.24’e göre herkes vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahiptir. Pasif anlamda din özgürlüğü ayrıca md. 15 f.II ile özel olarak korunmuştur.

Din özgürlüğünün bazı alanları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.9 ve Çocuk Hakları Sözleşmesi md.14 ile korunmuştur. Bu maddelerle negatif anlamda din özgürlüğü yani belli bir dinsel inancı sahip olma da korunmuştur.

Medeni Kanun md. 266’ya göre çocuğun dinsel terbiyesini belirleme ana babaya aittir. Ana babaların bu konudaki özgürlüklerini sınırlandıracak her türlü sözleşme geçerli değildir. Reşit dinini seçmekte özgürdür.

Velayet hakkına dayanan ana baba, çocuğun din ve inanç özgürlüğünü 18 yaşına kadar sınırlandırabilir. Oysa Medeni Kanunun orijinalini oluşturan İsviçre Medeni Kanununun md.303 f.III’e göre çocuk 16 yaşına geldiğinde kendi dinsel inancı konusunda karar verme hakkına sahiptir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi md.14’e göre, “taraf Devletler çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine saygı gösterirler. Bu maddenin II. fıkrasına göre “taraf devletler, ana babanın ve gerekiyorsa yasal vasilerin çocuğun yeteneklerinin gelişmesi ile bağdaşır bir biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine saygı gösterirler”.

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin sözkonusu 14. maddesinde din özgürlüğüne ilişkin olarak Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 18. maddesine paralel olarak “herkesin istediği dini kabul etme hakkı”nın yer almayışı eleştirilmiştir¹⁸. Sözleşmenin 5. maddesinin öngördüğü, çocuğa

17. Bu sözleşme, Türkiye adına 14.9.1990 tarihinde imzalanmış, 9.12.1994 tarihinde 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu tarafından 23.12.1994 tarihinde 94/6423 sayılı kararla onaylanarak 27.1.1995 gün ve 22184 sayılı RG. de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

18. Akallıoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13, s.8; Bossuyt M., La Convention des Nations Unies sur Les droits de l’enfant, RUDH 1990, s.144.

yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana baba, yasal vasilerin ve çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterilmesi ilkesi Anayasa md. 24 f.II ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu md. 12'de yer alan: "din kültürü ve ahlak öğretimi ilkökul, ortaokullar ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır" kuralı ile uyumlu görünmemektedir¹⁹. Anılan maddelerde yer alan ilk ve orta öğretimde zorunlu din eğitimi verilmesi yönündeki kurallar sözleşmenin 5. maddesi ile 14. maddesinin I. ve II. fıkraları ile bağdaşmamaktadır. Din eğitiminin zorunlu ders olmaktan çıkarılarak çocuğun, ana babasının ya da yasal vasisinin isteğine bağlı ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın denetiminde seçmeli bir ders haline getirilmesi ile sözleşmeye uyum sağlanmış olacaktır²⁰.

Diyanet İşleri Başkanlığı'nın sadece İslam dinine ilişkin görevler üstlenmesi ve uygulamada bunun kendisini sadece sünni inanışa ilişkin hizmetler biçiminde göstermesi nedeniyle Çocuk Hakları Sözleşmesi md.14'te yer alan din ve vicdan özgürlüğü kuralı da Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile uyum içinde değildir²¹.

b) Evlenme Özgürlüğü

Evlenme özgürlüğü, Anayasa md. 17'deki kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme özgürlüğünden, md.41'deki ailenin korunmasına ilişkin kuraldan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.12'den kaynaklanmaktadır.

Bu özgürlük, Medeni Kanuna göre evlenme ehliyetinin olduğu ve evlenme yasalarının bulunmadığı sürece bireye evlenme sözleşmesini yapma hakkını tanımaktadır. Özel otorite ilişkisi içinde olan kişiler de bu hakka sahiptir²².

Anayasa Mahkememize göre "Ailenin korunması fikrinin önce Medeni Kanun anlamında evliliklerin kurulmasıyla yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir. Çünkü Medeni (nikah) olmadan bir aileden bahsedilemez²³."

Evlenme özgürlüğüne, evlenme sözleşmesi yapması engellenen veya bir evlenmeye zorlanan herkes dayanabilir. Ancak Medeni Kanun bu özgürlüğe belirli yaş sınırı ve temyiz kudretine sahip olma koşulunu getirmektedir.

19. Akılhoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13, s.18.

20. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi İlk Ülke Raporu, Türkiye Ağustos 1997, s.51.

21. Akılhoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13, s.18.

22. Krş. EuGRZ.1982, 531 vd.

23. (AMKD, S.27, c.1, s.178 vd.) E.1991/1 5, K.1991/5, kt.28.2.1993.

M.K. md.88 de evlenme ehliyeti koşulları düzenlenmiştir. Erkek on-yedi, kadın onbeş yaşını tamamlamadıkça evlenemez. Ancak maddenin II. fıkrasına göre yargıç olağanüstü durumlarda ve çok önemli bir nedene dayanarak 15 yaşını tamamlamış olan erkeğin ve 14 yaşını bitirmiş olan kadının evlenmesine izin verebilir. Karardan önce anne baba ve vasiinin dinlenmesi gerekir. 90. maddeye göre küçük, ana ve babanın veya vasiinin rızası olmadıkça evlenemez.

c) Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü

Anayasa md.23'e göre herkes yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük bir yerde ikamet, yerleşme ve oturma yerini her zaman terkedebilme hakkını içerir. Yerleşme özgürlüğü aynı zamanda bir kimlik belgesi (pasaport) çıkartılması konusunda bir istek hakkı da içerir²⁴.

Ailede Medeni Kanun anne babaya çocuğun oturma yeri konusunda karar verme yetkisini tanımıştır.

Medeni Kanun md. 262'ye göre çocuk küçük iken ana babanın velayeti altındadır. Madde 264 f.II'ye göre ise "çocuk ana babasına riayete mecburdur". Md. 21 "ana babanın ikametgâhı velayetleri altındaki çocuğun ve mahkemenin bulunduğu yer vesayet altındaki kimsenin ikametgâhı addolunur" kuralını içermektedir. Bu kurallar çocukların yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sınırlama getirmektedir. Bununla birlikte ana baba bu karar yetkilerini keyfi olarak kullanamayıp, genel olarak velayetin kullanılmasında olduğu gibi çocuğun esenliği ve mutluluğuna göre hareket etmek zorundadırlar²⁵.

Ayrıca Medeni Kanun md.273'e göre çocuğun, bedeni veya fikri gelişmesi tehlikede bulunur ve çocuk manen terkedilmiş bir durumda bulunursa çocuğun ana ve babadan alınarak bir aile nezdine veya bir kuruma yerleştirilmesini istemeye hakkı da vardır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi md.9, 10, 11'de çocuğun yüksek menfaati bağlamında ayrılığın gerekli olduğuna yetkili makamlar karar vermedikçe, çocuğun ana babadan onların oluru dışında ayrılmasının önlenmesi ve ayrılık halinde çocuğun, ana ve babayla ilişkilerini sürdürme hakkına sahip olduğu (md.9 (3)) yolunda kurallar vardır.

Sözleşmeye göre ana baba ve çocuklar ailenin birleşmesi amacıyla taraf devletler ülkesine girme veya ülkeden çıkma hakkına sahiptir. Taraf devletler bu konuda yapılan istekleri anlayışla karşılama, istem sahiplerinin salt bu nedenle zarar görmesini önleme ödevi altındadır. Ana baba ve

24. Häfelin U./Haller W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3.B., Zürich 1993, s.480, N.1537.

25. Tschümperlin U., Du Elliche Gewalt in bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989, s. 149 vd.; Schnyder B.1, Vormundschaft und Menschenrechte, ZVW Nr.2/3, 1972, s.51 vd.

çocukların ayrı ülkede yaşamaları durumunda sözleşme md.10'a göre taraf devletler, çocuğun ilişkilerini kolaylaştırmak ödevi altındadır.

Sözleşmenin 11. maddesine göre taraf devletler, çocukların yabancı ülkelere yasal olmayan yollardan götürülmeleri ve geri dönmelerine karşı gerekli önlemler almayı üstlenirler. Bu madde ile ana babadan biri veya üçüncü bir kişi tarafından çocuğun yabancı bir ülkeye kaçırılması önlenmek istenmektedir²⁶.

Ana babaları ayrı devletlerde oturan çocukların düzenli görüşme haklarının sağlanması için 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun giriş vizesine ilişkin kuralına, vize bağışıklığının eklenmesi; 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'a da buna uygun bir kural getirilmesi; çocukların hukuka aykırı olarak ülke dışına götürülmeleri ve geri döndürülmemeleri eylemini konu edinen bir suç tanımı yapılması; ayrıca sözleşmenin 21. maddesinde öngörülen önlemler doğrultusunda sığınmacı çocukların haklarına ilişkin olarak da mevzuatımızda (403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, 2510 sayılı İskan Kanunu, 5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun) değişiklik yapılması gerektiğine haklı olarak dikkat çekilmiştir²⁷.

d) Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü

Anayasanın 25-26. maddelerinde düzenlenmiş olan düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.9 ve 10'da güvence altına alınmıştır²⁸.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda "görüşünü açıklama hakkı" düzenlenmekte, özellikle adli ve idari koşturmalarda çocuğa doğrudan doğruya veya bir temsilci yoluyla görüşünü açıklama hakkı tanınmaktadır (md.12 f.II).

Çocuk Hakları Sözleşmesi md.13 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.10'daki düzenlemeden daha kapsamlı bir düzenleme içermektedir. Bu maddede "düşünceyi açıklama özgürlüğü"nin tanımı yapılmaktadır. Bu kurala göre çocuk "ülke sınırı ile bağlı olmaksızın" serbestçe seçeceği yolla, her türlü haber ve düşünceyi araştırmalı, elde edebilmeli, alabilme-
lidir.

27.10.1995 tarihli 4126 sayılı Kanunla getirilen değişikliklere karşın 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, yaş ayırımı gözetmeksizin çocuk-

26. Akıllıoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13, s.10.

27. Akıllıoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13, s.20.

28. Krş. BGE 87 I. 117.

ları da büyüklerle birlikte kapsamına alarak düşünceyi açıklama özgürlüğüne sınırlamalar getirdiğinden Çocuk Hakları Sözleşmesi md.13 ile uyumlu görünmemektedir²⁹.

Çocuk Hakları Sözleşmesi md.13'ün, 1117 sayılı "Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu"ndaki muzır neşriyatı saptayacak kurulun idarece belirlenmesi, oluşumunda idarenin ağırlıklı olması, kurulun mahkemeler nezdinde resmi bilirkişi niteliğini taşımasına ilişkin kuralları ile de bağdaştırılması da olanaksızdır³⁰.

Sözleşmenin 17. maddesinde çocuğun geliştirilmesini sağlamak için her türlü kaynaktan bilgi alabilmesi öngörülmüştür. Bu bağlamda zararlı yayınlara karşı koruma da öngörülmüştür. Bu maddede ayrıca azınlık veya yerli halkı çocuklarının dil gereksinimlerinin kitle iletişim araçlarında gözönünde tutulması da öngörülmektedir. Türkiye koyduğu çekince ile bu kuralı Anayasa ve Lozan Anlaşması kuralları ile sınırlı bir biçimde yorumlandığını belirlemiştir.

e) Toplanma Özgürlüğü ve Dernek Kurma Hakkı

Anayasa md.34'e göre, herkes önceden izin almadan silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.11 ve Çocuk Hakları Sözleşmesi md.15, toplanma özgürlüğünü güvence altına alırlar.

Çocuk Hakları Sözleşmesi md.15'e göre: "1. Taraf devletler, çocuğun dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüklerine ilişkin haklarını kabul ederler. 2. Bu hakların kullanılması, ancak yasayla zorunlu kılınan ve demokratik bir toplumda gerekli olan ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni yararına olarak ya da kamu sağlığı ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yapılan sınırlamalardan başkalarıyla kısıtlanamaz."

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 9. ve 20. maddeleri, toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleme konusunda yetkili olmak üzere "Düzenleme Kurulu"na yer vermiştir. Yasaya göre düzenleme kurulu için medeni hakları kullanma ehliyetine sahip ve 21 yaşını doldurmuş olma ve en az yedi kişiden oluşma koşulları aranmaktadır. Bu aranan koşullarla sözleşmenin 15. maddesinde öngörülen çocukların barış içinde toplanma özgürlüğüne sınırlamalar getirilmektedir. İlgili

29. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi İlk Ülke Raporu, Türkiye, Ağustos 1997, Ankara, s.48.

30. Akılhoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 15, s.18.

kural sözleşme ile uyumlu değildir. Anayasa md.33'e göre, herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.11 ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yukarıda belirtilen 15. maddesi dernek kurma özgürlüğünü korumaktadırlar. Çocuk, bir dernek kurmak istediğinde belli koşullar altında salt dernek kurma özgürlüğüne değil, kişiliğini geliştirmesi açısından önem taşıyan kararların verilmesi yönünden Anayasa md.17'ye de dayanabilir.

Dernek ve toplanma hakkını öngören sözleşmenin 15. maddesi, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun dernek hakkını 18 yaş ile sınırlayan 4. maddesi ile ve yine aynı maddede yer alan resmi ve özel orta öğretim öğrencilerinin dernek kuramamaları yönündeki kurallar ile bağdaşmamaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesi md.15'e göre, taraf devletler çocukların bu özgürlüğünden kaynaklanan haklarını tanırlar. Bu haklar, özellikle çocukların derneklere girmekten ya da toplantılara katılmaktan yasaklanmamasını öngörmektedir.

f) Mülkiyet Hakkı

Anayasa md.35 ile garanti edilen mülkiyet hakkı reşit olmayanlar için de önem taşımaktadır. Reşit olmayanlar da reşit olanlar gibi malik olabilirler. Yani hibe yoluyla, miras yoluyla ve kendi çalışmaları sonucunda mülk edinebilirler.

2- Koruma Hakları

a) Kişi Özgürlüğü-Genel Eylem Özgürlüğü

Anayasa md. 19'a göre herkes kişi özgürlüğüne güvenliğine sahiptir. Kişi özgürlüğü fiziksel ve psikolojik bütünlüğü ve hareket özgürlüğünü korur. Tüm özgürlükler insanın kişiliğini geliştirme özgürlüğünün temel ortaya çıkış biçimlerini oluştururlar³¹.

Kişi özgürlüğünün bazı bölümleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.2, 5, 8'de ve Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 6, 8, 10, 16, 24, 31, 37 de korunmuştur. Bu maddelerde kişi özgürlüğünü aşan garantiler de öngörülmüştür.

Bu temel hakkın koruma alanına yaşamın ve varlığın korunması için asgari koşullarının garantisi; hekim tarafından tedavi konusunda hak, tıbbi müdahalelere karşı korunma hakkı, işkenceye karşı korunma hakkı, insanlık dışı cezalara, angaryaya, köleliğe karşı korunma, özel ve gizli

31. BGE 108 I a 60 vd.; BGE 113 Ia 162.

alanın korunması, kimliğin korunması, konutun korunması, bilgi işleminin kötüye kullanılmalarına karşı koruma, aile yaşamının korunması girer³².

Anayasamızın 17. maddesine göre: “herkes yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz, kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 6 ise aşağıdaki kuralı içermektedir:

“1. Taraf devletler her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

2. Taraf devletler, çocuğun yaşaması ve gelişmesi için mümkün olan en fazla çabayı gösterirler.”

Anayasa Mahkemesi E.1990/15 K.1991/5 28.2.1991 tarihli kararında³³ M.K. md. 292’yi iptal ederken evlilik içinde ve dışında doğan çocuklar arasında fark gözetmeden çocuğun kimliğinin korunması üzerindeki hakkını ve kişiliğini özgürce geliştirme hakkını vurgulamıştır:

“Anayasamızın 12. maddesinin 1. fıkrasındaki kural ile herkesin yalnız insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendinin dahi vazgeçemeyeceği temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirlenmiştir.

Kişilik doğumla başlayıp ölümle sona ereceğine göre kendi ana-babasını seçme olanağı bulunmayan çocuk, evlilik dışı dünyaya gelse bile Anayasanın sözü edilen bu maddesindeki “herkes” sözcüğünün kapsamı içindedir. Çocuğun ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi hakları çocuğun kişiliğine bağlı temel haklardır.”

“Anayasa, ailenin yanı sıra evlilik dışında doğan çocukların da korunmasını devlete bir ödev olarak yüklemiş bulunmaktadır. Medeni yasanın düzenlenmesine göre, evlilik dışı çocuğun durumu evlilik içi çocuğa göre elverişsizdir. Bu durum bireyin insan olmaktan doğan kişiliğini özgürce

32. Krş. Hangartner Y., Grundrechte, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts, Zürich 1982, s.67, s.94 ve s.101 vd.; Saladin P., Rechtsbeziehungen Zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in Festschrift für H. Hinderling Basel Stuttgart 1976, s.197; Müller J.P., Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2.B., Bern 1991, s.6 vd.

33. AMKD 27, c.1, s.161-181.

geliştirme temel hakkıyla bağdaşmaz. Medeni Yasanın koyduğu yasak Anayasa ile bağdaşmaz.”

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde gebeliğe son verme uygulaması konusunda benimsenmiş belli bir yaklaşım yoktur. Ancak 6. md. f.II’ye göre çocuk yaşatılmalı ve geliştirilmelidir. Böylece sözleşme ile ölü doğumların ve çocuk ölümlerinin azaltılması ve çocuğun yaşamasının ve gelişmesinin sağlanması taraf devletlere bir ödev olarak yüklenmektedir.

TCK md.453’te ise “Öldürme fiili anası tarafından şerefini kurtarmak saiki ile yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile 4 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası verilir” kuralı yer almaktadır. Bu kural evlilik içi ya da evlilik dışı doğma konusunda bir seçim alternatifi olmayan çocuğun yaşam hakkını korumaya yöneliktir. Ancak bu maddede diğer öldürme olaylarına verilen cezanın çok altında bir mahkumiyet öngörülmektedir. Maddede öngörülen ceza suçun önlenmesini sağlamaktan uzaktır. Evlilik dışında doğan çocuğun yaşamak hakkını annenin onurunu kurtarmak için elinden almak ilkel bir anlayışı yansıtmakta olup Anayasa’nın 17. maddesine ve Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine aykırılık oluşturmaktadır³⁴.

Yeni doğmuş bir çocuğun öldürülmesi suçu kasten adam öldürme suçudur. Aynı düşünülmemeli, söz konusu madde yürürlükten kaldırılmalıdır³⁵.

Çocuk Hakları Sözleşmesi md.37 (a) da:

Özellikle 18 yaşından küçük suçlulara ölüm cezası ve salıverme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası verilmemesi kuralları yer almaktadır.

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 39. maddesinde ayrıca işkence, kötü davranış, sömürü ve şiddet gibi uygulamalarla karşılaşan çocukların topluma yeniden kazandırılması için geniş ödevler öngörülmüştür.

Bu kural BM İşkenceye Karşı Sözleşmenin 14. maddesine koşut olarak düzenlenmiş fakat daha geniş kapsamlıdır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi kuralları karşısında iç hukukta çocuklara karşı işkence ve kötü davranışların önlenmesi ve cezalandırılması konusunda özel düzenlemeler yapılması gereği kendini hissettirmektedir. Özellikle çocuk suçluların bağlı olarak götürülmemeleri, özel infaz rejiminin getirilmesi, çocuklara karşı işkence cezasının ağırlaştırılması ama-

34. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi İlk Ülke Raporu, Türkiye Ağustos 1997, Ankara, s.43.

35. İstanbul Çocuk Hakları Günleri İstanbul 1995, s.30.

cıyla Türk Ceza Kanunu, 1417 sayılı CMUK, 2253 sayılı Çocuk Mahkemesi Kanunu, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunda değişiklikler yapılması gerekmektedir.

b) Görüşü Açıklama ve Yargılamada Dinlenilme Hakkı

Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 12 aşağıdaki kuralı içermektedir:

“1. Taraf devletler görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özen gösterilmek suretiyle tanır.

2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli ve idari koştur-mada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kuralları-na uygun olarak, çocuğa özellikle sağlanacaktır³⁶.

Medeni Kanun 265. maddesinde: “Ana baba çocuğun mesleki terbiyesini sevk ve idare eder ve mümkün mertebe kuvvet ve kabiliyetini ve arzularını nazara alır.” ve 254. maddesinde “mümeyyiz olan kimse rızası olmadıkça evlatlığa alınamaz” kuralları ile sadece mesleki terbiyede ve evlad edinmede çocuğun görüşlerinin alınmasını öngörmüştür.

MK md. 393'e göre temyiz kudretini haiz olupta en aşağı 16 yaşında bulunan vesayet altındaki kimsenin mallarını idareye ilişkin önemli tasarruflarda mümkün oldukça reyi alınmaktadır³⁷.

Oysa İsviçre M.K. md.409 (8)'e göre küçüğün sadece malların idaresine ilişkin tasarruflarda değil, “önemli konularda olabildiğince görüşü alınır.” Kuralı bulunmaktadır.

İsviçre M.K. md.301 f.II'de yer alan anne baba önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşüne saygı gösterirler şeklinde bir kural Medeni Kanunumuzda velayetin kapsamının düzenlendiği 264 ve devam eden maddelerinde yer almamaktadır.

İsviçre M.K. md.301 ve 409 kuralları çocuğa 16 yaş ile sınırlı bir dinlenilme hakkı tanımaktadır.

36. Çeviri Akıllıoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13.

37. Bu hak kendisine verilmezse MK. Md. 404 gereği vâsinin tasarrufu aleyhine temyiz kudreti-ne sahip olan vesayet altındaki kimse sulh mahkemesine başvurabilir. Krş. Lindesger M., Die Rechte des Mündels im schweizerischen ZGB, Bern 1952, s.61.

Çocuklar da büyükler gibi yargılamada dinlenilme hakkına sahiptirler. Anayasamızın 36. maddesi f.I kuralı da mahkemelerde iddia ve savunma hakkı konusunda bir yaş sınırı getirmemektedir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 12 f.II'de yer alan çocukların yargılamada dinlenilme hakkı uygulamada gerçekleştirilmemektedir.

Çünkü yasalar çocuklara kendilerini ilgilendiren yargılamada taraf pozisyonu tanımamakta, hukuku uygulayan makamlar bu haklara da çok az saygı göstermektedirler. Çocukların dinlenilme haklarının çoğunlukla kullanılmaması, bir yargılamada taraf olabilecekleri ve bunun kendilerine ne gibi kazançlar getirebileceği konusunda yeterince bilgi sahibi olmamalarından da kaynaklanmaktadır. Çocuğun dinlenilme hakkı onun yargılama süreci üzerinde etkili olması ve bir ceza yargılamasında suçun sonucu olarak zorunlu bir hale gelen tedavi ve tazminat isteklerini ileri sürebilmesi açısından büyük önem taşımaktadır³⁸. Çocuğun geleceğini önemli ölçüde etkileyen ana babanın boşanma davalarında da bu olgu çocukların geleceği üzerinde önemli ölçüde etkili olmaktadır. Kanun çocuklara dava tarafı hakları tanımamaktadır. Her ne kadar M.K. md.148 ve 274 kuralları çocukla ilgili velayete ve vesayet haklarının kullanılmasında yargıca M.K. md.4 ile öngörülen takdir yetkisini tanıyor ve M.K. md.4, yargıcın takdir yetkisini kullanırken, gerekli gördüğünde çocuğun görüş ve bilgisine başvurulabilmesine olanak sağlıyorsa da çocuğa kendisini etkileyen adli ve idare işlemlerde doğrudan ya da bir temsilci aracılığı ile dinlenilmesi hakkı verilmiş değildir. Çocuk Hakları Sözleşmesi md.12 (2)'nin öngördüğü çocuğun ya da temsilcisinin taraf olarak dinlenilmesi hakkı Medeni Kanunun velayet ve vesayete ilişkin kurallarında değişme yapılmasını zorunlu kılmaktadır³⁹.

c) Eşitlik İlkesi

Çocuk Hakları Sözleşmesi md.2'ye göre devletler çocuk haklarını ayırım yapmaksızın uygulurlar. Devletler çocuklara karşı ayrımcılığı önleyici herşeyi yapmalıdırlar. Ayrımcılık sonucu oluşan hak eşitsizliği olumlu eylem (positive action) yoluyla giderilir.

"Olumlu eylem" zayıfı güçlü düzeyine çıkarılması amacıyla yapılan özendirici çabalardır. Örneğin kız çocukların eğitimini özendirmek için onlara giriş sınavlarında puan eklenmesi gibi⁴⁰.

Anayasa md.10 f.I'de yasa önünde eşitlik ve cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı güvence altına alınmıştır.

38. Krş. BGE 118 II 410 vd.

39. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi İlk Ülke Raporu, Ankara 1997, s.44.

40. Akallıoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13, s.6.

Anayasa md.55 de ücrette eşitliğe ilişkin bir kural içermektedir.

Eşitlik ilkesi her farklı davranışla zedelenmemektedir. Eşit olana eşit olduğu oranda eşit, eşit olmayana farklılığı oranında farklı olmayan davranışlar yasaklanmıştır⁴¹.

Farklı cinslerin eşit haklara sahip olması kuralı gereğince; biyolojik veya fonksiyonel farklılıklar cinslere eşit davranılmasını kesinlikle yasaklamadığı sürece farklı davranışlara izin verilemez⁴².

Haklı neden olmaksızın kız çocuklara bir öğrenimi yasaklayan ya da kız çocuklara bir okula gidebilmek için erkek çocuklara oranla daha ağır kabul koşullarının konulmasını öngören genel bir düzenleme farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi"ne aykırıdır⁴³.

Kız ve erkek çocuklar arasında biyolojik ve fonksiyonel nedenlere dayanmayan, öğrenimde diğer cinsin mağdur olmasına yol açan ayrımlar yapmak Anayasanın 10. ve 42. maddelerine aykırıdır.

Bu nedenle kız öğrencilere daha fazla ders saatleri yüklenmesi, sadece erkek çocuklara teknik resim derslerinin öngörülmesi, kız öğrencilere el ve ev işleri derslerini teknik resim veya seçmeli dersleri almalarını engelleyecek şekilde düzenleme yapılması "farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesine" ve Anayasaya aykırıdır. Benzer örneklerle erkek çocukları yükümlendirmek de Anayasaya aykırılık oluşturur⁴⁴.

Anayasa Mahkemesinin 21.5.1981 günlü E.1980/29, K.1981/22 sayılı kararı ile⁴⁵ Medeni Kanun'un 310. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan:

"Münasebeti Cinsiye zamanında, müddeialeyh evli ise; hâkim, baba-lığa hükmedemez" kuralı iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 28.2.1991 günlü E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararıyla da⁴⁶ Medeni Kanunun, zina sonucu olan çocuğun baba tarafından tanınmasını engelleyen 292. maddesi kuralını baba bakımından iptal etmiştir.

M.K.'nın 292. maddesine göre: "Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanına-

41. BGE 110 I a 13.

42. BGE v.10.7.1986 in= ZBL 1987, s.170 vd.

43. Krş. ZBL 88, 1987, s.171; BGE 108 I a 22 vd.

44. ZBL 1987, s.172 vd.

45. AMKD, S.19, s.102-129.

46. AMKD, S.27, c.1, s.161-183; iptal sonucu maddeden "erkek ve" sözcükleri çıkarılmıştır.

maz.” Anayasa Mahkemesi bu kararlarında temelde eşitlik ilkesine dayanmıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre: “Zina ürünü çocukların ötekilerle aynı durumda olmadıklarından söz ederek bunlara ayrı kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı düşmediği görüşü, bu çocukların “herkes” kapsamı içinde olmaları, ötekiler gibi salt doğumla kişilik kazanmaları karşısında yerinde görülemez. Ana rahmine düştüğü sırada babası, annesinden başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yaparak, birinci çocuğu babaya karşı, nesepsiz duruma düşürürken, ikincisine babasına sahih olmayan neseb bağı ile bağlanma olanağı tanınması eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi bunun haklı bir nedeni de gösterilemez.” “Uygar ülkeler nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmıştır. Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmeler de çocuklar arasında her türlü ayırımcılığa son vermişlerdir. Hangi nedenle olursa olsun, dünyaya gelen kişinin haklarının engellenmesi veya azaltılması ve böylece nesebi sahih çocuklar yanında ayrıcalıklı hukuki durum yaratılması eşitlikle bağdaşmaz.

İtiraz konusu kural zina ürünü çocukların neseplerinin gayri sahih hale getirilmesini önleyip evlilik dışı doğan çocuklar arasında dahi babalarının evli olup olmamasına göre bir ayrılığa neden olmaktadır. Belirtilen sebeplerle Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.”

Anayasa Mahkemesi 11.9.1987 günlü E.1987/1, K.1987/18 sayılı kararı ile⁴⁷ düzgün olmayan nesepte miras haklarına ilişkin M.K. md.433 f.I c.2’yi ve aynı maddenin II. fıkrasını Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu karar ile nesebi düzgün olmayan çocukların mirasta nesebi düzgün çocuklar gibi tam pay alması gerektiği kabul edilmiştir. Yüksek Mahkemenin bu kararı da temelde eşitlik ilkesine dayandırılmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararları Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun kararlardır⁴⁸.

3. Siyasal Temel Haklar

Ulus iradesinin saptırılmadan yansımaları, bireyin irade oluşumu sürecine katılmasını güvence altına alan ve ona kendi eğilimini anlatabilme olanağını sağlayan siyasal haklar demokrasimizin güvencesidirler. Birey siyasal haklarının devlet saldırısından arındırılmış bir şekilde kullanılabilmesini, siyasal haklarının korunmasını, bu konudaki usul kurallarına uyulmasını, oy sonuçlarının doğru bildirilmesini ve halkın iradesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir⁴⁹.

47. AMKD S.23, s.297-318.

48. Akıllıoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13, s.42.

49. Krş. Müller J.P., Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2.B., Bern 1991, s.391 vd.

Anayasa md.66'ya göre Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür. Şu halde çocuklar açısından da vatandaşlık hakkı sadece Türk olma koşuluna bağlı kılınmıştır.

Türk hukuk sistemi Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü şekilde çocuğun vatansız kalmasını önleyici kapsamlı düzenlemeler içermektedir⁵⁰.

Anayasa'nın 67. maddesinin I. fıkrasına göre "vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halk oylamasına katılma hakkına sahiptir." Maddenin III. fıkrasına göre "18 yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme, seçilme ve halk oylamasına katılma haklarına sahiptir."

68. madde parti üyesi olabilmek için 18 yaşını doldurmuş olmak koşulunu aramaktadır.

Anayasa md.74 "vatandaşlar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve TBMM'ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir." kuralı ile dilekçe hakkının kullanılması yönünden bir yaş sınırı öngörmemektedir. Bu durumda 18 yaşından küçüklerin dilekçe hakları ile siyaset üzerinde etkili olabilmeleri düşünülebilir.

IV. TEMEL HAK SÜJESİ OLARAK ÇOCUKLAR

"Temel hak taşıyıcılığı" ile aynı anlama gelen temel hak süjeliği, temel hak ehliyetini yani bir temel hakkın kişisel yürürlük alanını amaçlar. Temel hak kavramı özgürlük haklarını sosyal ve siyasal hakları ve hak eşitliğini kapsar.

1. Temel Hak Ehliyeti

Bir temel hakkın taşıyıcısı temel hak ehliyetine sahiptir. Temel hak taşıyıcıları ilgili temel haklarla korunurlar. Temel hak ehliyeti temel haklara sahip olma konusunda önem taşıyıp, bu hakları bağımsız olarak kullanma olanağı konusunda önem taşımaz. Temel hak ehliyeti, temel hak taşıyıcısının iradesinden bağımsız olarak mevcuttur. "Hak ehliyeti" kavramından farklı olarak "temel hak ehliyeti", "temel hak süjesi" ve "temel hak taşıyıcısı" kavramları hukuk düzenimizde yer almamaktadır⁵¹.

2. Temel Hak Ehliyetinin Çocukların Yaşamındaki Anlamı

Temel hak ehliyeti, temel hak sahipliğini belirler.

50. Türk Vatandaşlık Kanunu md. 1-8; M.K. md. 311 f.I, 312, 319; 1587 sayılı Nüfus Kanunu 5., 7., 16. maddeleri ile 3080 sayılı yasa değişikliği ile getirilen Ek-1 ve Ek-2 maddeleri; İlk Öğretim Kanunu, md. 99 f.I.

51. Fehrmann U., Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 445, Berlin 1983, s.14 vd.; Roell M., Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, in Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 468, Berlin 1984, s.15 vd.

Bu anlatım biçimi teorik olarak doğru olmakla birlikte, çoğunlukla pratik bir anlam taşımamaktadır. Saçlarını kestirdiğinde, doktora iğne yaptırdığında veya kendini ameliyat ettirdiğinde çocuk, kişi özgürlüğünün temel hak taşıyıcısı olduğunun, bir toplantıya katıldığında toplanma özgürlüğünün taşıyıcısı olduğunun, evde dua ettiğinde ya da camiye gittiğinde din ve vicdan özgürlüğünün taşıyıcısı olduğunun bilincinde midir?

Bu örnekler gösteriyor ki çocuklar, ilgili temel hakkın taşıyıcısı olup olmadıklarıyla ilgilenmeden kural olarak temel hakları kullanmaktadırlar.

Herkes, temel hakka ehil olup olmadığından bağımsız olarak bir temel hakkı kullanabilir. Temel hak ehliyeti ancak bir temel hakkın kullanılmasının engellenmesi durumunda önem kazanmaktadır. Bir temel hakkın zorla geçerli kılınması ile temel hak ehliyeti pratik bir önem kazanır.

Şu halde kural olarak temel hak taşıyıcısı, temel hakkının kullanımında engellenmedikçe temel hak ehliyetinin pratik bir anlamı yoktur.

3. Temel Hak Ehliyetinin Belirlenmesi

Hukuk düzenimiz M.K. md.8 de hak ehliyetini düzenlemektedir. İsviçre'de öğreti⁵² ve yargı⁵³ tarafından özel hukuk kurumları olan "hak" ve "fiil ehliyeti" kamu hukukuna aktarılmış ve temel hak taşıyıcılarının belirlenmesinde de kullanılmışlardır. Bu yapılırken bir gerekçe de gösterilmemiştir. İsviçre'de öğretide Medeni Kanun'un hak ve fiil ehliyetlerine ilişkin kurallarının özel hukuku aşan çok geniş anlamları olduğu, bu kuralların kamu hukukunda da uygulanabilir kurallar oldukları⁵⁴, kişiler hukukunun tümünün farklı bir düzenleme olmadığı sürece kıyasen kamu hukukuna da uygulanabileceği görüşü egemendir⁵⁵.

52. Auer A., Die Schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel und Frankfurt am Main, s.196, N.345; Bircher W., Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, s.55; Gyg; Fritz, Verwaltungsrecht, Bern 1986, s.118 vd.; Hangartner Y., Grunzüge des Schweizerischen Staatsrechts, 2.Bd. Zürich 1982, s.37; Imboden M./Rhinow R., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung Bd. I. Basel-Stuttgart 1976, s.176; Kalin W., Das Verfahren der Staatliche Beschwerde, Bern 1994, s.217; Kölz A./Häner I., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsplege des Bundes, Zürich 1993, s.76, No: 108 ve s.141 N: 231; Kölz A., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, s.193; Leber M., Die Beteiligten am Verwaltungsprozess, in: Heft Recht 1985, s.22; Saladin P., Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel und Stuttgart 1979, s.88 vd.

53. Krş. BGE 98 I a 324 vd.

54. Bucher A., Natirliche Personen und Personlichkeitschutz Basel-Frankfurt am Main 1986, s.21, N.2, Hangartner Y., Grunzüge des schweizerischen Staatsrechts 2.B., Grundrechte Zürich 1982, s.37.

55. Bucher E., Das Personenrecht Berner Kommentar zu den Art. II-26 ZGB Bern 1976, s.86, N.8; Gygi F., Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986, s.34 vd., ve s.285 vd.; Saladin P./Zimmerli U., Einführung in das Verwaltungsrecht, Skriptum für die Vorlesung, Bern 1991, s.71 vd.

Anayasa md.12 f.1'de zaten herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirlenmiş ve md.10'da herkesin yasa önünde eşit olduğu ilkesi konulmuş olması karşısında aslında genel temel hak ehliyetinin dayanağı olarak özel hukuk kurumu olan M.K. md.8'e başvurulması gerekli değilse de M.K. md.8'de evrensel bir anlamı olan bir doğal hukuk ilkesinin anlatımı sözkonusudur⁵⁶.

M.K. md.8'in ne tarihsel gelişimi ne anlatım biçiminden 1907'deki İsviçre yasa koyucusunun bu kural ile kamu hukukundan sapan bir düzen yaratmak istediği sonucunu çıkarmak mümkündür. Tersine M.K. md.8 ile anayasal eşitlik ilkesinin fazladan belirgin kılınmak istendiği noktasından yola çıkılması gereklidir⁵⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.1'e göre sözleşme tarafı olan devletler kendi uyruklarına sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri tanımakla yükümlüdür. Bu yolla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi genel temel hak ehliyetini garanti ettiği tüm temel haklar için tanımaktadır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi md.2 (1)'e göre "taraf devletler, bu sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, hiçbir ayırım gözetmeksizin tanırlar ve taahhüt ederler."

Çocuk Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından imzalanarak, 27.01.1995 tarihinde resmi gazetede yayınlanıp yürürlüğe girmekle 18 yaşından küçük çocuklar sözleşmenin 2. maddesi ile temel hak ehliyeti konusunda ek bir garanti elde etmişlerdir.

Birçok temel hak aynı zamanda "İnsan Hakları" olarak nitelendirilmiştir. İnsan haklarında temel hak taşıyıcıları çevresi insan hakları tanımlamasından da anlaşılmaktadır. Kural olarak tüm insanlar bu hakların taşıyıcılarıdır.

Böylece çoğunlukla yapıldığı gibi genel temel hak ehliyetinin dayanağı olarak hak ehliyetinin özel olarak düzenlendiği tek kural olan M.K. md.8'e başvurulmasının gerekli olmadığı sonucuna varmış bulunuyoruz.

Bu özel hukuk kavramı Anayasa hukukuna aktarılmaya da temel hak ehliyeti geçerlidir. Genel temel hak ehliyeti, MK md.8'de özel olarak anlatılmış olmakla birlikte aynı zamanda Anayasa md.12 ve 10'dan, devletler hukukundan ve birçok temel hakkın insan hakları olarak nitelendirilmesinden kaynaklanır ve 20. yüzyılın doğal bir olgusudur⁵⁸. Genel temel hak ehliyeti kurumunun kökleri 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildiri-

56. Pedrazzini M./Oberholzer N., Grundriss des Personenrechts 4.B., Bern 1993, s.52; Vische F., Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, 1.Bd., Basel 1969, s.556; Bucher A., Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz Basel-Frankfurt am Main 1986, s.22, N.24.

57. Müller F.O., Grundrechte der Kinder, Zürich 1996, s.18.

58. Bucher E., Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26, ZGB, Bern 1976, s.36 vd.

si'nin 1. maddesine uzanmaktadır. Burada cinsiyet, yaş ve sosyal durumdan bağımsız olarak "Les hommes naissent et demeurent Libres et égaux en droits" kuralı yeralmaktadır⁵⁹. Bununla beraber aşağıdaki açıklamalarda görüleceği üzere genel temel hak ehliyeti genel hak ehliyeti gibi mutlak değildir.

4. Çocuklar Temel Hak Ehliyetine Sahiptirler

a) Kural

Hukuk düzenimizde genel temel hak ehliyeti geçerli olduğundan kendilerine Türk hukukunun uygulandığı bütün insanlar reşit olup olmamalarına, kısıtlı olup olmamalarına, cinsiyet, uyrukluk, ırk, din ve sosyal durumlarına bakılmaksızın Anayasa ve yasa bir istisna öngörmediği sürece tüm temel hakların taşıyıcısıdır. Böylece Türk hukukunun uygulandığı tüm çocuklar kural olarak tüm temel hakların taşıyıcısıdır⁶⁰.

Çocukların kural olarak temel hak taşıyıcısı olduğu sadece genel temel hak ehliyeti ilkesinden çıkarılmamakta, aynı zamanda Anayasanın kural olarak temel hak taşıyıcılarının alanını sınırlamak istediğinde bunu özel olarak göstermesinden de anlaşılmaktadır.

Anayasa temel hak taşıyıcılarının kapsamını açıkça ya da üstü kapalı olarak sınırlamadığı sürece temel haklar Türk hukukunun uygulandığı tüm kişiler ve bu arada çocuklar için de geçerlidirler.

Örneğin, çocuklar da düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, hak arama özgürlüğünün, yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı, mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, dilekçe hakkı ve özel yaşamın gizliliği konusundaki hakkın taşıyıcısıdır.

b) İstisnalar

Belli temel hakların taşıyıcısı sadece Türklerdir. Bu sınırlama hem yetişkinler hem çocuklar için geçerlidir.

59. Kölz A., Quellenbuch zur neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte, Bern 1992, s.31.

60. Bannwart/Maurer E., Das Recht auf Bildung und das Elternrecht, Bern und Frankfurt 1975, s.91; Bucher E., "Drittwirkung der Grundrechte"? Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung" İ.S. Eckstein, K.A., Schule und Elternrecht, Staatliche Bildungsziele und elterliche Befugnisse im öffentlichen Schulwesen Diss.Basel 1979; Hafelin U./Haller W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht 3.B., Zürich 1993, s.336, N.1119; Hangartner Y., Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts zweiter Bd. Grundrechte Zürich 1982, s.36; Müller J.P., Elemente einer schweizerischen Grundrechts-Theorie, Bern 1982, s.91; Müller J.P., Einleitung zu den Grundrechten in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossen; Saladin P., Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in Festschrift f. Hinderling, Basel-Stuttgart 1976, s.187; Tschümperlin U., Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989, s.75.

Çocuklar bakımından genel temel hak ehliyetinin bir başka sınırlanmasını dilekçe hakkı dışında siyasal haklar oluşturur.

Seçme ve seçilme ve halk oylamasına katılma hakları kullanılmaları için bir yaş sınırı ve Türk vatandaşlığı koşulunu ararlar. Temel hak ehliyetinde bir temel hakkın kullanımı değil bir temel hakka sahip olma söz konusu olduğu halde çocuklar ve gençler öngören yaşa gelene kadar bu siyasal hakların taşıyıcısı değildirler. Ne temel hak kullanma ehliyetine sahip olmayan kişinin kendisi ne de onun yasal temsilcisi 18 yaşından küçüklerin seçme, seçilme, halk oylamasına katılma haklarını kullanabilirler. Bu siyasal haklar 18 yaşından küçükler için pratikte bir anlam taşımazlar. Yani 18 yaşından küçükler siyasal hakların taşıyıcısı değildirler⁶¹.

Kullanılmaları için asgari bir yaş sınırı konulmuş olan bu siyasal haklar dışında çocuklar tüm temel hakların taşıyıcısıdır.

Din ve vicdan özgürlüğü, çocukların temel hak taşıyıcısı oldukları ilkesinin istisnasını oluşturmamaktadır. Küçükler de din ve vicdan özgürlüğünün stüjesidir⁶². İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre din ve vicdan özgürlüğünde tinsel özgürlüğün en iç alanı söz konusudur⁶³. Bu nedenle 18 yaşından küçükler temyiz kudretine sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın, kişiliğe bağlı bu temel hakkın bağımsız olarak kullanımını olanaksız kılmak duraksama uyandırıcıdır (krş. M.K. md.266, Anayasa md.24 f.III). 18 yaşından küçükler tinsel özgürlüğünün bu en iç alanında temel hak ehliyetinin kabul edilmemesi ise savunulamaz.

Aynı şekilde, özel hukuk kurallarına göre evlilik için asgari bir yaş sınırının konulmuş olmasından, Anayasa md.41'de garanti edilen evlenme özgürlüğü konusunda çocukların temel hak ehliyetine sahip olmadıkları sonucu çıkarılamaz. Evlenme özgürlüğü sadece evlenme sözleşmesini yapma hakkını garanti etmemekte aynı zamanda temel hak taşıyıcısını Anayasa şikayeti kurumunun öngördüğü ülkelerde çiftleri mağdur eden genel düzenlemelerin iptalini isteme konusunda da yetkilendirmektedir. Çünkü bu tür düzenlemelerin iptalini sadece bugünkü değil gelecekteki ilgililer yani M.K. md.88'e göre henüz evlenme ehliyetine sahip olmayanlar da isteyebilir.

Evlenmek için yasanın öngördüğü asgari yaş bu nedenle bir temel hak ehliyeti sorunu olmayıp temel hakkın kullanılması sorunudur⁶⁴.

61. Müller O.F., Grundrechte der Kinder, Zürich 1995, s.21.

62. BGE IOI I a 397.

63. Krş. Saladin P., Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in Festschrift für H. Hinderling, Basel Stuttgart 1976, s.192.

64. Bucher A., Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Basel-Frankfurt am Main, s.22, N.28; Bucher Eugen, Das Personen Recht Berner Kommentar zu den 11-26 26 B., Grossen Jaques-Michel, das Recht der Einzelpersonen in= Schweizerisches Privatrecht, 2.Bd., Basel-Stuttgart 1967, s.313.

5. Temel Hak Ehliyetinin Başlangıcı

Temel hak ehliyetinin başlangıcı problematiği kullanılan temel hak-tan bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bir temel hakkın çocuklar bakımından anlamlı bir uygulama durumunun olmaması bu temel hakkın kişisel yürürlük alanı için bir yaş sınırı konulmasını gerektirmez.

Bir temel hakkın kullanılması problem doğursa bile bu olgunun temel hak ehliyetinin başlangıcı üzerinde bir etkisi olmamalıdır.

Kamu hukuku hak ehliyeti ve temel hak ehliyeti konusunda kendine özgü özel düzenlemeler tanımadığı için ilgili özel hukuk kurumları kamu hukukuna aktarılabilir.

M.K. md.27'ye göre, yaşam, tamamlanmış doğumdan sonra başlar. Hak ehliyetinin ve temel hak ehliyetinin başlangıcı için çocuğun doğumdan sonra yaşam belirtileri vermesi önem taşır⁶⁵.

Sağ doğmak şartıyla çocuk, doğumdan önce M.K. md.27 f.II'ye göre, hak ehliyetine ve aynı zamanda temel hak ehliyetine sahiptir. Bu kural M.K. md.524'te en erken tarih olarak gebe kalmanın kabul edilmesiyle somutlaştırılmıştır (Cenin, sağ olarak doğarsa mirasçı olur).

Tıbbın gelişmesi nedeniyle oluşmakta olan yaşamı yeterince koruyabilmek için hak ehliyeti M.K. md.27 f.II'ye göre, bu olgunun kadının vücudu içinde veya tüpte gerçekleşmesine bakılmaksızın, sperm ve yumurtanın birleşmesi anında başlamalıdır⁶⁶.

V. TEMEL HAKLARI KULLANMA EHLİYETİ

1. Genel Olarak

Temel hak ehliyeti, temel hakka sahip olmayı, temel hakları kullanma ehliyeti bu temel hakları bağımsız olarak kullanmayı belirler.

Bağımsız olarak kullanma hakkı, kural olarak mahkemede bağımsız dava takip etmeyi de kapsar. Çünkü dava ehliyeti temel haklardan kaynaklanan iddialar sözkonusu olduğunda temel hak kullanma ehliyetine bağlıdır.

65. Bucher A., *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* Basel-Frankfurt am Main 1986, s.67 vd., N.201 vd.; Pedrazzini M./Oberholzer N., *Grundriss des Personenrechts* 4.B., Bern 1993, s.30; Tuor/Schnyder, *Das Zivilgesetzbuch*, 10.B., Zürich 1986, s.97 vd.

66. Hegnauer C., *Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte*, in *Festschrift für U. Häfeli zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, s.127 vd.; Müller J.P., *Die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung*, 2.B., Bern 1991, s.35 vd.

2. Temel Hakları Kullanma Ehliyetinin Çocuk Yaşamında Önemi

a) Genel Olarak

Temel hakları kullanmaya ehil olanlar temel haktan kaynaklanan iddialarını bağımsız olarak kullanabilmektedirler. Ancak bu olgudan temel hakları kullanmaya ehil olmayanların temel haktan kaynaklanan iddialarını pratikte bağımsız olarak kullanamadıkları sonucuna varılamaz:

Temel hak kullanma ehliyetine sahip olmayan bir çocuk bağımsız olarak bir dini ayine katılabilir. Böylece temel hak kullanma ehliyetine henüz sahip olmadığı halde din özgürlüğü temel hakkını kullanmaktadır.

Bir temel hakkın kullanılmasından ondan kaynaklanan hakların salt kullanılmasının anlaşıldığı sürece, temel hak kullanma ehliyeti, -temel hak ehliyeti gibi- pratik bir anlam taşımaz.

Ama "temel hakkı kullanma" kavramı altında, temel hak muhatabının iradesine karşı bir kullanım anlaşılabilecek olursa temel hak kullanma ehliyeti önem taşır. Sadece temel hakkı kullanmaya ehil olan bu temel hakkı temel hak muhatabının iradesine karşı bağımsız olarak geçerli kılabilir. Temel hak muhatabının temel hakkı sınırlayan saldırılarına karşı bağımsız olarak dava yolu ile savaşılabılır. Teorik olarak temel hak kullanma ehliyeti bir temel hakkın bağımsız kullanılıp kullanılamayacağını belirlediği halde, pratikte bir temel haktan kaynaklanan hakların geçerli kılınması sırasında önem kazanır.

Ancak temel hak kullanma ehliyetine sahip olmayanlar temel haklara yapılan saldırılar karşısında korumasız değillerdir. Aksine kural olarak onların yasal temsilcileri bu kişilerin haklarının, onların istek ve menfaatlerini dikkate alarak zorla geçerli kılınmasını sağlamaya yükümlü ve bu konuda hak sahibidirler.

Diğer yandan bir çocuğun temel hak kullanma ehliyetine sahip olması bu alanlarda yasal temsilcilerinin katılım haklarının olmadığı anlamına da gelmemektedir⁶⁷.

Temel hak kullanma ehliyeti temel hak taşıyıcısının temel haklarla korunan haklarının ileri sürülmesinde kendisinin bir avukat aracılığıyla temsil edilmesini içerir⁶⁸.

Temel hakları kullanma ehliyeti aynı zamanda temel hak taşıyıcısının kendi temel haklarla korunan isteklerini bağımsız olarak ve bir avukat aracılığıyla dava yoluyla ileri sürmesini de kapsar⁶⁹.

67. Müller F.O., Grundrechte des kinder, Zürich 1996, s.25.

68. Bucher E., Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 26 B., Bern 1976.

69. Bucher E., Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 26 B., s.106 vd.

b) Uygulama Durumları

Basın özgürlüğü bakımından temel hakları kullanma ehliyetine sahip olan bir öğrenci, bu temel hakkına dayanarak bir okul gazetesi çıkarabilir ve okul idaresinin yasaklamasına karşı yargı yoluna başvurabilir.

Çalışma temel hakkını kullanma ehliyetine sahip vesayet altında bulunan küçük, mesleğini bağımsız olarak seçebilir ve vasinin müdahalesine karşı yargı yoluna başvurabilir. Yurtta kalan temel hak kullanma ehliyetine sahip bir çocuk, ana babasına kendi ana dilinde mektup yazmasını yurt yönetiminin yasaklanmasına dil özgürlüğüne dayanarak karşı koyabilir.

c) Temel Hak Kullanma Ehliyetine Sahip Olmak Özerklik Anlamına Gelmez

Temel hak kullanma ehliyetine sahip olan çocuklar temel haklarının bağımsız bir şekilde kullanılması sırasında ister bir vasi ister ana-baba tarafından terbiye ve tedip edilmekte olsunlar yasal temsilcilerine saygı göstermek zorundadırlar.

M.K. md.260'a göre, "Ana baba ve çocuk, yekdiğerine karşı aile menfaatinin istilzam ettiği muavenet ve riayete mecburdur."

Çocuk ve aynı zamanda ailesi için uzun süreli sonuçlar doğuracak bir konuda, temel hak ehliyetine sahip çocuk tek başına karar veremez. Yasal temsilcilerinin görüşüne riayet etmek ve karar verirken bu görüşü gözönünde tutmak zorundadır.

Temel hak kullanma ehliyetine sahip olan bir çocuk bir meslek öğrenimine karar vermeden önce yasal temsilcilerine danışmakla yükümlüdür. Ancak karar yetkisi temel hak kullanma ehliyetine sahip olan çocukta kalır⁷⁰.

Temel hak kullanma ehliyetine sahip olan çocuğun vasi, kayyım ve ana babanın görüşünü "yaşam düzenleyici" konularda gözönünde tutma ödevi, yasal temsilcilerin kural olarak korumaları altındakilerin kararlarının mali sonuçlarını taşımak zorunda olmaları ve belli koşullarda onların davranışlarından sorumlu olmaları ile haklı çıkarılabilir. Çünkü temel hak kullanma ehliyetine sahip çocuğun yasal temsilcileri, çocuğun sorumluluğundan kurtulmuş değildirler. Bu nedenle yasal temsilciler terbiye ve tedip ödevlerini sürdürmek, temel hak kullanma ehliyetine sahip olana karar vermede yardımcı olmak ve onu rasyonel olmayan ve tehlikeli kararlardan alıkoymak zorundadırlar⁷¹. Çocuğun temel hak kullanma

70. Roell M., Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, Berlin 1984, s.98 vd.

71. Saladin P., Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in= Festschrift für H. Hinderling, Basel-Stuttgart 1976, s.190.

ehliyetine sahip olması ana babanın zorunlu katılma hak ve ödevlerini ortadan kaldırmaz. Çocuk ailede söz konusu olan özel otorite ilişkisi içinde temel hak kullanımında belli ek sınırlamalara katlanmak zorundadır⁷².

d) Temel Hak Kullanma Ehliyetinin Amacı

Bir çocuğun temel hak kullanma ehliyetine sahip olup olmadığının araştırılmasında temel hak kullanma ehliyetinin amacı sorgulanmalıdır. Bu amaç zayıf ve deneyimsiz olanın korunması olup, bu kişilerin eylemsel olarak kısıtlanması değildir. Şu halde temel hak kullanma ehliyeti çocuklara karşı olmayıp çocuklar yararına olan bir kurumdur.

Temel hak kullanma ehliyeti koşulu sadece korunmaya muhtaç bir kişiye zarar verme tehlikesinin bulunduğu durumlarda hakların bağımsız olarak kullanımını engellemelidir⁷³.

3. Temel Hak Kullanma Ehliyetinin Belirlenmesi

Temel hak kullanma ehliyeti hukuk düzenimizde açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte özel hukuktaki medeni hakları kullanma ehliyeti (fiil ehliyeti) kurumunu karşılar.

Kamu hukuku ne temel hak kullanma ehliyeti için, ne medeni hakları kullanma ehliyeti için kendine özgü düzenlemeler öngörmediğinden, özel hukukun buna uygun kuralları olan M.K. md.9-16 kuralları temel hakları kullanma ehliyetine de uygulanabilir⁷⁴.

4. Sınırsız Temel Hak Kullanma Ehliyeti

Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan kişi temel hak kullanma ehliyetine sahiptir ve temel haktan kaynaklanan bütün hakları bağımsız olarak ileri sürebilir. Temel hakla korunan alana yapılacak sınırlamalara karşı koyabilir. M.K. md.10'a göre mümeyyiz olan reşit, medeni hakları kullanmaya yetkilidir.

a) Rüşt

M.K. md.11'e göre rüşt, onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi reşit kılar.

15 yaşını dolduran kadın ve 17 yaşını dolduran erkek istisnai olarak evlenebilirler (M.K. md.88 f.I) ve evlenmekle reşit olurlar. Olağanüstü

72. Müller F.O., Grundrechte der Kinder, Zürich 1991, s.26.

73. Bucher E., Das Personenrecht Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.412, N.156.

74. Ekstein K.A., Schule und Elternrecht. Staatliche Bildungsziele und elterliche Befugnisse im öffentlichen schulwesen, Basel 1979, s.219 vd.

durumlarda ve çok önemli bir nedene dayanarak sulh yargıcının izni ile kadın 14, erkek 15 yaşını doldurduğunda ana baba ya da vasiinin dinlenmesi koşuluyla evlenebilir ve buna uygun olarak 18 yaşından önce reşit olurlar (M.K. md.88 f.II).

Ayrıca M.K. md.12'ye göre 15 yaşını dolduran küçük kendi rızası ile ve ana babanın izni ile, vesayet altındaysa vasi dinlendikten sonra Asliye Mahkemesi'nce reşit kılınabilir.

Kamu hukukunda örneğin seçme ve seçilme hakkının kullanılması ve siyasi partilere üye olmak için 18 yaşın doldurulması öngörülürken, dilekçe hakkının kullanılması için belli bir yaş sınırı öngörülmemiştir⁷⁵. Ancak bu istisnai durumda da temel hak kullanma ehliyeti temel hak süjesi temyiz kudretine sahipse vardır.

b) Temyiz Kudreti⁷⁶

Rüştün araştırılması normalde hiçbir zorluk doğurmamaktadır. Çünkü rüşt genel ve soyut kriterlerle belirlenmektedir. Temyiz kudretinin varlığının araştırılması ise daha büyük güçlük doğurmaktadır. Temyiz kudretinin varlığı her kişi için, somut davranışı gözönünde tutularak yeniden araştırılmalıdır. Her münferit durumun tüm koşulları herhalde dikkate alınmalıdır.

- Rüştten farklı olarak temyiz kudreti, hakların bağımsız olarak kullanılmasını için mutlak bir koşuldur. Temyiz kudretine sahip olmayan kişinin tasarrufu M.K. md.15'e göre -yasadaki belirli istisnalar dışında- hukuksal bir sonuç doğurmaz.

Böylece temyiz kudretine sahip olmayan temel haktan kaynaklanan haklarından bağımsız olarak faydalanamaz. Buna karşılık reşit olmayan ama mümeyyiz olan kişiler çeşitli hakları bağımsız olarak kullanabilirler.

aa) Temyiz Kudretinin Varlığının Kabulü Konusunda Kriterler

Bir yaşam olayını doğru tanıyan ve değerlendirebilen, bu değer yargısına dayanarak bir karar oluşturabilen ve bu karara uygun olarak hareket edebilen kişi temyiz kudretine sahiptir.

Bu konuda M.K. md.13'e göre rasyonel davranış önem taşımaktadır. Bu arada her rasyonel olmayan davranış da temyiz kudretine sahip olma sonucunu doğurmaz. Temyiz kudretinin olmadığı sonucuna varmak

75. Muheim F.X., Das Petitionsrecht ist gewährleistet, Bern 1981, s.91.

76. Krş. Binder H., die Urteilsfähigkeit in psychologischen psychiatrischer und juristischen Sicht, Zürich 1964.

için söz konusu davranışın hastalıklı olarak nitelendirilmesini gerektirecek bir rasyonel olmama söz konusu olmalıdır⁷⁷.

Temyiz kudretinin araştırılmasında çok katı kriterler kullanılmamalıdır: Dış dünya en azından ana hatlarıyla doğru tanınıp anlaşılmışsa temyiz kudretinin varlığı kabul edilmelidir⁷⁸.

Değerlendirmenin toplumun salt genel değer ölçülerine uymaması nedeniyle değerlendirme ehliyetinin yokluğuna karar verilmemelidir. İnceleme sırasında somut bir kişinin değerlendirme kriterleri, amaçları ve çabaları gözönünde tutulmalıdır⁷⁹.

Temyiz kudretinin araştırılmasında sadece çocuğun kişiliği ve olay değil, söz konusu hak da gözönünde tutulmalıdır. Kişiye bağlı hakların kullanılmasında çocuğun rasyonel davranışı konusunda daha hoşgörülü isteklerde bulunmaktadır⁸⁰.

Kişiye bağlı haklar bakımından "rasyonel davranış" kriteri temyiz kudretinin araştırılmasında pek elverişli değildir⁸¹. Temyiz kudretinin tanınmasında hoşgörülü davranma M.K. md. 16 f.II anlamında insanın kişilik alanını koruyan tüm hakları kapsar⁸².

Rasyonel davranış ehliyetinin kabulü konusunda mamelek hakları söz konusu olduğunda daha titiz davranılmaktadır.

Hiç kimse rasyonel olmayan bir davranışın sonucu olarak, eğer bu davranış M.K. md.13'teki nedenlere dayanmıyorsa "gayri mümeyyiz" olarak nitelendirilemez. Bu maddede sayılan nedenlerden biri de yaş küçüklüğüdür. Yasa koyucu temyiz kudretinin varlığı için katı bir yaş sınırlaması koymaktan kaçındığı için, her çocuk için her defasında yeniden, belli davranış konusunda temyiz kudretinin olup olmadığına karar verilmelidir. Çocuk kolay anlaşılabilir bir konuya ilişkin davranış için temyiz kudretine sahip kabul edildiği halde karışık hukuksal işlemler için rasyonel davranış ehliyetine sahip olmayabilir. Çocuk olaylara göre değişen bir biçimde daha erken veya daha geç temyiz kudretine erişebilir.

77. Bucher E., Das Personenrecht Berner kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.263, N.52 vd., Bucher A., Natürliche Personen und Persönlichkeitschutz, Basel-Frankfurt am Main 1986, s.33, N.75.

78. Pearazzini M./Oberholzer N., Grundriss des Personenrechts Bern 1993, s.69 vd.

79. Pearazzini M./Oberholzer N., Grundriss des Personenrechts Bern 1993, s.70.

80. Bucher E., Das Personenrecht Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.269, N.71.

81. Bucher A., Natürliche Personen und Persönlichkeitschutz, Basel-Frankfurt am Main 1986, s.37, N.87.

82. Imboden M./Rhinow R., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I. Allgemeiner Teil Basel-Stuttgart 1976, s.176.

bb) İspat Yükü

Temyiz kudretinin varlığını iddia eden bunu kanıtlamakla yükümlüdür. Temyiz kudretinin bulunduğu varsayılır⁸³.

Reşit olmayan kişi ne kadar küçükse bu varsayım o oranda zayıftır. Öyle ki sonuçta tümden yok kabul edilir. Küçük bir çocuğun temyiz kudreti tartışıldığında temyiz kudretinin yokluğunu iddia eden, sadece küçük çocuğun genel durumuna göre normalde ve olasılıkla gayri mümeyyiz olarak kabul edilmesi gerekeceğini ispatlamak zorundadır⁸⁴. Küçük çocuk ya da onun temsilcisine bunun tersini kanıtlama yolu açıktır.

5. Sınırlı Temel Hak Kullanma Ehliyeti

Haklarını bağımsız olarak ileri sürmeğe sadece reşit olan yetkili değildir. M.K. md. 16 f.I ve II'ye göre reşit olmayan mümeyyizler yasal temsilcilerinin izni ile kendi eylemleriyle yüküm altına girebilirler. Yasal temsilcilerinin izni olmaksızın karşılıksız kazanç elde edebilirler. Kendi kişilikleri nedeniyle sahip oldukları hakları kullanabilirler. Ama bu durumlarda da sadece temyiz kudretine sahip olan bu haklarını bağımsız olarak kullanabilir⁸⁵.

a) Yasal Temsilcinin İzni ile Hareket Etme

Yasa bir istisna öngörmedikçe temyiz kudretine sahip olan ama henüz reşit olmayan küçükler ve gençler M.K. md.16 f.1'e göre yasal temsilcilerinin izni ile sahip oldukları hakları sınırsız fiil ehliyetine sahip olanlar gibi bağımsız olarak kullanabilirler. Yasal temsilcilerinin izni ile, sınırsız temel hak kullanma ehliyetine sahip olanlar gibi temel haklardan kaynaklanan haklarını kullanabilirler. İzin, bir hak kullanılmadan önce verilebileceği gibi, hakkın kullanılmasına katılma ya da hak kullanıldıktan sonra icazet yoluyla verilebilir.

İzin bir şekle bağlı olmayıp, açık ya da üstü kapalı olarak verilebilir. Belli sayıda hukuksal işlem için verilebilir. Bu yolla yasal temsilciler çocuklarına kendilerinden ayrı yaşama ve bağımsız bir ev yönetmek için gerekli hukuksal işlemleri yapma iznini verebilirler.

b) Yasal Temsilcinin İzni Olmadan Hareket Etmek

Reşit olmayan mümeyyizler anne-babalarının izni olmadan M.K. md.16, f.II gereğince karşılıksız kazandırma amacına yönelik işlemlerde

83. Bucher E., Das Personentecht Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.267, N.125; Bucher A., Natürliche Personen und Persönlichkeitschutz, Bern 1993, s.38, N.91; BGE 90 II 12 E.3.

84. Bucher E., Das Personenrecht Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.288, N.127.

85. Krş. Bucher E., Das Personenrecht, s.260 vd., N.132 vd.

bulunabilirler ve kişiye bağlı haklarını kullanabilirler. (M.K. md. 16: Mümeyyiz bulunan küçükler ile mahcurlar, kanuni mümessillerinin rızası olmadıkça bizzat kendi tasarruflarıyla iltizam edemezler. İvazsız iktisapta ve münhasıran şahsa merbut hatları kullanmakta bir rızaya muhtaç değildirler.)

Söz konusu hak mutlak bir kişilik hakkı olmadıkça çocuk bu hakkın kullanımında kendisini temsil de ettirebilir. Md. 16 f.II'de amaçlanan eylem özgürlüğü hem buna uygun bir vekalet vermeyi hem de bir vekalet sözleşmesini bağımsız olarak yapma yetkisini kapsar⁸⁶. M.K. md. 16 f.II anlamında bir hakkın kullanımında çocuk kendini ana babasına temsil ettiriyorsa, ana baba yasal temsilci olarak değil gönüllü temsilci olarak hareket ederler⁸⁷.

Din ve vicdan özgürlüğünü reşit olmayanlar yasal temsilcilerinin izni olmadan ileri sürmek isterlerse durum ne olacaktır? Din ve inanç özgürlüğü M.K. md.16 f.II anlamında kişiye bağlı bir haktır (Din ve inanç özgürlüğü md.16 f.II anlamında küçüğe kişiliği nedeniyle tanınmış bir hak ve aynı zamanda bu özgürlüğün kullanımı karşılıksız kazanç olarak da nitelendirilebilir). Bu nedenle mümeyyiz ve reşit olmayan bir çocuk tarafından bağımsız olarak kullanılabilirdir⁸⁸.

Oysa Anayasa md.24 f.III'te; "Din ve ahlak eğitimi ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitimi ve öğretimi ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlıdır" kuralı yer almaktadır. Bu kural, M.K. md.266'daki "Çocuğun dini terbiyesini tayin ana babaya aittir. Ana babanın bu husustaki hürriyetini tahdit edecek her türlü mukavele muteber değildir. Reşit dinini intihapta hürdür" kuralı ile uyum içindedir.

M.K. md. 266'ya göre Din ve vicdan özgürlüğünün taşıyıcısı olan mümeyyiz çocuk 18 yaşını doldurmadıkça yasal temsilcilerinin izni olmadan bu temel hakkı kullanamayacaktır. Böylece Anayasa md.24 f.III ve M.K. md.266, 18 yaşından küçükleri kişiye bağlı bir hak olan din ve vicdan özgürlüğü temel hakkının kullanılmasında kısıtlamaktadır. M.K. md.266 mümeyyiz olan küçükler açısından md.16 f.II ile çelişki içindedir.

86. BGE 112 IV 10 vd.

87. Bucher A., *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1993, s.55, N.153.

88. Saladin P., *Rechtsbeziehungen Zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungssrechts in Festschrift für H. Hinderling* Basel Stuttgart 1976, s.208; Mutlak-Nisbi kişilik hakları ayrımı için bkz. S.48.

aa) Kişiyeye Bağlı Haklar

Reşit olmayan bir kişinin kişiliği nedeniyle sahip olduğu haklar kişiyeye bağlı haklar olarak nitelendirilmektedir. Temyiz kudretine sahip olup reşit olmayan çocuklar kişiyeye bağlı haklarını yasal temsilcilerinin izni olmadan bağımsız olarak ileri sürebilirler⁸⁹. İlgilinin topyekun durumu ve kişilik bünyesi kararların rasyonel gerçeklere daha az dayanmasını gerektiriyorsa fiil ehliyeti ve karar özgürlüğü tanınmalıdır⁹⁰.

Temyiz kudretine sahip olanların kişiliklerine bağlı haklarını bağımsız olarak ileri sürebilme hakları, bu hakların hak taşıyıcısına çok yakın bağlılığı ile gerekçelendirilebilir.

İsviçre’de öğreti ve yargıda kişiliğe bağlılığın yoğunluğuna göre mutlak ve nisbi kişiliğe bağlı haklar ayrımı yapılmaktadır. Kişiliğe bağlılık sıkı ise mutlak kişiliğe bağlı haklardan, aksi halde nisbi kişiliğe bağlı haklardan sözedilir⁹¹.

“Mutlak kişilik hakları”nı sadece reşit olmayan mümeyyizin kendisi kullanabilir. Bu haklar kullanım için temsile izin vermezler. Reşit olmayan temel hak taşıyıcısı, temyiz kudretine sahip değilse hiçkimse bu hakları kullanamaz⁹². Bu açıdan mümeyyiz olmama, hak ehliyetine hanel getirmektedir. Çünkü hak taşıyıcısı kimsenin kullanamadığı bu nedenle çok az pratik değeri olan bir hakkın taşıyıcısıdır. Buna karşılık “nisbi kişilik hakları” hak taşıyıcısının temyiz kudretine sahip olmaması durumunda onun yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir⁹³.

Kişiyeye bağlı hakların hepsinde ortak olan, edinilmelerinin (kazanılmalarının) mümkün olmaması, insanlara hak ehliyeti ile verilmiş olmalarıdır. Bu haklar insana kişiliği nedeniyle ve onun korunması için verilmişlerdir. Bu nedenle mamelekin bir bölümünü oluşturmazlar. Bu haklar kişinin dışında yer almazlar. Tersine onun içinde ve onun aracılığı ile mevcuttur⁹⁴. Bu haklar mutlak haklardır ne devredilebilirler ne de miras yoluyla edinilebilirler.

89. Baumann W., Die Höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten in= ZVW 1956, s.1 vd.

90. Bucher E., Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.422, N.191; Kişiyeye bağlı haklar, öğretilde “kişiyeye sıkı biçimde bağlı haklar”, “özellikle kişiyeye bağlı haklar”, “kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar” şeklinde ifade edilmektedir. M.K.’deki Kanun; “münhasıran şahsa bağlı haklar” terimini kullanmıştır.

91. Lüscher W., Begriff und Bedeutung der Familie im schweizerischen Recht, Zürich 1987, s.15 vd.

92. Krş. BGE 116 II 387 E.4; BGE 117 II 6.

93. Gontersweiler-Lüscher U., Die Wahrung höchstpersönlichen Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsfähiger Personen, Zürich 1955, s.17.

94. Gontersweiler-Lüscher U., Die Wahrung höchstpersönlichen Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsfähiger Personen, Zürich 1955, s.5.

Özel hukukta kişiliğe bağlı haklar arasında M.K. md.24'ten kaynaklanan kişilik hakları dışında; evliliğin kurulması ve sona erdirilmesine, tanınmaya, evlad edinmeye ilişkin haklar ve bir derneğe üyelik hakları da sayılmaktadır⁹⁵.

bb) Kişiliğe Bağlı Haklar Olarak Temel Haklar

Kamu hukukunda kişi özgürlüğü ve kişinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesine ilişkin hakları yani özellikle özgürlük haklarının büyük bir bölümü, kişiliğe bağlı haklardan sayılmaktadır⁹⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi (65 I 268) sayılı kararında kişi özgürlüğünden kaynaklanan bir yurda kapatılmaya karşı koyma hakkının, M.K. md.16 f.II anlamında kişiye bağlı bir hak olduğunu kabul etmiştir. Federal Mahkeme (88 IV 115) sayılı kararında “savunma hakkı”nı temel hak taşıyıcısına kişiliği nedeniyle tanınmış M.K. md.16 f.II anlamında bir hak olarak nitelendirilmiştir. (63 I 7) sayılı kararında Federal Mahkeme yerleşme özgürlüğünün M.K. md.16 f.II anlamında kişiliğe yakın haklara dahil olmadığını açıklamıştır.

Kişiliğe bağlı olarak kabul edilen temel hakların çoğu nisbî kişisel haklar olarak geçerlidirler ve bunun sonucu olarak temel hak taşıyıcısının temyiz kudretine sahip olmaması durumunda, hakları yasal temsilcileri tarafından ileri sürülebilir⁹⁷.

Anayasa md.41 ile korunmuş olan ve md.17 f.I'deki genel eylem özgürlüğünden kaynaklanan evliliğin kurulması ve sona erdirilmesi hakkı⁹⁸ ve yaşamın korunmasına ilişkin temel hak mutlak kişiye bağlı haklardan-
dır.

Bir temel hakkın M.K. md.16 f.II anlamında kişiliğe bağlı bir temel hak olup olmadığı konusunda temel hakla korunan istegin temel hak taşıyıcısına “kişisel yakınlığı” kriteri geliştirilmiştir⁹⁹.

95. Salt kişilik hakları tipeleştirilmesi için Bkz. Bucher E., Das Personenrecht berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.431 vd., N.221-326; Bucher A., Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Basel-Frankfurt am Main 1986, s.55 vd., N.155.

96. Bucher E., Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.445 vd., N.283-293.

97. Saladin P., Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern in Festschrift H. Hinderling Basel-Stuttgart 1976, s.188.

98. Bu durum ne evlenme özgürlüğünün temel hak kullanma ehliyetine sahip olmayan taşıyıcısının ne de yasal temsilcisinin evlenmenin devlet tarafından yasaklanmasına karşı Anayasa md.41'e dayanarak karşı koyamaması sonucunu doğurmaktadır. Mutlak kişilik haklarının kullanımında temsile izin verilmemesine neden, bu yaşam alanlarındaki kararların alınmasında çoğunlukla mantığın değil duyguların ve hak taşıyıcısının kişiliğinin etkili olmasıdır.

99. Saladin P., Rechtsbeziehungen Zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, Basel 1976, s.188.

Kişiliğe yakın temel haklarda, temel hakları kullanma ehliyeti temyiz kudretine sahip olma ile kazanılmaktadır. Kişiliğe daha az yakın haklarda ise rüşt ile başlamaktadır.

Kişiliğe yakın haklar olarak, tinsel (düşünsel) temel haklar-din özgürlüğü, düşünce, basın, dernek kurma, toplanma özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve buna yakın temel haklar kabul edilmektedir. Ayrıca dil özgürlüğü, evlenme özgürlüğü, meslek seçme özgürlüğü, yerleşme özgürlüğü¹⁰⁰ de kişiliğe yakın temel haklara dahil edilmektedir. Bu haklar temyiz kudretinin kazanılması ile temel hak taşıyıcısı tarafından bağımsız olarak kullanılabilirler.

Ekonomik temel haklar kişiliğe daha az yakın temel haklardır¹⁰¹. Örneğin mülkiyet garantisi, ticaret ve sanat özgürlüğü.

Kişiliğe daha az yakın temel haklar yasal temsilci M.K. md.16 f.I gereğince izin verdiği takdirde temyiz kudretine sahip olup, reşit olmayan çocuk tarafından kullanılabilir.

cc) Karşılıksız Kazançlar

Karşılıksız kazançları elde etme söz konusu olduğunda çocuklar korunmaya muhtaç değildirler. Bu nedenle de ana babalarının iznine gereksinimleri yoktur.

Temyiz kudretine sahip olan küçükler tüm karşılıksız kazançları M.K. md.16 f.II anlamında bağımsız olarak edinebilirler.

Bir kazancın M.K. md.16 f.II anlamında karşılıksız olup olmadığının değerlendirilmesinde kârlı bir işlem olup olmaması önem taşımamaktadır. Önemli olan karşılıksız kazanç karşılığı kesinlikle bir zararın doğmamasıdır¹⁰².

dd) Karşılıksız Kazanç Olarak Temel Haklar

Bir temel hak süjesi bir temel hakkı kullandığında, çoğunlukla karşılıksız bir kazanç elde etmektedir. Örneğin kişi özgürlüğünün, din ve vic-

100. Saladin P., Rechtsbeziehungen Zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, Basel 1976, s.210; Müller F.O., Grundrechte der Kinder Zürich 1996, s.36.

101. Saladin P., Rechtsbeziehungen Zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, Basel 1976, s.189.

102. Bucher E., Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s.414 vd.; temyiz kudretine sahip reşit olmayan kişinin karşılıksız kazançları elde etmesinde yasal temsilcinin iznine muhtaç olmaması kuralının bir istisnasını BK md.236 f.II oluşturmaktadır.

dan özgürlüğünün, düşünceyi açıklama, basın, dil, dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün, dinlenme hakkının, eşitlik ilkesinin, siyasal hakların kullanımının M.K. md.16 f.II anlamında karşılıksız kazançlar sağlamaktadır.

Ancak bu kazanç parasal zararlara neden oluyorsa M.K. md.16 f.II anlamında “karşılıksız kazanç” değildir. Bu durum çeşitli temel haklarda söz konusu olmaktadır. Örneğin bir derneğe girmek, dernek aidatının ödenmesi yükümlülüğünü getirebilir ya da bir öğrenci gazetesinin basımı, fotokopi giderlerinin ödenmesini gerektirebilir. Ama aynı zamanda kişi özgürlüğünden kaynaklanan rekreasyon (tatil zamanının düzenlenmesi) ya da hekim tarafından tedavi edilme konusundaki haklar mali yükümlülükler doğurabilir¹⁰³. Oysa tüm bu temel haklar M.K. md.16 f.II anlamında “kişiliğe yakın haklar”dır ve temyiz kudretine sahip olan temel hak taşıyıcısı onları bağımsız olarak kullanabilmelidir.

Şu halde M.K. md. 16 f.II anlamında “karşılıksız” olmak bir temel hakkın mümeyyiz ama reşit olmayan bir kişi tarafından bağımsız olarak kullanıp kullanılamayacağını değerlendirilmesi konusunda elverişli bir kriter olarak görünmemektedir.

Çünkü çoğu kere temel hakların kullanımında, bir kazancın karşılıksız olup olmadığına tesadüfler karar vermektedir. Örneğin temyiz kudretine sahip bir çocuk kişi özgürlüğüne dayanarak, kendisi tarafından ödenmesi gereken bir katkı payı şart koşmayan bir sigortaya sahipse yaşamsal bir müdahale için bir doktoru görevlendirebilecek ya da ücretsiz olarak fotopoki yaptırabiliyorsa basın özgürlüğüne dayanarak bir okul gazetesi çıkarabilecektir.

6. Temel Hakları Kullanma Ehliyetinin Yokluğu

Temyiz kudretine sahip olmayanlar M.K. md.14'e göre medeni hakları kullanma ehliyetine sahip değildirler ve böylece temel hakları kullanmaya da ehil değildirler.

Aynı şekilde temyiz kudretine sahip olup reşit olmayanlar M.K. md.16 f.II anlamında haklar söz konusu olmadıkça veya M.K. md.16 II'ye dahil olmayan haklar bakımından yasal temsilcilerinin M.K. md.16 f.I'e göre izni olmadıkça hakları üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildirler.

103. Haller W., Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern Basel, Zürich 1987, s.22, N.88; Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 3 f.2; md.23 f.3 ve md. 24 f.1.

Bir temel hak süjesi temel hak kullanma ehliyetine sahip değilse, bu olgu onun kendisine ait olan hakkından feragat etmek zorunda olduğu anlamına gelmez. Aksine yasal temsilciler onun menfaatlerini ve haklarını sadakatle korumakla yükümlüdürler.

Henüz doğmamış bir çocuğun temel hakları, temyiz kudretine sahip olmayan gibi yasal temsilcisi tarafından gözetilir.

Şüphesiz temel hak kullanma ehliyetine sahip olmayanların da hukukun konulmasında ve uygulanmasında temel haklarının gözetilmesini isteme hakları vardır¹⁰⁴.

a) Anne Baba Tarafından Temsil Edilme

Çocuk medeni hakları kullanma ehliyetinin olmayışı nedeniyle haklarını bağımsız olarak kullanamıyorsa, anne baba M.K. md.268 gereğince onu temsille yükümlüdür. Anne baba bunu yaparken çocuk adına hareket ederler. Çocuğu temsil ederken ana babanın dikkat edeceği nokta çocuğun esenlik ve yararı olmalıdır¹⁰⁵. Buna uymadıklarında yargıç gerekli önlemleri almakla yükümlüdür (M.K. md.272'ye göre ana baba vazifelerini ifa etmedikleri takdirde, hakim çocuğun himayesi için muktezi tedbirleri ittihaz ile mükelleftir.)

İsviçre M.K. md.301 f.II'ye göre anne-baba temsil yetkisini kullanırken çocuğun yaşına bakmaksızın, onun görüşünü dikkate almak zorundadırlar. İsviçre M.K. md.301 f.II, ana babanın temsil yetkisinin bir sınırını oluşturmaktadır.

Ana babanın temsil yetkisini M.K. md.376 f.II'de sınırlamaktadır. Bu maddeye göre bir işte yasal temsilcilerinin menfaati ile küçük ya da mahcurun menfaati birbirine zıt olursa sulh mahkemesi kayyım tayin eder.

Mutlak kişilik hakları (temel haklardan kişiliğe mutlak olarak bağlı olanlar) ana babanın temsil yetkisinin diğer önemli sınırını oluştururlar. Ne ana baba ne de vasi çocuğu, mutlak kişilik haklarının kullanılmasında temsil edebilirler¹⁰⁶. Bu olgu ne temyiz kudretine sahip olmayanın kendisinin ne de onun temsilcisinin bu hakları kullanamaması sonucunu doğurur¹⁰⁷.

104. Müller F.O., Frundrechte der Kinder, Zürich 1996, s.38.

105. Müller F.O., Grundrechte der Kinder, Zürich 1996, s.38.

106. Bucher A., Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Basel-Frankfurt am Main 1986, s.55, N.153; BGE 117 II 6; Gontersweller-Lüchinger.

107. BGE 116 II 387 E.4.

Bu durum mutlak kişilik haklarını, temyiz kudretine sahip olmayan temel hak sahipleri için anlamsız kılmakta ise de İsviçre M.K. böyle hal-lerde vesayet makamına müdahale olanağı sağlamaktadır. İsviçre M.K. md.307'ye göre "çocuğun yararının tehlikeye girmesi durumunda anne baba kendiliklerinden buna çare bulmuyorlarsa ya da çare bulacak du-rumda değillerse vesayet makamı çocuğun korunması için uygun tedbir-leri alır." Medeni Kanunumuzun 272. maddesi de Anayasaya uygun yorum sonucu yargıcın müdahalesi için yasal bir dayanak olarak kullanılabilir. Yargıç kişiye bağlı hakları mümeyyiz olmayan çocuk için kulla-namamakla birlikte, çocuğun korunması için önlemler alabilir¹⁰⁸. Kişiliğe bağlı haklar çoğunlukla ceza normlarıyla korunduklarından, ceza koğuşturması makamları da mutlak kişilik haklarının korunmasına çağrılıdır.

b) Vasi Tarafından Temsil Edilme

Velayet altında bulunmayan küçükler M.K. md.391 gereğince vasile-ri aracılığı ile temsil edilirler. Vasi de temsilde çocuğun esenliğini amaç-lamalıdır ve M.K. md.393'e göre "Temyiz kudretini haiz olup en aşağı 16 yaşında bulunan vesayet altındaki kimsenin mallarını idareye mütteallik mühim tasarruflarda, mümkün oldukça reyi alınır."

İsviçre M.K. md.409, vasinin küçükün görüşünü alma zorunluluğunu sadece malların idaresine ilişkin önemli tasarruflarla sınırlamamaktadır. Bu maddeye göre "Vesayet altına alınan, mümeyyiz ve en aşağı 16 yaşın-da ise vasi önemli konularda, karar vermeden önce olabildiğince onun görüşünü alır."

Anne babanın çocuklarını temsil sırasında gözönünde tutmak zorun-da oldukları sınırlara ek olarak, vasinin temsil yetkisi için bir başka sınır-lama M.K. md.405'te öngörülmüştür. Vasi bu maddede sayılan konularda sulh hakiminin iznine muhtaçtır. Ayrıca M.K. md.392'ye göre belli hu-kuksal işlemler vasiye yasaklanmıştır.

c) Çocuğun Katılma Hakkı

Nasıl yasal temsilciler M.K. md. 260 gereği, temel hak kullanma eh-liyetine sahip olan çocuk, sadece kendi için değil ailesi için de sonuçlar doğuracak bir kararın alınmasından önce çocuğa karşı karar vermeden önce görüşlerini dikkate almasını isteme hakkına sahipse, çocuğun da temel hak kullanma ehliyetine sahip olmadığı alanlarda yasal temsilcile-rine karşı benzer bir hakkı olmalıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi md.12 (1) taraf Devletleri, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun ken-dini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını -bu

108. Krş. Müller F.O., Grundrechte der Kinder, Zürich 1996, s.39.

görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle- tanımaya yükümlü tutmaktadır.

Çocuğun bu dinlenilme hakkının yansımalarına İsviçre Medeni Kanunu'nda rastlamak mümkündür:

İsviçre M.K. md.272'ye göre anne baba, topluluğun esenliğinin gerektirdiği ölçüde çocuklarına destek olmak ve saygı göstermekle yükümlüdürler. İsviçre M.K. md.301 f.I'den çocukların anne babaya karşı bir katılım hakkı doğmaktadır. Bu maddeye göre anne baba, “çocuğa yaşamının düzenlenmesinde olgunluğuna uygun bir özgürlük” tanımakla ve “önemli konularda olabildiğince görüşünü almakla” yükümlüdürler. Bu hakka çocuk özellikle temel hak kullanma ehliyetinin olmadığı durumlarda sahiptir. Çünkü temel hak kullanma ehliyetine sahip olduğunda bağımsız hareket edebildiğinden katılma hakkına zaten ihtiyaç yoktur. Temyiz kudretine sahip ve en aşağı onaltı yaşında bulunan vesayet altındaki (ya da kendisine kayyım tayin edilen) çocuk da İsviçre M.K. md.409 f.I'e göre önemli konularda dinlenilme hakkına sahiptir. Bu hak ona verilmezse md.420 f.I'e göre vesayet makamına şikayet edebilir¹⁰⁹.

7. Temel Hakları Kullanma Ehliyeti-Özel Hukukun Fiil Ehliyeti

a) Genel Olarak

Aşağıdaki açıklamalarda “bir temel hakkın kullanımı” ile hem temel haktan kaynaklanan hakların kullanılması hem de bu hakların temel hak muhatabının iradesine karşı iddia edilmesi amaçlanmıştır.

Yukarıda anlatıldığı gibi temel hakları kullanma ehliyeti kurumu, temel hak taşıyıcısını temel hakların kullanımında sınırlayabilir.

Temel hakları kullanmaya ehil olan, temel haktan kaynaklanan iddialarını bağımsız olarak temel hak muhatabının iradesine karşı ileri sürebilir, temel hak muhatabının temel hakkını sınırlayan saldırılarına karşı bağımsız olarak yasa yoluna başvurarak mücadele edebilir.

Temel hak kullanma ehliyeti temel hakkın koruduğu iddiaların bağımsız olarak kullanılması için tek olası sınırı oluşturmaz. Bir temel hak taşıyıcısı temel hakları kullanmaya ehil olsa bile temel hakla korunan haklarını, bu haklarını kullanması özel hukuksal işlemleri gerektiriyorsa ve temel hak taşıyıcısı bu alanda özel hukukun fiil ehliyetine sahip değilse bağımsız olarak kullanamaz.

109. Müller F.O., Grundrechte der Kinder, Zürich 1996, s.40; Medeni Kanunumuzun 393. maddesi ise vesayet altındaki, temyiz kudretine sahip ve en aşağı onaltı yaşında bulunan küçüğe “mallarının yönetimine ilişkin önemli işlemlerde” dinlenilme hakkını tanımakta ve M.K. md. 404'e göre temyiz kudretine sahip olan kimse ve başka bir ilgili vasinin işlemine karşı sulh mahkemesine şikayet edebilmektedir.

Örneğin temyiz kudretine sahip olan bir çocuk meslek seçme özgürlüğü bakımından temel hak kullanma ehliyetine sahiptir. Böylece vasi, kayyım, öğretmen ya da anne babasına karşı, kendisinin istediği öğrenime uygun ve anne baba için mali bakımdan bunu karşılamak umulabilir olduğu sürece meslek isteklerini ileri sürebilir. Ancak çıraklık ilişkisinin kurulması ve çıraklık sözleşmesinin bağitlanması için çocuk özel hukuktaki fiil ehliyetine sahip olmak zorundadır (B.K. md.318). Ancak bu sözleşmenin yapılması için çocuk M.K. md.16 f.II'ye göre sınırlı fiil ehliyetine sahip değildir. Çünkü burada ne karşılıksız bir kazanç ne de kişiliğe bağlı hakların kullanılması söz konusudur¹¹⁰. Bu nedenle çocuk sözleşmenin yapılması için yasal temsilcisinin iznine muhtaçtır.

Böylece temel hak kullanma ehliyetine sahip olan çocuk sonuçta yine de meslek seçme özgürlüğü (ya da öğrenim özgürlüğü) haklarını bağımsız olarak ileri sürebilecek durumda değildir¹¹¹.

b) Uygulama

Bununla birlikte bir yandan temel hak taşıyıcısının çeşitli temel hakların kullanımı için her zaman özel hukuksal işlemler yapmak ve bu nedenle özel hukuktaki fiil ehliyetine de sahip olmak zorunda olmayışı diğer yandan özel hukuksal sınırlı fiil ehliyetinin birçok durumda sınırlı temel hak kullanma ehliyeti ile tedahül etmesi nedeniyle çok nadir durumlarda özel hukuktaki fiil ehliyeti temel hak kullanma ehliyetini sınırlandırmaktadır.

aa) Kullanılmaları Özel Hukukun Fiil Ehliyetini Şart Koşmayan Temel Haklar

Bir durumu ya da pasif bir davranışı koruyan tüm temel haklar bağımsız olarak kullanılabilirler için özel hukuktaki fiil ehliyetini şart koşmazlar. Bu temel hakları ileri sürmek için temel hak taşıyıcısı özel hukuka göre hareket etmek zorunda değildir. Bunların kullanılması için (belli koşullarda bir avukat tutmak için zorunlu olarak vekalet verme durumu dışında) bir sözleşme yapmak zorunda değildir. Aynı şekilde bir faaliyeti koruyan çeşitli temel haklar temel hak taşıyıcısı bunun için özel hukuka göre hareket etmek zorunda kalmadan kullanılabilirler.

Örneğin bir temel hak taşıyıcısının aşağıda gösterilen listedeki temel haklarını bağımsız olarak kullanmak için özel hukukun fiil ehliyetine gerekmesinin yoktur:

110. Rehbinden M., Der Arbeitsvertrag Berner Kommentar, Bern 1992, s.332, N.14.

111. Müller F.O., Grundrechte der Kinder, Zürich 1996, s.41.

Yaşam üzerindeki hak, mektup alma hakkı, genel eylem özgürlüğünden kaynaklanan akrabaları ve yakın arkadaşları ziyaret hakkı, inançlarını açıklama hakkı, dinsel bilgileri ve inançları yayma hakkı, evlenme akdi yapmama hakkı, din eğitimi vermeyen bir okulda öğrenim görme hakkı, kendi ana dilinde sohbet etme hakkı, bir düşüncüyü açıklama hakkı, bir toplantı ve gösteriye katılma hakkı, bir gazetede makale yazma hakkı, bir derneğe girmeme hakkı, eşit davranılmasını isteme hakkı, bağımsız ve tarafsız yargıçlardan doğru bir biçimde oluşturulmuş bir mahkemede yargılanma hakkı, dinlenilme hakkı, kadın ve erkeğe eşit davranılmasını isteme hakkı, eşit işe eşit ücret verilmesini isteme hakkı, siyasal haklar.

bb) Temel Hak Kullanma Ehliyeti ile Özel Hukukun Fiil Ehliyetinin Tedahülü

Temel hakları kullanma ehliyetine sahip bir çocuk kullanımı için bir özel hukuk işlemi gerektiren temel haklarını bağımsız olarak, bu çerçevede özel hukuk açısından sınırlı fiil ehliyetine sahipse ileri sürebilir. Temyiz kudretine sahip olan ama reşit olmayanlar, M.K. md.16 f.II anlamında kişiliğe bağlı haklar veya karşılıksız kazanç sağlayan tüm özel hukuk işlemleri için sınırlı fiil ehliyetine sahiptirler.

cc) Temel Hak Kullanma Ehliyeti ile Özel Hukuktaki Fiil Ehliyetinin Birbirinden Çözülmesi

Bir temel hakkın bağımsız olarak kullanılması özel hukuk işlemleri gerektirdiğinde ve temel hak kullanma ehliyetine sahip olan küçük bu işlemler için fiil ehliyetine sahip değilse, özel hukukun fiil ehliyeti temel hak kullanma ehliyetine sınır koymaktadır. Buna örnek olarak yerleşme özgürlüğü verilebilir. Temyiz kudretine sahip bir küçük yerleşme özgürlüğü için temel hak kullanma ehliyetine sahip olmasına rağmen bu hakkı bağımsız olarak kullanamamaktadır. Çünkü bunun için gerekli özel hukukun fiil ehliyetine sahip değildir. Bir kira sözleşmesinin yapılması küçüğün sınırlı fiil ehliyetini aşar ve yerleşme özgürlüğünün bağımsız bir şekilde kullanılmasını engeller.

Bir temel hak bağımsız olarak kullanılmak için özel hukukun sınırsız fiil ehliyetini şart koşuyorsa, temel hak kullanma ehliyeti özel hukuktaki fiil ehliyeti ile birlikte başlamaktadır. Örneğin evlilik özgürlüğünden kaynaklanan evlenme hakkı için temel hak kullanma ehliyeti özel hukuktaki rüşt ile ve özel hukuktaki fiil ehliyeti ile kazanılmaktadır.

8. Değerlendirme

Temel hak kullanma ehliyeti koşulu ile temel hakkı kullanmaya ehil olmayan çocuktan temel hak ehliyetinin tanınması ile kazanılmış haklar tekrar geri alınıp üçüncü bir kişinin eline verilmekte veya mutlak kişilik

haklarında olduğu gibi onların tasarrufundan tamamen alınmaktadır. Bu üçüncü kişiler üstlendikleri sorumluluğun bilincinde oldukları, bu hakları kullanıp ileri sürmeye ehil ve istekli oldukları sürece temel hakları kullanma ehliyeti aracına karşı bir duraksama söz konusu olmayacaktır. Böyle olmadığı durumlarda çocuk genel temel hak ehliyetinin tanınmasıyla kazanılan subjektif haklarını, pratikte kaybetmektedir. Yargıç bu durumlarda, çocuk haklarının tehlikeye maruz kaldığı başka durumlarda olduğu gibi çocuğu korumak için müdahale etmelidir.

Çoğunlukla temel hakkı kullanmaya ehil olmayanların temel haklarının ellerine teslim edildiği kişiler temel hak muhatabıdır. Yani temel haklar temel hak taşıyıcısını bu kişilerin müdahalelerine karşı korumaktadır. Örneğin vasi temel hak kullanma ehliyetine sahip olmayan küçüğün temel haklarının zedelenmemesi konusunda sorumludur. Ama aynı zamanda temel hakların görevi, vasinin haddini aşan müdahalesine karşı küçüğü korumaktır. Menfaat uyumsuzluğu böylece önceden programlanmıştır.

Bu nedenle hukuku uygulayan makamlar temyiz kudretini ve sınırlı temel hak kullanma ehliyetinin tanınmasında hoşgörölü davranmalıdırlar.

Temyiz kudretinin araştırılmasında, fiil ehliyetininin ya da temel hak kullanma ehliyetinin yokluğunun kabulünde ilk amacın hak taşıyıcısının korunması olduğu onun haklarının sınırlanması olmadığı düşünülmelidir.

Temyiz kudreti, bir faaliyeti koruyan temel haklarla bağlantılı olarak çocuk, temel hakkın öneminin bilincinde olarak hareket edebiliyorsa varsayılmalıdır. Bir toplantıya katılabilen bir çocuğun toplantı özgürlüğü için, düşüncesini açıklayabilen bir çocuğun düşünceyi açıklama özgürlüğü için, temel hak kullanmaya ehil olduğu varsayılmalıdır.

Bir aktivite değil bir statü koruyan temel haklar için temyiz kudreti, engeç çocuk statüsünü değiştirmek isteyip istemediğine karar verebilecek durumda ise kabul edilmelidir. Örneğin kişi özgürlüğünün çeşitli alanları statü garantisi içerirler. Kişi özgürlüğü yaşam üzerindeki hakkı ve psikolojik ve fiziksel bütünlüğü korur.

Bir statü (durum) koruyan temel haklar zedelenirse çoğunlukla sadece vesayet makamları değil cezai soruşturma makamları da müdahale ile yükümlüdür. Örneğin yaşam üzerindeki hak, beden bütünlüğü ve mülkiyet üzerindeki haklar Ceza Kanunu kuralları ile korunmaktadır.

Bir çocuğun temyiz kudretinin somut bir durumda varolup olmadığı, eyleminin rasyonel olup olmadığı konusunda verilecek karar subjektif bir değerlendirmeye şiddetle bağlıdır. Özellikle çocuklar yetişkinlerin gözünde kendi menfaat ve yararlarına hizmet etmeyen şeyler isterler. Bu

olgu çocuklar tüm bu durumlarda temyiz kudretini ve böylece sözkonusu hakkı reddetme sonucunu doğurmamalıdır. Çünkü çocuk kendi yanlış kararlarından da birşeyler öğrenebilmelidir¹¹².

Çocuk kendi terbiyesinden ortak sorumludur¹¹³. Ama ortak sorumluluğu taşımak ortak karar verebilme demektir.

Temel hak kullanma ehliyetine münferit durumda karar verirken, bir çok temel hakkın pratikte temel hak süjesinin temsilcisi tarafından değil sadece kendisi tarafından kullanılabildiğinin dikkate alınması gereklidir¹¹⁴.

Burada kullanma ile, temel hak muhatabının iradesine aykırı olarak geçerli kılma anlaşılmamakta, temel haklarla korunan alanın basit anlamda kullanımı anlaşılmaktadır. Örneğin bir vasi küçüğün düşüncesini açıklamaya özgürlüğünü ya da toplanma özgürlüğünü onu temsilen nasıl kullanabilir¹¹⁵?

Şüphesiz temel hak kullanma ehliyetinin tanınması temel hak süjesinin bir hukuksal uyumsuzlukta isteklerini mutlaka kabul ettirmesi anlamına gelmemektedir. Temel hak kullanma ehliyeti konusunda karar verirken bir temel hak süjesinin haklarını bağımsız olarak kullanabilip kullanamayacağına karar verilmekle ama hakkın kendisi konusunda karar verilmemektedir.

9. Özet

Temel hak kullanma ehliyeti ve temel hak ehliyeti çocuğun temel hakkını kullanması reddedildiğinde ve çocuk hakkını temel hak muhatabının iradesine aykırı olarak kullanmak istediğinde pratik bir anlam kazanırlar. Bir temel hakkın kullanılması sözkonusu olmadıkça uygulamada ne temel hak kullanma ehliyeti ne de temel hak ehliyeti bir anlam taşır. Bu şekilde anlaşıldığında, temel hak kullanma ehliyeti temel hakla korunan iddiaların temel hak muhatabının iradesine karşı kullanılması için bir koşuldur.

Temyiz kudretine sahip olan reşitler, sınırsız temel hak kullanma ehliyetine sahiptirler ve temel haktan kaynaklanan tüm iddialarını bağımsız olarak ileri sürebilirler. Rüştün belirlenmesinde ilk olarak kamu hukukundaki özel kurallara bakılmalıdır. Kamu hukuku özel bir kural öngörüyorsa M.K. md.11'deki rüşt kavramından yola çıkılmalıdır. Temyiz

112. Bucher E., Berner Kommentar, s.263, N.54.

113. Krş. BGE 111 II 418 vd.

114. Yasa nedeniyle sadece salt kişiliğe bağlı haklarda temsilci tarafından kullanma meşru değildir.

115. Krş. V. Braunmüht Kuppfer, Ostermeyer, Die Gleichberechtigung des Kindes, Fischer Taschenbuchverlag Frankfurt 1976, s.63 vd.

kudretinin araştırılmasında kişiliğe bağlı haklar dolayısıyla temel hakların çoğunluğu için hoşgörölü bir kriter uygulanmalıdır. Duraksama halinde temyiz kudretinin bulunduğu varsayılmalıdır.

Temyiz kudretine sahip olmayanlar temel hak kullanma ehliyetine sahip değildirler. Kendi temel haklarını bu kişiler bağımsız olarak kullanamazlar. Yasal temsilciler onların yerine çocuğun iyiliği ve mutluluğu anlamında hareket etmekle yükümlüdürler.

Temyiz kudretine sahip olup reşit olmayanlar sınırlı temel hak kullanma ehliyetine sahiptirler. Bu kişiler MK. md. 16 f.II anlamında kişiliğe bağlı haklar oluşturan tüm temel haklardan kaynaklanan iddiaları bağımsız olarak ileri sürebilirler. M.K. md. 16 f.II anlamında kişilik hakları oluşturmeyen hakları mümeyyiz olan küçük sadece yasal temsilcisinin izni ile ve MK. md. 16 f.I'e dayanarak bağımsız olarak kullanabilir.

Bununla birlikte sınırlı veya sınırsız temel hak kullanma ehliyetine sahip olanlar temel hakla korunan iddialarını, bu temel hakların kullanımı için özel hukuk işlemlerinin yapılması gerekiyorsa ve temel hak taşıyıcısının bu alanda özel hukukun fiil ehliyeti yoksa bağımsız olarak kullanamazlar.

VI. TEMEL HAK MUHATABLARI

1. Temel Hakların Muhatabı Olarak Devlet

Temel haklar temel hak taşıyıcısının çeşitli yaşam alanlarını ve haklarını devlet saldırılarına karşı korurlar. Her temel hak taşıyıcısı devletin müdahalelerine karşı temel hak ile korunan yaşam alanlarında doğrudan ilgili temel hakka dayanarak kendini savunabilir. Devlet, yargıç, vasi, polis, kayyım, öğretmen veya diğer memurlar aracılığıyla hareket ederek temel haklarla korunan serbest alanları zedelememelidir.

Temel haklar hukuk düzenimizin yönergeleridir¹¹⁶. Yasa koyucu temel haklara bağlıdır. Yasakoyucunun temel haklarla bağlı olması Anayasanın üstünlüğünden¹¹⁷ (Anayasa md.11) yasakoyucunun Anayasa ile bağlılığından kaynaklanır (Anayasa md. 153 son f.).

Yargı, yürütme ve idare makamları da hukuk normlarının uygulanmasında, belirsiz hukuk kavramlarının yorumunda, boşlukların doldurulmasında ve takdir hakkının kullanılmasında temel hakları gözönünde tutmak zorundadırlar¹¹⁸.

116. Krş. Müller J.P., Einleitung zu den Grundrechten in= Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern-Basel-Zürich 1987, s.14 vd., N.41 vd.

117. Krş. Aepli V., Grundrechte und Privatrecht, Freiburg 1980, s.9.

118. Krş. Hafelin U./Haller W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3.B., Zürich 1993, s.42, N.131 vd.

Temel haktan kaynaklanan istekler yasaların ve diğer düzenleyici işlemlerin çıkarılması ya da Anayasaya uygun yorumlarla gerçekleştirilmiyorsa, devlet belirli koşullar altında temel hakların gerçekleştirilmesi konusunda aktif olarak harekete geçmekle yükümlüdür¹¹⁹.

2. Temel Hakların Muhatabı Olarak Özel Kişiler

a) Genel Olarak

Devlet gibi özel kişiler de “kendilerine verilmiş olan kamu hukukuna ilişkin görevlerin yerine getirilmesi çerçevesinde hareket ettiklerinde” temel haklarla bağılırlar.

Ancak kamu hukukuna ilişkin görevlerin yerine getirilmesi söz konusu olmasa da temel hakların yatay etkisi sonucu özel kişiler temel hak muhatabıdırlar.

Klâsik kamu teorisine göre “Anayasa, devletin hükümet rejimini ve bu rejimin gerektirdiği hukuksal temellere uygun olarak kamu özgürlüklerini belirleyen, kamu erkini kullanan yüksek organlar ve bu organlara bağlı memurların yetki alanlarını saptamak yoluyla devletin ödevlerini ve iktidarını hukukî bakımdan sınırlayan kurallar bütünüdür”¹²⁰.

Anayasa kuralları, kişinin devlete karşı hak ve yetkilerini belirlerler ve devletin kişiler arasındaki ilişkileri düzenlerler. Bu bakımdan kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve özel hukuk alanına giren kurallardan değildir ve kamu hukukuna dahildirler. Yine klâsik kamu teorisine göre temel hak ve özgürlükler olsa olsa kişileri devlete karşı koruyan subjektif kamu hakkı niteliğini taşıyabilirler¹²¹.

Federal Alman Anayasası’nın 1. maddesinin III. fıkrasına göre Anayasada sayılan temel haklar yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlayan hukuk normlarıdır. Yine aynı Anayasanın 19. maddesinin III. fıkrasına göre temel haklar yerli tüzel kişiler hakkında da yapıları ile bağdaştığı oranda uygulanır. Federal Anayasa Md. 20. fıkra III’e göre ise yürütme ve yargı, mevzuat ve diğer objektif hukuk kurallarına bağlı olduğu halde yasama organı Anayasada anlatımını bulan düzene bağılıdır¹²².

119. Krş. BGE 107 I b 164 vd.; BGE 34 I 199 vd. Ia 95; 97 I 230.

120. Hirsch, E.E., *Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri*, Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği 1. Türk Hukuk Kongresi’nde sunulan tebliğ, Ankara 1971, s.6.

121. Hirsch, E.E., *Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri*, s.6, (DN 112).

122. Hirsch, E.E., *Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri*, s.6, (DN 112).

Federal Alman Anayasasında Anayasa kurallarının ve temel hakların kişileri de bağlayacağına ilişkin açık bir kural yoktur. Ancak Almanya’da bu konu doktrin ve uygulamayı uzun süre uğraştırmıştır. Federal Alman doktrininde temel hakların özel hukuk kurallarına etkisi “Drittwirkung der Grundrechte” diye tanımlanır ve bu etkiyi “doğrudan doğruya” ve “dolaylı” olarak kabul eden iki görüş geliştirilmiştir.

a) Nipperdey¹²³ ve Federal Alman İş Mahkemesinin¹²⁴ görüşüne göre temel haklar kişiler arası ilişkilerde doğrudan doğruya ileri sürülebilecek özel hak niteliğindedirler¹²⁵.

F. Alman Anayasasının 9. maddesinin III. fıkrasında yer alan sendika hakkını engelleme ya da sınırlama amacı güden anlaşmaların geçersiz olacağına dair kural temel hakların özel hukuk ilişkilerinde doğrudan doğruya etkisinin bir hukuksal dayanağını oluşturmaktadır¹²⁶.

b) İkinci görüş temel hakların “dolaylı etkisi” görüşüdür. Buna göre temel hakların özel kişilere doğrudan doğruya etkisi yoktur.

Ancak Federal Anayasa md. 9 f.III ve md.48 f.I, II. buna istisna oluşturur¹²⁷.

Temel hakların dolaylı etkisi görüşüne göre, temel haklar sadece devlete yönelik kamu haklarıdır ve kişi yararına özel hak değildirler¹²⁸.

Medeni Hukukun Anayasa Hukuku karşısında kendine özgü bir özelliği ve bağımsızlığı vardır. Bu özellik, kişinin Anayasa ile korunan tinsel varlığının korunması ve geliştirilmesi özgürlüğünden doğmaktadır. Doğrudan doğruya etkinin kabulü durumunda kişilerin Anayasa ile korunan irade özerkliği ilkesi tehlikeye düşecektir. Doğrudan doğruya ya da mut-

123. Nipperdey H.C. (Neumann-Scheuner), Die Grundrechte, Bd. II s.20. vd.; Bd. IV/2, s.735 vd.

124. BAGE Bd. I. s.181 vd. ve 198.

125. Federlin G., Art. 3 GG und der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung im Arbeitsrecht, s.57 vd; Müller G., Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip, RdA 64, s.121 vd., s.125 vd; Nipperdey H.C., Grundrechte und Privatrecht, s.22 vd.

126. Nikisch A., Koalitionsrecht Arbeitskämpfrecht und Tarifvertragsrecht, Bd. II, s.33 vd. ve s.72 vd.

127. Federal Alman Anayasası md. 9 f.III aşağıdaki kuralı içerir:

“Çalışma ve ekonomik koşulları koruma ve destekleme amacıyla dernek kurma hakkı her kişiye ve mesleğe tanınmıştır. Bu hakkı sınırlayan veya engelleyen sözleşmeler batıldır ve bu amaca hizmet eden önlemler hukuka aykırıdır”.

Federal Alman Anayasası md. 48 f.I, II. şöyle bir kural içermektedir:

“Parlamento üyeliği için adaylığını koyan kişi, seçime hazırlanmak için gerekli izin hakkına sahiptir.

Hiç kimse milletvekilliği görevini kabul etmek ve yerine getirmekten alıkonulamaz. Bu nedenle gerçekleştirilen bir feshi ihbar veya azil geçerli değildir.

128. Dürig G., Grundrechte und Zivilrechtsprechung von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung s.167 vd; Mauns Th./Dürig G., Grundgesetz Kommentar Bd. I, 1978 Art. 1, Anm. 129 vd.

lak etki özel hukuka özgü özellikleri gözardı ederek özel bağımsızlığa ve sözleşme özgürlüğüne zarar verecektir¹²⁹.

Ancak Kamu Hukuku ve Özel Hukuk sistemleri hukukun iki ayrı bölümü olduklarından temel hakların özel hukuku dolaylı olarak etkilediği kabul edilmelidir.

Özel hukukun genel kuralları ve soyut kavramları Anayasaya uygun biçimde yorumlanmalıdır¹³⁰.

Federal Anayasa Mahkemesi ise her iki görüş arasında bir yol izleyerek temel hakları öncelikle kişilerin devlete karşı sahip oldukları savunma hakkı olarak kabul etmiştir¹³¹.

Ancak mahkemenin görüşüne göre Anayasanın temel haklara ilişkin kuralları objektif bir değer düzeni oluştururlar. Bu düzen Anayasa tarafından kabul edilen temel ilke olarak bütün hukuk dallarında geçerlidir. Özel hukuk alanında temel hakların özü özel hukuk kuralları aracılığıyla ortaya çıkar. Yargıç yasaların kendisine yorum ve takdir hakkı verdiği konularda temel hakların özünü korumakla görevlidir.

Alman Anayasa Mahkemesi özel yasalardaki yorum ve takdire ilişkin kuralları, (BGB 138, 157, 242, 826) temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanına girmesine yol açan "sızma yerleri" olarak tanımlamıştır¹³².

Hukuk yargııcı özel hukuk kurallarının yorumu ve uygulanmasında Anayasanın temel ilkelerini gözönünde tutmakla yükümlüdür. Bunu yapmadığında hem Anayasa Hukukuna aykırı davranmış hem de kişinin sahip olduğu temel hakkı veya hakları zedelenmiş olacaktır¹³³.

İsviçre'de Federal Mahkeme, başlangıçta Anayasa kurallarının devletten gelecek saldırılara karşı ileri sürülebileceği, bu kuralların salt kişi-devlet ilişkisinde etkili olabileceği görüşündeydi. Mahkeme bu görüşünü 1956 yılına kadar sürdürmüştür¹³⁴.

Mahkeme daha sonra dolaylı etkiyi benimsemiştir.

İsviçre doktrininde bir kısım düşünürler klâsik görüşü savunmuşlardır. Onlara göre Anayasa özel hukuka etkili olamaz. Anayasa kamu hukuku-

129. Mauns Th./Dürig G., Grundgesetz Kommentar Bd. 1, 1989, Art. 3 Abs.1, KN.505.

130. Maunz Th./Dürig G., Grundgesetz Kommentar Bd. 1, München 1978, Art. 1, KN.127-133; Maunz Th., Deutsches Staatsrecht, s.99.

131. BVerfGE 7, 198 Lüth karar.

132. BVerfGE 6, 55, Leitsatz 5; 13, 318, 25, 256.

133. Hirsch, E.E., Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, s.9 (DN 112).

134. BGE 75 II s.315; 85 II, s.489; Wespi K., Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Zürich 1968, s.69.

na dahildir ve devlet ilişkilerini düzenler, kamu hukuku kuralları özel hukuka uygulanamaz. Tersi düşünülecek olursa kamu hukuku-özel hukuk ayırımı yapılamaz. Temel haklar devlete yapmama, karışmama yükümlülüğünü vermektedir. Temel hakların özel hukukta etkisi kabul edilecek olursa, olumsuz özelliklerini kaybederler, kişilere birbirinden isteme hakkı veren olumlu haklar durumuna gelirler. Devletin özel hukuk işlemlerine katılması durumunda temel haklara saygısızlık etmesi tehlikesi ortaya çıkar¹³⁵. Bu görüş sonraları terkedilmiş, İsviçre Federal Mahkemesine paralel olarak İsviçre doktrinde de dolaylı etki kabul edilmeye başlanmıştır¹³⁶.

Bugün 1981 yılında İsviçre Federal Anayasası madde 4'e eklenen II. fıkra ile "farklı cinslerin eşit haklar sahip olması" ve "eşdeğerli işe eşit ücret" ilkeleri doğrudan doğruya uygulanabilir temel haklar olarak Anayasada garanti altına alınmışlardır¹³⁷.

Bu ilkeler Anayasa koyucunun özel hukuk alanında da doğrudan doğruya uygulanabilir olarak nitelediği temel haklardır ve temel hakların özel hukuka etkisi teorisine başvurulmadan özel veya tüzel kişiler arasında söz konusu olan özel ilişkileri düzenlerler. Kural o kadar açıktır ki; yargıç onu her somut olayda doğrudan doğruya uygulayabilecektir.

Anayasaya 1981 halk oylaması ile konulan bu normun özel hukuka etkisinin baştan kabul edilmesi İsviçre Anayasa Hukuku tarihinde olağanüstü bir yenilik olanak nitelendirilmektedir¹³⁸.

İsviçre Federal Anayasası md.49 f.III'e göre ana baba 16 yaşını dolduruncaya kadar çocuğun dinsel terbiyesini belirlerler. Bu tarihten sonra çocuk kendi dinsel inancı konusunda kendisi karar verebilir. Bu tarihten sonra ana baba çocuğun din ve inanç özgürlüğüne saygı göstermek zorundadır¹³⁹. Ancak yasa koyucu bu anayasa kuralını M.K. md.303 f.III ile yasa kuralı haline getirdiğinden ana-baba-çocuk ilişkisinde temel hak değil ilgili yasa kuralı uygulanacaktır.

Alman Hukukunda bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen temel hak ve özgürlüklerin özel hukuka doğrudan doğruya etkisi Anayasamız md.11 f.I'de açıkça kurala bağlanmıştır. Buna göre Anayasa normları sadece devlet ve vatandaşları arasındaki ilişkilerde değil aynı zamanda özel kişilerin kendi aralarındaki hukuksal ilişkilerde de geçerlidir.

135. Wespi K., Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, s.156 (DN 125).

136. Bkz. Meyer D., Die Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, s.122; Rehbinden M., Schweizerisches Arbeitsrecht 1979, s.149; Saladin P., Grundrechte im Wandel, 1979, s.309.

137. Müller P.J./Müller S., Grundrechte, Bern 1985, s.204.

138. Kron I., Bedeutung und Problematik des Gleichberechtigungsartikels für die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, SJZ 78 (1982), s.122.

139. Saladin, Grundrechte und Privatrechtsordnung, SJZ 84 (1988), s.376.

Bu doğrudan doğruya etki salt temel hak ve özgürlükler için değil, diğer Anayasa normları için de madde 11 ile kabul edilmiştir. Bu nedenle diğer Anayasa normları yanında Anayasanın başlangıç hükümlerindeki temel ilkeler ve bundan doğan hukuksal sonuçlar da özel hukuk alanını doğrudan doğruya etkiler¹⁴⁰. Anayasamızın 138. maddesi “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” kuralı ile madde 11 gözönüne alındığında Anayasa kurallarının özel hukuk ilişkilerinde doğrudan doğruya uygulanacağı ve yargıç tarafından gözönünde tutulacağı sonucu çıkmaktadır¹⁴¹.

1961 Anayasasının, 1982 Anayasasının 11. maddesini karşılayan 8. maddesinin gerekçesinde “Bu suretle Anayasa kaidelerinin sadece yasama organına hitap ettiği gibi yersiz iddialar önlenmekte, Anayasa hükümlerinin kurallar hiyerarşisindeki mevkiine işaret edilmektedir” denilmektedir¹⁴².

Sonuç olarak Anayasa kuralları ve bunlar arasında temel haklar kişileri de bağlayan emredici hukuk kurallarıdır ve sözleşme ile ortadan kaldırılıp, değiştirilemezler. Bu kurallar temel hukuk kuralları niteliğini taşırlar ve bütün mevzuattan üstündürler ve bu üstünlük sonucu Anayasanın belli bir kural ve kural niteliğindeki temel ilkesi ile sözü ve ruhu açısından bağdaşmayan her hukuk kuralı kökü ne olursa olsun batıldır. Bu durumda özel hukuk alanında yapılan her hukuksal işlem ya tümünden ya da Borçlar Kanunu madde 20 f.II gereğince geçerli değildir.

Mevzuatın diğer kuralları ve özel hukuk işlemlerinden doğacak kurallar ve sözleşme koşulları sadece Anayasa ilke ve kuralları izin verdiği oranda hukuksal sonuçlar doğurabilir. Hukuk yargıcı özel hukuk kurallarını uygularken ve yorumlarken özellikle Medenî Kanunun başlangıç kurallarındaki genel hukuk ilkelerini yorumlarken ve Medenî Kanun md. 1 f.II uyarınca boşluk doldururken Anayasa kurallarına uygun davranmak zorundadır¹⁴³.

Özel hukuk kavramları da Anayasaya ve temel haklara uygun yorumlanmak zorundadır¹⁴⁴.

140. Hirsch E. E., Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri s.12 (DN 112); Yargıtay Tic. D. 27.2.1964 T.2964 E. 27 K.

141. Tunçomağ K., İş Hukuku C.1, 1970, s.6; Tuncay C., İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İstanbul 1982, s.65; Çelik N., İş Hukuku, İstanbul 1979, c.2., s.49; Hirsch E.E., Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, s.4 (DN 112); Serozan R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.212 vd.

142. Bkz. Belger S., Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Ankara 1968, s.119.

143. Hirsch E.E., Türkei Berlin 1966, s.88 vd.

144. Gören-Ataysoy Z., Die Fortbildung rezipierten Rechts, ZSR 95 (1976) s.285 vd.

Demek ki; tüm özel hukuk normları, özellikle Medeni Kanun kural-ları özel hukuk işlemlerinden doğacak kurallar ve sözleşme koşulları gerek amaç ve eğilimleri gerekse somut kuralları bakımından Anayasa md.2'de bağlayıcı olarak konulmuş olan demokratik, lâik, sosyal hukuk devletinin Atatürk milliyetçiliğine bağlı ve insan haklarına saygılı ana il-kelerine uygun olmak, bu ilkelere uygun olarak uygulanıp yorumlanmak ve ilkeleri izin verdiği oranda hukuksal sonuçlar doğurmak zorundadır-lar¹⁴⁵.

Çocukların temel haklarının somutlaştırılması için önem taşıyan aile hukuku çok soyut anlatımları ile temel hakların içeri girmesi için sızma yerlerini oluşturur. Anne babanın yetkileri ve çocukların hak ve özgür-lükleri Medeni Kanun'da genel hukuk ilkeleri ve belirsiz hukuk kavram-ları ile tanımlanmıştır¹⁴⁶.

Özel kişiler diğer özel kişiler karşısında doğrudan bir temel hakka dayanabiliyorsa yatay etki doğrudan doğrudur. Yasa kuralının özel kişi-ler arasındaki ilişkileri düzenlediği dolaylı yatay etki durumundan farklı olarak burada özel kişiler arasındaki ilişkiyi temel haklar düzenler.

Anayasanın temel hakların yatay etkisini açıkça öngördüğü özel du-rumlar dışında¹⁴⁷ temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere doğrudan uygulanması için aşağıdaki koşullar kamulatif gerçekleşmelidir¹⁴⁸:

- Yasa probleminin çözümü için kesinlikle bir norm içermiyorsa (Yasa tatmin etmeyen bir yasa içeriyorsa söz konusu kural Anayasaya uygun yorumlanmalıdır);

- hukuksal uyumsuzluğun çözümü için temel hak elverişli (justitiabel) ise;

- taraflar arasında vatandaş-devlet arasındaki gibi bir güç farkı varsa (Bu şekilde bir güç farkını ana baba ve çocuk ilişkisinde kabul etmek ge-rekir);

- zayıf olan taraf temel hak normuna dayanıyoruz

b) Temel Hakların Çocuk Temel Hakları Açısından Özel Hukuka Etkisi

Çocuklar için temel hakların yatay etkisi büyük bir önem taşır. Ço-cukların temel haklarının muhatabı kimdir? Çocuğun öğrenim ve meslek

145. Gören-Ataysoy Z., Die Fortbildung rezipierten Rechts, ZSR 95 (1976) s.285.

146. Krş. M.K. md. 264; krş. Ayrıca Tschümperlin U., Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989, s.52 vd.

147. İsviçre F. Anayasası md. 4 f.II.

148. Bucher E., Drittwirkung der Grundrechte, SJZ 83 (1987), s.39; Müller F.O., Grundrechte der Kinder, Zürich 1996, s.64.

seçme özgürlüğünün, hareket özgürlüğünün, kendisini serbestçe geliştirme, boş zamanlarını değerlendirme özgürlüğünün, bedensel ve psikolojik bütünlüğüne, bedensel cezaların yasaklanmasına, özel ve gizli alanın korunmasına ilişkin haklarının, düşünceyi açıklama özgürlüğünün, din ve vicdan özgürlüğünün muhatabı kimdir? Mutlaka önce devlet. Ancak çocuklar bakımından birinci planda temel hakları tehdit eden devlet değil, daha çok ana babalardır. Kendilerine çocuk haklarının ve temel haklarının korunması görevi devredilmiş olan ana baba uygulamada çocukların temel haklarının kullanılması konusunda karar vermektedirler. Anne babalar çocuklarına birşeyi yasaklama ve emretmek istediklerinde belirli koşullar altında onların temel haklarını sınırlamaktadırlar. Temel hakların yatay etkisi sonucu, anne baba da çocukların temel haklarıyla bağlıdırlar ve anne baba fiilen çocuk temel haklarının birinci sırada muhataplarını oluşturlar.

VII. ÇOCUKLARIN TEMEL HAKLARININ SINIRLANMASI

Temel haklar, müdahalenin büyük bir kamu yararının sözkonusu olduğu bir yasal temele dayanması, ölçülülük ilkesinin korunması, öngörülen amaç dışında kullanılmaması, hakkın özünün zedelenmemesini de içeren demokratik toplum düzeni gereklerine ve Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması koşulu ile sınırlanabilirler¹⁴⁹. Bu koşulların kümülatif bulunması gerekir.

Temel hak sınırlamalarına karşı, temel hak süjesi hukuksal araçlarla özellikle Anayasa Şikayetini öngören ülkelerde Anayasa Şikayeti yolu ile kendini koruyabilir.

Çocukların temel hakları reşitlere oranla daha fazla bir sınırlanma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Çocukların hangi yaşam alanlarının temel haklarla korunduğunu temel hak muhatapları nadiren bilmekte çocuklar ise hemen hiç bilmemektedirler.

Çocuğun bir temel hakkı hukuka aykırı olarak sınırlanmış ve çocuk bu haksızlığın bilincinde ise, çoğunlukla kendi hakkını nasıl ileri süreceğini bilmemektedir. Ama bu temel hak zedelenmesine karşı nasıl karşı koyacağını bilse bile, çoğunlukla haklarını geçerli kılmaktan feragat etmektedir. Çünkü temel hak muhatabı ile çoğunlukla bir tabiiyet ilişkisi içinde bulunmaktadır. Haklarını yasal temsilcisine karşı yargı yolu ile ileri sürmek isteyen çocuk yasal temsilcisinden yana ağır mağduriyetleri hesaba katmak zorundadır. Özellikle yasal temsilcisinin sevgisinden mahrum olabilecektir. Çocuk bütün dirençlere karşı haklarını ileri sürse bile bu onun haklarına kavuşabileceği anlamına gelmemektedir.

149. Anayasa md. 13; krş. BGE 117 I a 479 E.38.

Bir eylem çoğu kez temel hakla korunan birden çok yaşam alanını sınırlandırmaktadır. Çocuk dövülecek olursa, onun sadece fiziksel bütünlüğü değil çoğunlukla psikolojik bütünlüğü de sınırlandırılmaktadır. Çocuk bir yere kapatıldığında bu sadece hareket özgürlüğünün sınırlandırılması değil, belli koşullar altında onun psikolojik bütünlüğünün de zedelenmesi sonucunu doğurur veya aynı zamanda seyahat ve yerleşme özgürlüğüne de dokunur. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, temel hakla korunan yaşam alanında gerçekleşen sınırlamanın meşruluğu münferiden araştırılmalıdır¹⁵⁰.

1. Yasal Temel

Temel haklara yapılacak her müdahalenin bir yasa da yeterli derecede belirgin bir temeli olması gerekir. Temel hak müdahalesi ne denli ağırsa, yasal temelin o oranda geniş demokratik temele dayanması ve içeriğinin o oranda somut olarak belirli olması gerekir¹⁵¹. Bununla birlikte yasa koyucudan yasa koyarken genel kavramlar kullanmaktan feragat etmesi istenemez. Bir yasa "vatandaşın davranışını ona göre yönlendirmesi ve belli bir davranışın sonuçlarını koşullara uygun bir şekilde tahmin edebilmesini sağlayacak derecede açık olmalıdır"¹⁵².

Çocuklar yaşamlarının büyük bir bölümünü çocuk yuvalarında, okullarda ve bazı çocuklar da yetiştirme yurtlarında "özel otorite ilişkisi" içinde geçirmektedirler.

Bir kişi devletle veya bir kamu kurumu ile özel bir yakın ilişki içinde bulunuyor ve buradan kendisi için özel ödevler doğuyorsa özel otorite ilişkisi söz konusudur¹⁵³. Temel haklar özel otorite ilişkilerinde de geçerlidir¹⁵⁴. Ancak özel otorite ilişkisinde daha büyük bir sınırlandırma tehlikesi altındadırlar.

Özel otorite ilişkilerinde de temel haklara müdahaleye yukarıda belirtilen koşullarda izin verilmiştir¹⁵⁵. Ancak her temel hak sınırlandıran işlemin şekli bir yasa içinde yazılı olması aranmamakta bir özel hukuk ilişkisine giriş yükümlülüğü ve onun temel içeriğinin şekli bir yasa da yer alması yeterli görülmektedir.

Münferit temel hak sınırlamalarının tüzüklerde somutlaştırılması temel hak sınırlamalarının somut düzenlenmesinin yönetmeliklerde belir-

150. Müller J.P., Einleitung zu den Grundrechten, in= Kommentar zur Bundesverfassung, Bern-Basel-Zürich 1987, s.45 vd., N.189 vd.

151. Müller J.P.- Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie Bern 1982, s.107 vd.

152. BGE 117 Ia 480 I 3e.

153. Halfelin U./Haller W., Schweizerisches Bundesstaatsrechts 2.Bd., Zürich 1982, s.374, N.1146.

154. Griffel A., Die Grundrechtsschutz in der Armee, Zürich 1991, s.7 vd.

155. Krş. BGE 99 I a 269; Özel otorite ilişkisinde eşitlik ilkesinin geçerli olacağı doğaldır. Krş. BGE 98 Ia 36 b E.3.

lenmiş olması yönetmeliklerin titizlikle ve doğru uygulanması sağlanıyorsa geçerlidir.

Yasal temelin içerik açısından belirgin olması konusundaki istekler de özel otorite ilişkisi dışındaki duruma oranla daha az katıdır¹⁵⁶. Ancak özel otorite ilişkisinde temel hak sınırlamaları bu kurumların kamu yararına yönelik olması gereken amacının gerektirdiğinden öteye kesinlikle gitmemelidir¹⁵⁷.

Bir özel otorite ilişkisi olarak anlaşıldığında¹⁵⁸ ailenin çocuğun terbiyesi ve çocuğun iyiliğinin ve yararının sağlanmasına yönelik amacı, doğal olarak ana babanın çocuğun temel haklarına yapacağı sınırlamanın sınırını oluşturur. Çocuğun iyiliği ve yararı velayeti haklı kılar ve aynı zamanda velayetin ve ana babanın çocukların temel haklarına müdahale yetkisinin sınırını oluşturur.

2. Kamu Yararı

Temel hak sınırlamasının hukuka uygunluğu için kamu yararına yönelik olması gerekir.

Temel hak sınırlamaları motivasyonları devlete düşen bir görevle uyuyorsa kamu yararı için yapılmış sayılırlar. Buna polisin koruduğu değerler, Anayasa tarafından korunmaya değer bulunan çevre, ilköğretimin korunması veya sosyal politika gibi menfaatler dahildir.

3. Ölçülük İlkesi

Bir temel hak sınırlaması yeterli bir yasal temele dayansa ve kamu yararına yönelik olsa da, amaca ulaşmak için elverişli değilse veya istenen sonucu doğuracak daha ılımlı bir tedbir varsa geçerli değildir.

Bunun dışında temel hak muhatabının temel hakların sınırlanmasındaki menfaati, temel hak süjesinin temel hakkın kullanılmasındaki menfaatine göre daha fazla korunmaya değer olmalıdır (daha ağır basmalıdır). Menfaat çatışması her münferit durumda bir tartma işlemi ile çözümlenmelidir¹⁵⁹. Müdahale objektif açıdan, mekansal, zamansal ve kişisel ilişki açısından zorunlu olanı aşmamalıdır¹⁶⁰.

156. Krş. Gygi F., *Verwaltungsrecht eine Einführung*, Bern 1986, s.49; Müller J.P., *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* Bern 1982, s.108 vd., s.96 DN.31.

157. BGE 99 Ia 270, krş. EuGRZ 1978, s.365.

158. Eckstein K.A., *Schule und Elternrecht*, Basel 1979, s.185; Müller J.P., *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 1991, s.21.

159. Müller J.P., *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie* Bern 1982, s.119 vd.; BGE 117 a 483; "Güdülen amaç, kullanılan araçlarla ya da bu amaca ulaşmak için zorunlu olan özgürlük sınırlamaları ile mantıklı bir ilişki içinde olmalıdır."

160. Häfelin U./Haller W., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3.B., Zürich 1993, s.373, N.1143.

4. Hakkın Özü

Temel hakka yapılacak her müdahale, egemen öğreti ve yargısal kararlara göre hakkın özünü zedelediğinde ve zedelediği oranda meşru değildir¹⁶¹.

Temel hakların özü yürürlükteki Anayasa hukukuna göre hiçbir halde zedelenmemesi gereken temel hak pozisyonlarını tanımlarlar¹⁶².

5. Temel Hakların Çocuklar İçin Göreceliği

Yukarıda belirtilen ve bir temel hak sınırlamasının meşru olması için yerine getirilmesi gereken koşulları incelendiğinde temel hakla korunan yaşam alanında temel durumun sınırlama olmayıp özgürlük olduğu sonucuna varılır.

Çocukların yaşamları incelendiğinde temel haklarla korunan değişik yaşam alanlarında, temel hakların sınırlanmasının kural ve özgürlüğün istisna olduğu görülür. Örneğin kişi özgürlüğü çerçevesinde korunan çocukların hareket özgürlüğü yurtlarda, okullarda, yetiştirme yurtlarında ve aynı zamanda ailede sürekli olarak sınırlanmaktadır. Aynı şey, kişiliğin geliştirilmesine ilişkin olarak yine kişi özgürlüğünden kaynaklanan kendi geleceği hakkında karar verme özgürlüğü hakkında da geçerlidir. Burada da çocuğun kendi kararlarını kendisinin vermesi konusundaki hakkı yerine bir hiyerarşi ve itaat ödevi yer almaktadır (hükümlü ve askerlik hizmeti hizmeti yapanlarda olduğu gibi). Bu iki örnekte çocukların yaşamında özgürlüğün değil sınırlamaların temel durum olduğu görülmektedir. Özel otorite ilişkisi içinde temel haklar için tipik bir olgu olan bu durum uygulamada çocuğu özgürlüğünü sınırlayıcı bir temel statü içinde yaşamaya zorlamakta¹⁶³ ve onu, küçük yaştan başlayarak temel hakla korunan "serbest alanlarda" özgürlüğe değil sınırlamaya alışkın kılmaktadır.

Temel hak sınırlamalarının, hukuka uygunluğunun münferit olaylarda araştırılmasında, sadece bu "özgürlük sınırlayan temel durum"u aşan sınırlama ölçü olarak alınmamalı -özel otorite ilişkisi dışında olduğu gibi- özgürlük durumu ile somut sınırlı durum arasındaki farkın yukarıda belirtilen koşullara uygunluğu araştırılmalıdır¹⁶⁴.

161. Gören Z., Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995, s.94 vd. ve 227-236 nolu dipnotlarda belirtilen kaynaklar ile yerli ve yabancı yargı kararları; Bkz. ayrıca Müller J.P., Einleitung zu den Grundrechten, in= Kommentar zur Bundesverfassung, Bern-Basel-Zürich 1987, s.41 vd., N.169.

162. Müller J.P., Einleitung zu den Grundrechten, in= Kommentar zur Bundesverfassung, Bern-Basel-Zürich 1987, s.42 vd., N.172.

163. Griffel A., Der Grundrechtsschutz in der Armee, Zürich 1991, s.31.

164. Griffel A., Der Grundrechtsschutz in der Armee, Zürich 1991, s.33.

VIII. DEVLET-ÇOCUK İLİŞKİSİNDE TEMEL HAKLAR

1. Genel Olarak

Temel haklar yetişkinler gibi çocukları da devlet müdahalelerine karşı korurlar. Çünkü çok az istisna dışında çocuklar yetişkinler gibi tüm temel hakların taşıyıcısıdır. Çocukların temel haklarla korunan serbest alanlarına devlet saldırıları öğretmen, kayyım, vasi, polis, idarî ve adlî makamlar, kamu hukukuna göre faaliyet gösteren doktorlar veya devlet gücünün diğer taşıyıcıları tarafından yapılabilir.

Çocuklara da temel haklarına karşı yapılacak sınırlamalara karşı kendilerini yetişkinler gibi koruma olanakları açıktır.

Temel hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan çocukların yasal temsilcileri onların temel haklarını sadakatle korumakla yükümlüdürler. Temel hak kullanma ehliyetine sahip çocuklar temel haklarla korunan menfaatlerinin gözetilmesinde kendilerini ana baba veya 3. bir kişiye örneğin bir avukata temsil ettirilmekte serbesttirler.

Çocuklar temel haklarını tehdit eden ya da sınırlayan düzenleyici işlemler, tasarruflar ve kararlara karşı yargı yoluna gidebilirler. Yetişkinler gibi yasa koyarken temel haklarının somutlaştırılmasını, hukuk uygulamalarında yoruma muhtaç kuralların Anayasaya uygun yorumlanmasını, boşlukların doldurulmasında ve takdir hakkının kullanılmasında temel hakların gözönünde tutulmasını isteme hakkına sahiptirler.

2. Temel Hak Sınırlamaları İçin Örnekler

Örneğin bir vasi küçüğü saçını kestirmesi için zorlarsa ya da mektuplarına sansür uygularsa onun kişisel özgürlüğünü sınırlamış olur; M.K. md.88'e göre evlenmeye ehil bir küçüğe evlenmeyi yasaklarsa evlenme özgürlüğünü zedelemiş olur. Öğretmen öğrenciye okul gazetesi çıkarmayı yasaklarsa onun basın özgürlüğünü zedelemiş olur. Teneffüste arkadaşlarıyla ana dilinde sohbet etmeyi yasaklarsa dil özgürlüğünü zedelemiş olur. Bir polis bir çocuğa izin verilmiş bir gösteriye katılmayı yasaklarsa onun düşünceyi açıklama ve toplanma özgürlüğünü sınırlamış olur. Bir yargıç çocuğun taraf olduğu bir davada düşüncesini dinlemekten kaçındığında çocuğun dinlenilme hakkını, çocuğun mameleki üzerinde tazminatsız bir kamulaştırmaya izin verdiğinde çocuğun mülkiyet hakkını zedelemiş olur.

Özellikle yurt ve kurumlardaki çocuklar için temel hakla korunmuş olan bazı yaşam alanlarında temel hakların sınırlanması gerçekten kural ve özgürlük istisna oluşturabilir.

Örneğin kişi özgürlüğü içinde korunan hareket özgürlüğü. Aynı şey kişi özgürlüğünden kaynaklanan, kişiliğin serbestçe geliştirilmesine iliş-

kin olarak kişinin kendi kararlarını kendisinin vermesi konusunda geçerlidir. Burada da çoğunlukla kendi geleceği hakkında kişinin kendisinin karar verebilme hakkı yerine bir hiyerarşi ve saygı ödevi yer alır. Bu durum özel otorite ilişkisindeki temel haklar için tipik bir durumdur ancak bir temel hak müdahalesinin meşruluğunun araştırılmasında sadece "özgürlüğü sınırlandıran bu temel durum"u aşan sınırlamalar değerlendirilmemeli bunun yerine mutlak özgürlük durumu ile somut sınırlı durum arasındaki farkın meşruluğu araştırılmalıdır. Ancak temel hakkın her sınırlandırılması bu hakkın gayri meşru bir şekilde zedelendiği anlamına gelmemektedir.

IX. SONUÇLAR

1. Genel Olarak

Çocuklar-bazı siyasal haklar dışında-yetişkinlerle aynı kapsamda temel hak taşıyıcısıdır.

Çocuklar birçok temel hak için temyiz kudretinin kazanılması ile temel hak kullanma ehliyetine sahip olurlar. Temel hakların çoğunluğunda olduğu gibi söz konusu temel hak kişiliğe bağlı bir hak ise temyiz kudretinin araştırılmasında daha hoşgörülü bir kriter uygulanmalıdır. Çocukların kişilikleri nedeniyle sahip olmadıkları temel haklar çocukların temel hak kullanma ehliyeti konusunda bir istisna oluştururlar. Mülkiyetten kaynaklanan haklar çocuğun kişiliği nedeniyle kendisine tanınmış haklar değildir. Çocuk özel hukuktaki rüşt yaşına erişmekle bu haklar bakımından temel hakları kullanma ehliyetine sahip olur.

Temel hak ehliyeti ve temel hakları kullanma ehliyeti çocuğun yaşamında ona bir hakkın kullanılması yasaklandığında ve o hakkını zorla ileri sürmek istediğinde güncel bir hale gelir. Bir temel hakkın kullanılması söz konusu olmadıkça çocuk için temel hak ehliyetine ya da temel hak kullanma ehliyetine sahip olmanın pratik bir anlamı yoktur. Bu şekilde anlaşıldığında temel hak ehliyeti ve temel hak kullanma ehliyeti temel hakla korunan hakların temel hak muhatabının iradesine karşı kullanılması için koşul oluştururlar. Temel hak ehliyetine ve temel hak kullanma ehliyetine sahip olan temel hakla korunan haklarını bizzat mahkeme önünde dava edebilir ve kendini bir avukatla temsil ettirebilir.

Ancak temel hak kullanma ehliyetine sahip olmasına karşın bir temel hak süjesi temel hakla korunan haklarını, bunun için özel hukuktaki (sınırlı) fiil özgürlüğü şart koşulduğu ve sınırlı temel hak kullanma ehliyetine sahip olan istisnai olarak buna henüz hak kazanmadığı sürece bağımsız olarak ileri süremez.

Çocuğun temel hak kullanma ehliyeti yoksa ya da başka nedenlerden temel hakla korunan isteklerini bağımsız olarak ileri sürme konusunda

engellenmişse, yasal temsilcileri onun haklarını sadakatle ve çocuğun yararı ve esenliğini dikkate alarak korumalıdır. Yasal temsilcilerin çocuğun haklarını görevin gereğine göre korumamaları tehlikesi varsa, sulh yargısı müdahale etmekle yükümlüdür.

2. Çocuklar İkinci Sınıf Vatandaş mıdır?

Günlük hukuksal yaşamda çocukların temel hakları çoğunlukla umursanmamaktadır.

Çoğunlukla çocuklar temel hakların taşıyıcısı olduklarının bilincinde değildir. Ne gibi haklara sahip olduklarını bilmemektedirler. Temel hak muhataplarının da çocukların temel haklarla korunduğunu bilmedikleri nadir değildir. Kendi çocuklarının temel haklarını korumakla (birlikte) sorumlu olan yasal temsilciler ya bu hakları kendileri de tanımadığından ya da bu hakları nasıl ileri sürebileceklerini bilmediklerinden ya da çocuklarının haklarını ileri sürmek istemediklerinden çocuklarının hakları zedelendiğinde nadir olarak müdahale etmektedirler.

Bununla birlikte çocuk, temel hak muhatabı ile çoğunlukla bir tabiyet ilişkisi içinde olduğundan, haklarının bilincinde ise ve onları nasıl ileri sürebileceğini biliyorsa da çoğunlukla haklarını ileri sürmekten feragat etmektedir.

Düzenleyici işlemlerde de çocukların menfaatleri ve temel hakları yeter derecede dikkate alınmamaktadır. Düzenleyici işlemler temel hakları olabildiğince somutlaştırmalıdır. Örneğin çocuk hakları konusunda bir kodifikasyon mevcut değildir. Hiçbir yasa temel haklarını kullanan çocukları özel olarak yaptırımlara karşı korumamaktadır. Medeni Kanun aile hukuku ve şahsın hukuku kitabında çocuğun çeşitli haklarını korumaktadır. Ancak çocuklar için önem taşıyan kurallar yasada dağınık bir durumdadır ve çoğunlukla çocuğun anlayabileceği bir dilde kaleme alınmamıştır. Çocuğun yargılamada dinlenilme temel hakkı çocuklar açısından önemli yasalarda açıkça garanti edilmemiştir. Sadece 27.1.1995 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocukların çeşitli hakları toplu olarak gösterilmiştir.

Yasalarda gelecek kuşakların temel haklarından söz edilmemektedir. 18. yy.da temel haklar ilan edildiğinde, insan davranışlarının sonuçları tahmin edilebiliyordu. Olası zararlar sezilebiliyordu. Yaşam doğal seyrini sürdürüyordu. Doğa insanlığa egemendi. Ancak bugün dünyayı ve üzerindeki tüm yaşamı geriye dönülmez bir biçimde değiştirebilecek ve bozabilecek bir durumdayız. Bugünkü davranışlarımızın sonuçları büyük bir olasılıkla yarınki kuşakları etkileyecek niteliktedir. Belki ileride bu hakların kullanılabilmesi için bir çevre varolmayacağı için bugünkü temel hak garantilerinin yarının kuşakları için anlamsız olması mümkündür. Bu

nedenle gelecek kuşakların temel haklarının korunmasının Anayasada açıkça ilan edilmesinin ne derece gerekli olabileceği sorulabilir.

Türkiye’de çocuğun hakları için mücadele eden onların haklarını ve menfaatlerini koruyan ve yaşatmak isteyen güçlü bir lobby bulunmamaktadır.

Çocuk haklarını gerçekleştirmedeki yetersizlik sadece hukuksal bilgi azlığından ya da yasaların ve yargı yollarının eksikliğinden kaynaklanmamakta daha ziyade toplumumuzda çocukların eşit haklara sahip insanlar olduğu düşüncesinin genel olarak yerleşmiş olmamasından kaynaklanmaktadır. Örneğin toplumumuzda cebir ve şiddet hâlâ yaygın bir şekilde terbiye aracı olarak kabul edilmektedir. Oysa cebir ve şiddet dışı terbiye otoritesiz bir terbiye anlamına gelmemektedir. Otorite kendisini dayakla kanıtlamamalıdır. Çoğu kez cebir ve şiddet, otoritenin bir göstergesi değil aczin bir göstergesidir. Ayrıca çocuklara ruhsal, bedensel ve cinsel açıdan kötü davranma henüz her yerde suç olarak değerlendirilmemektedir. Bir kısım anne babaların çocuklarına davrandıkları gibi yetişkinler birbirlerine davranacak olsa hemen polis çağrılır ve hiç kimse faili, cezai ve hukuki açıdan hesap vermeğe davet konusunda duraksamazdı.

3. Değişmekte Olan Toplum

Bugünün çocukları Eugen Huber dönemindeki ya da Medeni Kanunun Türkiye tarafından alınışı tarihindeki çocuklara oranla tümünden farklı tehlikeler ve olanaklarla karşı karşıyadırlar. Çocuklar çok küçük yaşlardan başlayarak kitle iletişim araçları yoluyla cebir, şiddet, uyuşturucu kullanımı ve suçlulukla yüzyüze gelmekte ve çoğunlukla bu konularda kendileriyle konuşabilen ya da konuşmak isteyen bir kimse bulunmamaktadır. Çocuklar edindikleri bilgileri değerlendirirken de kimseden yardım görmemektedirler. Kendilerinden zayıf çocuklara karşı vahşice kötü davranışları, okullarda işlenen suçlar ve uyuşturucu kullanımı çocukların bu bilgileri doğru değerlendirebilecek durumda olmadıklarını göstermektedir.

Kitle iletişim araçları çocuklardan masumiyetlerini çalmaktadır. Toplumumuzda çocuğun kendini yönlendirmesi konusunda elli yıl evvel anne baba tarafından yaratılan ve okullarda geliştirilen değer yargıları ve direktifleri gün gittikçe etkinliğini yitirmektedir. Bu nedenle genelde çocukluğun kaybolduğundan sözedilmesi abartma sayılmayacaktır.

19., 20. y.y.’da uğraş vererek elde edilen “çocukluğu” sessiz bir yıkıma terketme yolundayız. Örneğin çocuğun eşit haklara sahip bir hak süjesi olarak tanınması, çocuğa eğitim, tatil konusunda sınırlı hakların tanınması, çocuğun çalıştırılmasının ve bedensel cezaların terbiye aracı olarak kullanılmasının yasaklanması uğraş verilerek ele geçirilmiştir.

Ancak günümüz çocukları elli yıl öncesinin çocuklarına göre yalnız daha büyük tehlikelerle karşı karşıya olmakla kalmayıp daha büyük olanaklara da sahiptirler. Dünyayı gezip görebilirler, bilgi edinebilirler, geniş öğrenim olanaklarından yararlanabilirler, en gelişmiş tıp olanaklarıyla tedavi edilip sağlıklarına kavuşabilirler ve artık anlamsız yasak ve tabularla engellenmeden hemen herşeyi deneyebilirler.

Ancak yalnız çocuklar değil onların mensup oldukları alan da değişime uğramıştır. Aile daha büyük tehlike ve sorunlarla karşı karşıyadır. (Örneğin: konut sorunu, işsizlik, işyerini kaybetme korkusu, gelecek korkusu) Bu nedenle artık aile çocuk için gerekli desteği, istenilen güvence ve güvenliği sağlayacak durumda değildir. Aileler gün geçtikçe daha fazla kaybolmakta ve ailenin yerini birlikte yaşamın yeni şekilleri almaktadır. Önceleri bir kontrol ve düzeltme fonksiyonu üstlenen büyük aile tipine de artık rastlanılmamaktadır.

4. Yürürlükteki Hukukla Değişen Koşullara Tepki

a) Daha İyi Bilgilendirme

Toplumumuz, özellikle çocukların kendileri, anne babalar, öğretmenler ve vesayet organları çocukların yürürlükteki hakları konusunda daha iyi bilgilendirilirse çocuk haklarının gerçekleşmesi daha kolay olacaktır. Bunun için geniş çapta bir bilgilendirme kampanyası oluşturmak gerekir. Özellikle geniş halk tabakalarının, anne babaların terbiye ve tedip konusunda sınırsız özgürlük ve özerklikleri olmadığına, olayın dışında olan öğretmen, komşu gibi üçüncü kişilerin, çocuklara kötü davranıldığında aciz bir şekilde buna seyirci kalmamaları, aksine yürürlükteki hukuka göre çocuğun iyiliği ve yararı tehlikede olduğunda vesayet makamlarına başvurulabileceğine ve bu makamların müdahale ile yükümlü olduklarına dikkatini çekmek gerekmektedir.

Çocuk, çocuk yuvasından başlayarak tüm okul dönemi boyunca zorunlu olarak hak ve ödevleri konusunda bilgilendirilmelidir. Anne ve babaların da buna uygun bir biçimde eğitimi gerekmektedir. Çocuğun kötü terbiyesinin, örneğin bir pencere camının usta olmayan biri tarafından onarılmasından ya da kötü bir saç kesiminden daha büyük ve önemli zararlara neden olacağı açıktır. Ancak anne babanın eğitiminin çocukların durumunu iyileştirmek zorunda olduğu, ya da özel eğitim görmemiş anne babaların kötü terbiye verdikleri kanısı uyanmamalıdır.

Çocuk terbiyesinin birçok anne babada doğal bir yetenek oluşu sevinçindirici olmakla birlikte bu yetenek olsa da olmasa da anne babanın köklü bir eğitimi; terbiye ve tedip konusunda kesinlikle faydalı olacaktır. Devletin anne babaları terbiye ve tedip kurslarına katılmayı zorunlu tutabilmesi için bir hukuk normuna dayanabilmesi gerekir. Çocuk Hakları Sözleşmesi md.19 bu tür kurslara katılmayı anne babalara zorunlu kılan

ya da devleti kurs zorunluluğu getirmeye mecbur kılan bir yetki normu içermektedir. “Bu sözleşmeye taraf olan devletler, çocuğun ana babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsele saldırı şiddet veya suiistimale, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için yasal, idari, toplumsal eğitsel bütün önlemleri alırlar.”

Vesayet makamlarının, çocuk yuvası işleyenlerin, öğretmen, yurt yöneticisi vb.nin de çocuğun hakları konusunda eğitime tabi tutulmaları yerinde ve etkili olacaktır.

b) Yürürlükteki Hukukun Tutarlı Uygulanması

Anayasa ve yasalarda değişiklik yapmadan önce mevcut araçlar kullanılmalıdır. Yürürlükteki hukuk, çocukların faydalanabileceği birçok temel hak garanti etmektedir. Örneğin; eşit davranılmasını, keyfi davranılmamasını isteme hakkı, meslek ve öğrenimi seçme hakkı, bedensel ve ruhsal bütünlük üzerindeki hak ve hareket özgürlüğü. Çocukların hemen hemen tüm asli yaşam alanları temel haklarla korunmuştur. Ancak çoğunlukla uygulamada çocuk temel haklarını kullanamamaktadır. Çocuk kendisini terbiye edenlere karşı somut haklarını Medeni Kanundan çıkarabilir. Çocuk M.K. md. 262 ve devam eden maddelerine dayanarak velayet hakkı sahiplerinden kendi fiil ehliyetine saygı gösterilmesini, tüm kararları onun iyilik ve yararını gözönünde tutarak almalarını, ona yaşamının düzenlenmesinde olgunluğuna uygun bir özgürlük bağışlamalarını, iyi bir terbiye vermelerini, onu desteklemelerini ve korumalarını, ona uygun bir öğrenim sağlamalarını ve haklarını kendisinin kullanması olanaksızsa bu hakları onun için sadakatle kullanmalarını isteme hakkına sahiptir. Bu çoğunlukla somutlaştırılmaya muhtaç kuralların uygulanmasında çocukların temel hakları, Anayasaya uygun yorumla korunmalıdır.

Çocuğun yürürlükteki hukuktan kaynaklanan somut haklarının etkisiz kalmalarını önlemek için yasa koyucu vesayet hukuku ve ceza hukukuna ilişkin birtakım tedbirler öngörmüştür. M.K. md. 272'e göre “Ana ve baba vazifelerini ifa etmedikleri takdirde hakim, çocuğun himayesi için muktezi tedbirleri ittihaz ile mükelleftir.” Md. 273'e göre “çocuğun bedeni veya fikri tekamülü tehlikede bulunur veya çocuk manen metruk bir halde kalırsa hakim çocuğu ana ve babadan alarak bir aile nezdine veya bir müesseseye yerleştirebilir.”

Md. 274'e göre “Velayeti ifadan aciz veya mahcur olan yahut nüfuzunu ağır surette suiistimal eden veya fahiş ihmalde bulunan ana ve babadan hakim velayet hakkını nezedebilir.”

Çocuğun esenliğinin tehlikede olması durumunda vesayet makamları resen çocuğun korunması için müdahale ile yükümlüdürler. Kolluk kuv-

vetleri de resen koğuşturulması gereken suçlarda doğrudan müdahale etmek zorundadırlar.

c) Yürürlükteki Hukukun Yorumu

Yasaların bir çoğu soyut ve uzağı hesaba katan bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu olgu hukuku uygulayanlara kısmen eski yasalarla değişen koşullara uygun tepki gösterme fırsatını sağlamaktadır. Örneğin aile hukukundaki soyut, yoruma muhtaç anlatımlar yargıcı yargılamada değişen değerleri ve kavramları gözönünde tutmayı davet etmektedir. Yürürlük zamanına uygun yorum yardımı ile, değişen koşullar ve çocukların yeni durumu değiştirilmemiş yasalarla da hesaba katılabilir.¹⁶⁵ Ayrıca temel hakka uygun yorum, hukuk düzenin temelinde yatan değerlerin özel kişiler arasındaki ilişkilerde daha iyi bir şekilde gözönünde tutulmasına yardımcı eder.

Yürürlükteki hukuka dayanarak çocuklar ve hakları etkili bir şekilde korunabilir. Ancak çocukların hakları konusunda daha iyi bir bilgilendirme ve bu hakların tutarlı bir şekilde uygulanması ve geçerli kılınması gereklidir. Bununla birlikte toplumumuzda çocuk hakları konusunda daha iyi bir bilgilendirme sağlanabilse ve yürürlükteki hukuk tutarlı bir şekilde uygulansa bile, çocuk haklarının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi için yine de hukuk sistemimizde kimi değişikliklerin yapılması zorunludur.

5. Devlet Müdahalesine İhtiyaç

Hukuksal gerçeklik gösteriyor ki ülkemizde çocukların haklarının korunması, çocukların ailedeki haklarının korunması ve genel olarak ailenin korunması olgusu pek iyi sağlanamamaktadır. Aile ve çocuğun korunması olgusu, bugünün çocukları yarının karar organları ve iktidar taşıyıcıları olacağı için büyük önem taşıdığından Anayasada devlete, ailenin korunması emanet edilmiştir (Anayasa md.41). Bugünün deneyimleri yarının çocuklarının davranışlarını şekillendirecek ve bugün çocuk ne şekilde terbiye ediliyorsa yarın büyük bir olasılıkla kendi çocuklarını o şekilde terbiye edecektir. Yeni yasal düzenlemelerle çocuklara ve ailelerine daha iyi korunma sağlanmalıdır. Çünkü dengeli, sorumluluk bilinci taşıyan, mutlu ve iyi yetişmiş bir gençlik ülkede iyi bir geleceğin garantisini oluşturacaktır.

6. Anayasaya Yeni Normlar Konulması

Anayasanın ailenin korunmasına ilişkin 41. madde kuralı sosyal devletin ailenin ve çocukların korunmasına ilişkin görevini düzenlemekte olup çocuğun temel hakları konusunda anayasal bir dayanak oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasada -çocukların yararı ve iyiliğine yönelik olacağının vurgulanması gereken-çocukların tedip ve terbiyesi konusun-

165. Tuor/Schnyder, Das Zivilgesetzbuch, Zürich 1986, s.32; Häfelin/Haller W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1995, s.33, N.98.

da, devletin ve ana-babaların yetkilerini birbirinden ayıran, çocukların aile ve devlet karşısındaki hak ve ödevlerinin ana hatlarını düzenleyen ve gelecek kuşakların korunması konusunda düzenleme getiren bir kurala ihtiyaç kendisini hissettirmektedir.

Bu kural bir savunma hakkının ama aynı zamanda, sosyal bir temel hakkın öğelerini içermeli, ailenin ve çocuğun korunmasını ve gelecek kuşakların haklarını ve ödevlerini ilgilendirdiği oranda bir devlet amacı ve yasakoyucuya yönelik bir emir niteliği taşımalıdır.

Anayasada Çocuk Hakları Sözleşmesi gözönünde tutularak çocukların münferit temel haklarının listesi yer almalıdır.

Ayrıca Anayasaya ana-baba-çocuk ilişkisinde temel hakların doğrudan uygulanacağına ilişkin bir kuralın konulması velayet altındaki çocukların temel hak korumasını iyileştirmiş olacaktır.

Doğrudan etkinin öngörülmesi ile çocuğun ana babası karşısında sadece yoruma muhtaç yasa kuralına dayanması ve çocuğun temel haklarının yasa kurallarının yorumu ile dolaylı olarak uygulanması yerine çocuğun ana babası karşısında doğrudan temel haklara dayanılması sağlanmış olacaktır.

7. Medeni Kanunda Değişiklik Yapılması

Medeni Kanun velayeti sadece ana babanın çocukları üzerindeki mutlak bir hakkı olarak tanımlamaktadır. Medeni Kanunda terbiye ve tedip hakkının İsviçre orijinalinde olduğu gibi sadece çocuğun iyilik ve esenliğine yönelik ve çocuğun dinlenilme hakkı gözönünde tutularak kullanılabileceği vurgulanmalıdır. Ayrıca Anayasaya paralel olarak çocuğun ana babasına karşı olan hakları bu bölümde yer almalıdır.

Türkiye, Çocuk Hakları Sözleşmesini imzalamış olmasına karşın bu değişikliklere ihtiyaç kendisini hissettirmektedir. Çünkü bu sözleşme değişik kültüre bağlı devletler tarafından imzalanması ve uygulanabilmesi için birçok alanda çok genel bir şekilde kaleme alınmıştır. Bunun dışında sözleşme sadece münferit durumlarda özel kişileri yükümlendirmektedir¹⁶⁶. Sözleşme garantilerinin çoğunluğunda istenen koruma tedbirlerini alması veya bir hakkın gerçekleşmesini sağlaması devletten beklenmektedir¹⁶⁷. Ancak devlet ailenin ödevleri devralmamalıdır. Komünist rejimde olduğu gibi devlet aileye elkoymamalı, onu korumalı ve desteklemelidir.

Ona refakat eder bir şekilde bir kenarda durmalı, iyi işlemediğinde müdahale etmelidir. Aileyi koruma konusundaki devlet önlemlerinden en önemlisi anne babanın eğitimi olmalıdır.

166. Kälin W., Die Konvention über die Rechte der Kinder und ihre Auswirkungen auf die schweizerische Rechtsordnung, Bern 1991, s.16.

167. Kälin W., Die Konvention über die Rechte der Kinder und ihre Auswirkungen auf die schweizerische Rechtsordnung, Bern 1991, s.16.

KAYNAKLAR

- Aeppli V., Grundrechte und Privatrecht, Freiburg 1980.
- Akılhoğlu T., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13.
- Ariès P., Geschichte der Kindheit, dtv Wissenschaft, 10.B., München 1992.
- Auer A., Die Schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel und Frankfurt am Main, s.196, N.345.
- Bannwart/Maurer E., Das Recht auf Bildung und das Elternrecht, Bern und Frankfurt 1975.
- Baumann W., Die Höchtpersönlichen Rechte des Bevormundeten in= ZVW 1956.
- Belger S., Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Ankara 1968.
- Binder H., Die Urteilsfähigkeit in psychologischen psychiatrischer und juristischen Sicht, Zürich 1964.
- Bircher W., Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950.
- Bossuyt M., La Convention des Nations Unies sur Les droits de L'enfant, RUDH 1990.
- Bucher A., Natürliche Personen und Personlichkeitschutz Basel-Frankfurt am Main 1986-N.2.
- Bucher E., Das Personenrecht Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, N.221-326.
- Bucher E., "Drittwirkung der Grundrechte?" Überlegungen zu "Streiksrecht" und "Drittwirkung" I.S. Eckstein, K.A., Schule und Elternrecht, Staatliche Bildungsziele und elterliche Befugnisse im öffentlichen Schulwesen Diss. Basel 1979.
- Bucher E., Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976.
- Çelik N., İş Hukuku, İstanbul 1979, C.2.
- Dürig G., Grundrechte und Zivilrechtsprechung von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung.
- Eckstein K.A., Schule und Elternrecht, Staatliche Bildungsziele und elterliche Befugnisse im öffentlichen schulwesen, Basel 1979.
- Federlin G., Art. 3 GG und der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Arbeitsrecht.
- Fehrmann U., Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 445, Berlin 1983.
- Gontersweiler/Lüchinger U., Die Wahrung höchtpersönlichen Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsfähiger Personen, Zürich 1955.
- Gören Z., Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995.
- Gören-Ataysoy Z., Die Fortbildung rezipierten Rechts, ZSR 95 (1976).
- Griffel A., Die Grundrechtsschutz in der Armee, Zürich 1991.
- Grossen Jaques-Michel, Das Recht der Einzelpersonen in=Schweizerisches Privatrecht, 2.Bd., Basel-Stuttgart 1967.

- Gygi, F., Verwaltungsrecht eine Einführung, Bern 1986.
- Häfelin U./Haller W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht 3.B., Zürich 1993, N. 1119.
- Haller W., Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern Basel, Zürich 1987, N.88.
- Hangartner Y., Grundrechte, Grundzüge des Schweizerischenstaatsrechts, Zürich 1982.
- Hegnauer C., Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, in Festschrift für U. Häfelin zum 65 Geburtstag, Zürich 1989.
- Hegnauer C., Berner Kommentar zum a ZGB, Bern 1964, N.50.
- Hegnauer F./Grundris Des Kindesrechts und des übrigen Verwandschaftsrechts, 4.B. Bern 1994, N.12 vd.
- Herzog/Schick, Verfassungsrecht, 2.B., München 1968.
- Hesse K., 5 B., Karlsruhe 1985, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, Deutschland, KN 285.
- Hirsch E.E., Türkei Berlin 1966.
- Hirsch, E.E., Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği 1. Türk Hukuk Kongresi'nde sunulan tebliğ, Ankara 1971.
- Huber R., Handlungsfähigkeit aufgrund eigenen Arbeitserwerbes, Zürich 1988.
- Imboden M./Rhinow R., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung Bd. I. Basel-Stuttgart 1976.
- Kalin W., Das Verfahren der Staatliche Beschwerde, Bern 1994.
- Kölz A./Häner I., Verwaltungsverfahren und Verwaltungspflege des Bundes, Zürich 1993.
- Kölz A., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978.
- Kölz A., Quellenbuch zur neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte, Bern 1992.
- Kron I., Bedeutung und Problematik des Gleichberechtigungsartikels für die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, SJZ 78 (1982).
- Leber M., Die Beteiligten am Verwaltungsprozess, in: Heft Recht 1985.
- Lindesger M., Die Rechte des Mündels im schweizerischen ZGB. Bern 1952.
- Lüchinger W., Begriff und Bedeutung der Familie im schweizerischen Recht, Zürich 1987.
- Maunz Th., Deutsches Staatsrecht.
- Maunz Th./Dürig G., Grundgesetz Kommentar Bd. I, 1978 Art. 1, Anm.
- Meyer D., Die Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht.
- Muheim F.X., Das Petitionsrecht ist gewährleistet, Bern 1981.
- Müller F.O., Grundrechte der Kinder, Zürich 1996.
- Müller G., Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip, RdA 64.
- Müller J.P., Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2.B., Bern 1991.
- Müller J.P., Elemente einer schweizerischen Grundrechts-theorie, Bern 1982.

- Müller J.P., Einleitung zu den Grundrechten in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossen.
- Müller P.J./Müller S., Grundrechte, Bern 1985.
- Münch I.V., Grundbegriffe des Staatsrechts, Bd.1, 3.B., Stuttgart 1984 KN. 128.
- Nikisch A., Koalitionsrecht Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, Bd. II.
- Nipperdey H.C. (Neumann-Scheuner), Die Grundrechte, Bd. II.
- Nipperdey H.C., Grundrechte und Privatrecht.
- Pearazzini M./Oberholzer N., Grundriss des Personenrechts Bern 1993.
- Pieroth B./Schlink B., Grundrechte, Staatsrecht II., Heidelberg 1986.
- Rehbinder M., Der Arbeitsvertrag Berner Kommentar, Bern 1992.
- Rehbinder M., Schweizerisches Arbeitsrecht 1979.
- Roell M., Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, in Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 468, Berlin 1984.
- Rutschky K., Deutsche Kinder-Chronik, Wunsch-und Schreckensbilder aus vier Jahrhunderten, Köln 1983.
- Saladin, P., Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel und Stuttgart 1979.
- Saladin P., Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in Festschrift f. Hinderling, Basel-Stuttgart 1976.
- Saladin P./Zimmerli U., Einführung in das Verwaltungsrecht, Skriptum für die Vorlesung, Bern 1991.
- Saladin P./Zenger C., Rechte Künftiger Generationen Frankfurt am Main 1988.
- Saladin P., Grundrechte im Wandel, 1979.
- Schnyder B.I., Vormundschaft und Menschenrechte, ZVW Nr. 2/3, 1972.
- Serozan R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- Stein E., Staatsrecht, 9.B., Tübingen 1984.
- Tschümperlin U., Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989.
- Tuncay C., İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İstanbul 1982.
- Tunçomağ K., İş Hukuku C.1., 1970.
- Tuor/Schnyder, Das Zivilgesetzbuch, 10.B., Zürich 1986.
- V. Braumnüht Kuppfer, Ostermeyer, Die Gleichberechtigung des Kindes, Fischer Taschenbuchverlag Frankfurt 1976.
- Vische F., Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, 1. Bd., Basel 1969.
- Wespi K., Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Zürich 1968.