

ÇOCUKLARIN TEMEL HAKLARININ ANAYASAL GARANTİSİ

Zafer GÖREN*

ÖZET

Çocuk haklarına açıkça Anayasada yer verilmesi, onların toplumumuzun eşit haklara sahip bireyleri olarak değerlendirildiğinin ifadesidir. Çocuklara kendilerine özgü önemli temel hakları garantileyen bir Anayasa onların, devletin ve toplumun gelecekteki taşıyıcıları oldukları bilincini açığa vurmaktadır. Bu aynı zamanda, çocukların haklarının korunması konusundaki toplumsal bilincin sağlamlaştırılmasına da elverişlidir. Böylece çocuğun durumu, hem devlet, hem bir uyumsuzluk durumunda anne baba karşısında güçlenecek ve kararlar bugüne kadar olduğundan daha fazla çocuğun mutluluğuna yönlendirilmiş olacaktır. Türkiye'nin de toplumun mutluluğu için çocuk haklarını Anayasa hukuksal açıdan ne kadar yüksek bir basamakta değerlendirdiği uluslararası boyutta belgelendirilmiş olacaktır. Tarafı olduğumuz Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin beklentilerini Anayasamız karşılamamaktadır. Çocuğun temel hak taşıyıcısı ve hukuk süjesi olduğu, yani bağımsız bir kişilik olarak tanınması Anayasada dile getirilmemiştir.

Anahtar Sözcükler: *Çocuk Hakları, Temel Haklar, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Temel hak Ehliyeti, Temel Hakları Kullanma Ehliyeti, Erginlik, Ayırt Etme Gücü.*

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF CHILDREN'S RIGHTS

ABSTRACT

Stating Children's Rights in The Constitution clearly means that children are regarded as individuals with equal rights in our society. A Constitution securing important basic rights for children openly declares the consciousness that children are the carriers of the society and the state to the future.

This fact also helps reinforce the social consciousness about protecting children's rights. Thus the child's position is strengthened in front of both the state and parental authority in case of a disagreement or complaint and the court decisions will be directed more towards the happiness of the child than it has been the case today. Thus, for the happiness of society, a higher evaluation of children's rights in the Turkish Constitutional legislation will be documented regarding the international community. At the moment our Constitution does not cover the expectations of Children's Rights Agreement to which we adhere. The fact that a child is the bearer of basic rights and is the subject of law, that he/she is an independent entity is not mentioned in the Constitution.

Key Words: *Children's Rights, Basic Rights, Children's Rights Agreement, Legal Competency for Using Basic Rights, Adolescence, The power to discern.*

* Prof. Dr. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. ÇOCUKLAR TEMEL HAKLARINI BEKLİYORLAR

Ailenin ve çocukların korunması, bugünün çocukları yarının karar organları ve iktidar taşıyıcıları olacakları için büyük önem taşıdığından Anayasada devlete, ailenin korunması emanet edilmiştir (Anayasa md.41). Bugünün deneyimleri yarının çocuklarının davranışlarını şekillendirecek ve bugün çocuk ne şekilde eğitiliyorsa yarın büyük bir olasılıkla kendi çocuklarını o şekilde eğitecektir.

Bugün artık toplumda çocuklara bakış açısının değiştiği de tartışmasızdır. Bu farklı bakış açısıyla artık bize düşen görevleri fark etmeliyiz. Türkiye'nin Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)'ni imzalamasının üstünden uzun bir zaman geçmesine karşın ülkemiz bugün de eskiden olduğu gibi gerçek bir çocuk dostu ülke olmaktan uzaktadır. ÇHS'nin gereği yerine getirilerek çocukların özgürlük, koruma, teşvik ve katılım haklarının Anayasada garanti edilmesi lazımdır. Çocuklar bunu beklemektedir¹. Çünkü dengeli, sorumluluk bilinci taşıyan, mutlu ve iyi yetişmiş bir gençlik ülkede iyi bir geleceğin garantisini oluşturacaktır.

2009 sayımlarına göre yaklaşık 25 milyon çocuk nüfusa sahip olan Türkiye'de UNICEF tarafından Türkiye İstatistik Kurumu verileri dikkate alınarak hazırlanan bültende, 15 yaşından küçük çocukların yüzde 27,7'sinin yoksulluk içinde bulunduğu ve bu oranın kırsal alanlarda yüzde 40,6'ya kadar çıktığı belirlenmiştir².

Aslında çocukların korunması bir insanîyet ve acıma sorunu değildir. Çocuklar sahip oldukları haklar nedeniyle korunmaya değerler³.

UNICEF çocuk temel haklarını aşağıdaki şekilde özetlemiştir⁴: eşit davranılmasını isteme hakkı (din, ırk ve cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa karşı korunma hakkı); isim ve vatandaşlık üzerinde temel hak; sağlık temel hakkı; eğitim ve öğrenim temel hakkı; tatil, oyun ve dinlenme temel hakkı, bilgi edinme, düşüncesini açıklama, dinlenme ve toplanma temel hakkı, özel yaşamın gizliliği, barış anlamında şiddetten yoksun bir eğitim, doğal afet ve

¹ **Golze, Diana:** Rede, Für eine neue soziale Idee die linke im Bundestag, Kinder Warten auf ihre Grundrechte, 23.09.2011, <http://www.linksfraktion.de/reden/kinder-warten-grund-rechte/> (04.03.2012).

<http://wikipedia.org/wiki/Kinderrechtskonvention> (04.03.2012).

² NTV.com (31.3.2007);http://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye'de_%C3%A7_ocuk_haklar_%C4%B14 (04.03.2012).

³ http://www.demokratiewebstatt.at/fileadmin/user_upload/kathi/DWS/Kinderrechte/Kinderrechte.pdf (04.03.2012).

⁴ <http://wikipedia.org/wiki/Kinderrechtskonvention> (04.03.2012).

felaketlerde derhal yardım konusunda temel hak, vahşete, ihmale, istismara ve takibata karşı korunmayı isteme, bir aileye, anne baba bakımına ve güvenli bir yuvaya sahip olma temel hakkı, sakatlık durumunda bakım ve ihtimam isteme temel hakkı⁵.

1. Değişmekte Olan Toplum

Bugünün çocukları Eugen Huber dönemindeki ya da Medeni Kanun (MK)un Türkiye tarafından alınışı tarihindeki çocuklara oranla tümenden farklı tehlikeler ve olanaklarla karşı karşıyadırlar. Çocuklar çok küçük yaşlardan başlayarak kitle iletişim araçları yoluyla cebir, şiddet, uyuşturucu kullanımı ve suçlulukla yüz yüze gelmektedirler. 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.

Ancak günümüz çocukları elli yıl öncesinin çocuklarına göre yalnız daha büyük tehlikelerle karşı karşıya olmakla kalmayıp daha büyük olanaklara da sahiptirler. Dünyayı gezip görebilme, bilgi edinebilme, geniş öğrenim olanaklarından yararlanabilme, en gelişmiş tıp olanaklarıyla tedavi edilip sağlıklarına kavuşabilme ve artık anlamsız yasak ve tabularla engellenmeden hemen her şeyi deneyebilme imkanlarına sahiptirler. 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 rastlanılmamaktadır⁶.

2. Çocukların Korunması için Temel Haklar

200 yıldan beri güçlülere karşı zayıfları koruma ödevini üstlenen temel haklar çocukların 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

⁵ [http:// wikipedia.org/wiki/ Kinderrechtskonvention](http://wikipedia.org/wiki/Kinderrechtskonvention) (04.03.2012).

⁶ http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_haklar%C4%B1 (04.03.2012).

makamları da çocukların temel haklarını, belirsiz hukuk kavramlarının yorumunda, boşlukların doldurulmasında ve takdir hakkının kullanılmasında göz önünde 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 erginlik yaşına kadar yabancı kişilerin yönetiminde olup 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.

II. ÇOCUK HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Yirminci yüzyılın başlarında çocukların erişkinlerden farklı haklara sahip olduğu, dolayısıyla da bu hakların ayrıca tanınması gerektiği konusunda, değişik ülkelerde farklı hareketler ortaya çıkmaya başlamıştır. Leh eğitimci Janusz Korczak 1919 yılında yayımlanan *How to Love a Child* (Bir Çocuğu Nasıl Sevmeli) adlı kitabında çocuk haklarını dile getirmiştir. 1917 yılında, Ekim Devriminin ardından Proletkult örgütü Moskova şubesi bir *Çocuk Hakları Bildirgesi* açıklamıştır⁷.

Ancak çocuk haklarını savunma konusunda ilk etkili girişimi, 1923 yılında Eglantyne Jebb tarafından taslağı hazırlanan ve 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen “Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi” oluşturmuştur. Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi ile çocukların, erişkinlerden farklı fizyolojik, psikolojik ve davranış özellikleri olduğu bilincinin kök salması gerektiği, çocukların bakımının bir toplum sorunu olduğu ve herkesin bu sorumluluğu yüklenmesi gerektiği düşüncesi vurgulanmıştır. Bu bildirge Birleşmiş Milletler tarafından kuruluşunda kabul edilmiştir. 20 Kasım 1959 tarihinde “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi” olarak güncellenen bu bildirge⁸, 20 Kasım 1989 tarihinde daha kapsamlı olan “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi” ile değiştirilmiştir. ÇHS, BM üyesi ülkelerin ikisi hariç tümü yani 193 ülke tarafından kabul edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri ve Somali hariç en fazla sayıda ülke tarafından onaylanan insan hakları belgesidir⁹.

⁷ Lynn, Mally (1990) “Proletarian Utopias: Science, Family and Daily Life”, Culture of the Future: The Proletkult Movement in Revolutionary Russia, 21 (İngilizce), Berkeley: University of California Press. URL (21.09.2007); http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_haklar%C4%B1 (4.03.2012).

⁸ “Universal Children's Day”, Birleşmiş Milletler resmî web sitesi. URL (21 Eylül 2007); http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_haklar%C4%B1 (04.03.2012).

⁹ “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Özet” (HTML). UNICEF. (22.09.2007); http://tr.Wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_haklar%C4%B1 (04.03.2012).

Çocuk hakları hareketi Birleşmiş Milletler'in 1940'larda kuruluşundan bu yana dünya üzerinde her zaman ilgi görmüştür. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde benimsenmiş ve 2 Eylül 1990 tarihinde de yürürlüğe girmiş olan ÇHS'yi aralarında Türkiye'nin de bulunduğu yaklaşık 142 ülke imzalamış ya da onaylama ve katılma yoluyla sözleşme tarafı devlet durumuna gelmiştir. ÇHS'de, taraf devletlerin sözleşme maddelerine kesinlikle uymaları gerektiği hükme bağlanmıştır. ÇHS'nin 4. maddesine göre taraf devletler bu sözleşmede tanınan hakların gerçekleştirilmesi için tüm elverişli yasal, idari ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdürler. Bu elverişli gerekli tedbirler arasında çocuk haklarının Anayasaya dahil edilmesi de düşünülmelidir¹⁰. Türkiye, sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamıştır.

Bundan sonraki dönemde Türkiye'nin sözleşmenin hükümleri ışığında iç hukuk normlarını gözden geçirerek, sözleşmeyle çelişen hükümleri saptayarak gerekli değişiklikleri yapmak yükümlülüğü doğmuştur¹¹.

III. TEMEL HAKLARA SAHİP OLMA

Medenî Kanun md. 8'e göre "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler". Medenî Kanun md. 28'e göre ise "Kişilik, çocuğun sağ olarak doğduğu andan başlar ve ölüm ile sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder"¹².

Ancak temel hak taşıyıcılığı ya da sahipliğinin bu tür Anayasa altı normlarla bağlayıcı olarak saptanmaması, bunun bağımsız olarak Anayasadan 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 tanınmıştır¹³. Örneğin F.Almanya Anayasa Mahkemesi, gebeliğe son verilmesine ilişkin olarak¹⁴ F.Anayasa md.2. fıkra II. C. 2 kuralını ("yaşam ve beden bütünlüğü üzerin-

¹⁰ http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_haklar%C4%B1 (04.03.2012); Universal Children's Day", Birleşmiş Milletler resmî web sitesi. URL (21.09. 2007); [http:// wikipedia.org/wiki/ Kinderrechtskonvention](http://wikipedia.org/wiki/Kinderrechtskonvention) (04.03.2012).

¹¹ http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_haklar%C4%B1 (04.03.2012).

¹² Krş.BGB md.1: **Jauernig, Othmar: BGB**, 3 B., München,1984 & 1 KN 2 baa.

¹³ BVerfGE 30, 173/194; **Münch, Inge von: Grundbegriffe des Staatsrechts**, Bd.1, 3.B., Stuttgart 1984 KN. 128.

¹⁴ BVerfGE 39 1 36 vd.

deki hakka yasa ile müdahale edilebilir”) daha doğmamış insana (Embriyo, nasciturus) uygulamıştır. İnsan yaşamının güvenilir biyolojik-fizyolojik verilere göre herhalde döllenmeden 14 gün sonra var olduğu, kabul edilmektedir (“Nidation, Individuation”).

1. Çocukların Temel Haklarla İlişkisi (Temel Hak Ehliyeti 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.

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 önem taşımaktadır.

Çocuklar için temel hak ehliyetinin doğumla, temel hakları kullanma ehliyetinin erginlik ile başladığını kabul ederek temel hakların kullanımını çocuklar için sınırlandıran görüş eleştirilmiştir¹⁵.

Eleştirilere göre, temel hakkın kullanımını hukuk düzeni tarafından korunan başka menfaatlerle 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. Kaldı ki, yetişkinlerin yarattığı tehlikeler çocukların yarattıklarından daha büyüktür. Çünkü çocuklar çoğunlukla bilinçsiz olarak, yetişkin suçlular ise bilerek yabancı menfaatlere 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 başlamalıdır¹⁶. Yine bu görüşte olanlara göre, temel hakları kullanma ehliyetinin bütün çocuklara tanınması, çözülmesi olanaksız problemler doğurmadığı gibi, çocukların kendi kendilerine zarar vermelerine karşı gerekli koruma önlemlerini de engellememektedir¹⁷.

¹⁵ **Stein, Eckart:** *Staatsrecht*, 9.B.,Tübingen 1984, s. 264,1993, s. 217.

¹⁶ **Roell, Monica:** *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige*, Berlin 1984, s. 32 vd.

¹⁷ **Stein, Eckarat:** *Staatsrecht*, Tübingen 1993, s. 218.

2. Temel Hak Ehliyetinin Temel Hakları Kullanma Ehliyetinin Olmaması Nedeniyle Sınırlanması

İnsan hakları, insan olma özelliğine bağlı olup yaşa bağlı olmamaları nedeniyle çocuklar da insan haklarına 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) 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 görüş¹⁸ bir tarafa bırakılacak olursa, burada MK 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 ayırt etme gücü (aeg)ne sahip olup olmamasına göre her somut olay için karar verilmesi¹⁹ gerektiği savunulmuştur²⁰.

Bazı düşünürler temel hak kullanma ehliyetine hangi yaştan itibaren sahip olunacağı konusunda iki olasılık üzerinde durmuşlardır:

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

-İlgili kişilerin anlayış ve karar yeteneği sınırının yasa koyucunun kendisi tarafından belirlendiği durumlarda yasa koyucunun bu sınırı, isabetli olarak belirlediğinin kabulü ve Anayasa Hukuku ve diğer hukuk alanları için olabildiğince aynı yaş sınırlamaları yapmanın daha mantıklı olacağından yola çıkmak (katı yaş sınırı)²¹.

Bu görüşte olanlar insanın var olmasına bağlı haklarda, temel hakları kullanma ehliyeti koşulunu aramamak (insan 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;

¹⁸ **Roell, Monica:** *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige*, Berlin 1984, 36 vd;
Gören, Zafer: *Temel Hak Genel Teorisi*, Ankara 1995, s. 37.

¹⁹ BGHZ 29, 33 vd.

²⁰ **Herzog, Roman/Schick, Walter:** *Verfassungsrecht*, 2.B., München 1968, s. 29.

²¹ **Münch, Inge von:** *Grundbegriffe des Staatsrechts*, Bd. 1, 3.B., Stuttgart 1984, KN. 134.

Belli bir yaşa ulaşmanın önem taşıdığı temel haklarda temel hak kullanma ehliyeti için uygun yaş sınırını aramak gerektiğini (evlenme özgürlüğü gibi)²² ileri sürmüşlerdir.

Çocuğun temel hakları kullanma ehliyetine ilişkin olarak iki sorun ortaya çıkmaktadır:

a. Çocuğun kamu otoritesi ile doğrudan ilişkisi durumunda temel hakların akıbeti

b. Çocuğun temel haklarıyla ana babanın bakım ve eğitim hakkının çatışması

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

Çocuğun okul idaresi ile olan otorite ilişkisi Anayasa md.42 f. III'te üstü kapalı olarak kabul edilmekle beraber çocuğun okuldaki otorite ile direkt ilişkisi temel hak sahipliğinin genel ve yaşla orantılı bir biçimde sınırlanması için normatif bir dayanak oluşturmamaktadır²³.

Sınırlamalar genel kriterlere göre yani yine yasa ile ve Anayasa md.13 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 başkalarının temel haklarına müdahale yetkisinin koşulunu oluşturmaktadır²⁴.

b) Ana-babanın eğitim hakkı söz konusu olduğunda çocukların temel hak sahipliği komplike bir durum yaratmaktadır. Çocukların bakım ve eğitimi ile onların gün geçtikçe artan bağımsızlık isteğinin çatışması durumu söz konusu olmaktadır.

Anayasamızda ana-babanın, çocukların eğitimi konusunda temel hakka sahip olduğunu içeren bir kural bulunmamaktadır.

Ana babanın velayet hakkı MK'da düzenlenmiştir. MK'nun 335-339 f.II, III, 340, 341. maddelerinin anayasal dayanağını "Ailenin Korunması ve Çocuk

²² Herzog, Roman - Schick, Walter: *Verfassungsrecht*, 2.B., München 1968, s. 29; Hesse, Karl: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* 5.B., Karlsruhe 1985, KN 285.

Pieroth, Bodo - Schlink, Bernhard: *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg 1986, s. 35.

²³ Pieroth, Bodo - Schlink, Bernhard: *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg 1986, s. 37vd.

²⁴ Pieroth, Bodo - Schlink, Bernhard: *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg 1986, s. 35.

Hakları” başlığını taşıyan Anayasa md. 41 fıkra I’deki “Aile Türk toplumunun temeli”dir kuralı oluşturmaktadır.

İmzalamış olduğumuz ÇHS ile uyumlu bir şekilde 21.11.2001 tarihli 4721 s.lı Yeni MK md. 339 f. I: “ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.” III. fıkra: “Anne ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınlar önemli kararlarda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.”

Md.340 f. I:” Anne ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.” kurallarını getirmiştir. Eski MK md. 267 ‘nin içerdiği: “Ana ve baba çocuklarını tedip hakkına malikdir.” kuralına yeni metinde yer verilmemiştir. Oysa F. Almanya Anayasası md. 6 (1): “çocukların bakım ve eğitimi, anne ve babanın en doğal hakkıdır.” kuralını içermektedir.

Ana ve babanın çocuğu bakım ve eğitiminin de MK’nın 339-340. maddelerinin öngördüğü çerçevede uygulanması gerekmektedir. F. Almanya Anayasası md.6 fıkra II’de düzenlenmiş olan bakım ve eğitim hakkının bile, çocuğun menfaati uğruna kabul edilmiş, ana babanın bir sübjektif hakkı olduğu ileri sürülmektedir. Bu hak zaman açısından çocuğun ilgili sorun konusunda kendisinin karar verebilmesi yeteneğini kazanmasına kadar, içerik açısından ise eğitimi sağlayan araçların kullanılması ile sınırlandırılmıştır²⁵.

IV. HANGİ TEMEL HAKLAR ÇOCUKLAR AÇISINDAN ÖNEM TAŞIYOR?

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 AİHS md.9 ve ÇHS md.14 ile korunmuştur. Bu maddelerle negatif anlamda din özgürlüğü yani belli bir dinsel inanişaya sahip olmama da korunmuştur.

MK md. 341’e göre, çocuğun dini eğitimi belirleme hakkı ana babaya aittir. Ana babaların bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin dinini seçmekte özgürdür. Velayet hakkına dayanan ana baba, çocuğun din ve inanç özgürlüğünü 18 yaşına kadar sınırlayabilir.

²⁵ **Pieroth, Bodo - Schlink, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II**, Heidelberg 1986, s. 38; Krş BGH= NJW 1974,1947.

Oysa MK'nın orijinalini oluşturan İsviçre Medeni Kanunu md. 303 f. II'ye göre çocuk 16 yaşına geldiğinde kendi dini inancı konusunda karar verme hakkına sahiptir.

ÇHS md. 14'e göre, "*Taraf Devletler, çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlük haklarına saygı gösterirler*".

Bu maddenin (2). bendine göre "Taraf devletler, ana babanın ve gerekiyorsa yasal vasilerin, çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarının kullanılmasında, çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine saygı gösterirler".

Bu madde ve sözleşmenin 5. maddesinin öngördüğü, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana babanın.... yasal vasilerinin ve çocukta hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterilmesi ilkesi Anayasa md. 24 f. IV'te yer alan: "din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır" kuralı ile uyumlu görünmemektedir.

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 olacaktır²⁶.

b) Evlenme Özgürlüğü

Evlenme özgürlüğü, Anayasa md. 17'deki kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme özgürlüğünden, md.41'deki ailenin korunmasına ilişkin kuraldan ve AİHS md.12'den kaynaklanmaktadır. Bu özgürlük, MK'ya göre evlenme ehliyetinin olduğu ve evlenme engellerinin bulunmadığı sürece bireye evlenme sözleşmesini yapma hakkını tanımaktadır. Özel otorite ilişkisi içinde olan kişiler de bu hakka sahiptir²⁷. Evlenme özgürlüğüne, evlenme sözleşmesi yapması engellenen veya bir evlenmeye zorlanan herkes dayanabilir. Ancak MK bu özgürlüğe, belirli yaş sınırı ve aeg'ye sahip olma koşulunu getirmektedir.

MK md.124-128'de evlenme ehliyeti koşulları düzenlenmiştir. Md. 124 f. I'e göre, erkek ve kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak maddenin II. fıkrasına göre hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple 16 yaşını doldurmuş olan erkek ve kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce anne ve baba veya vasi dinlenir 126. maddeye göre, küçük, yasal temsilcisinin izni olmadıkça evlenemez.

²⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi İlk Ülke Raporu, Türkiye Ağustos 1997, s. 51.

²⁷ Krş. EuGRZ 1982,531 vd."

c) Seyahat ve Yerleşme Özgürlüğü

Anayasa md. 23'e göre herkes yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük bir yerde ikamet, yerleşme ve oturma yerini her zaman terk edebilme hakkını içerir.

Yerleşme özgürlüğü aynı zamanda bir kimlik belgesi (pasaport) çıkartılması konusunda bir istek hakkı da içerir²⁸. Ailede MK, anne babaya, çocuğun oturma yeri konusunda karar verme yetkisini tanımıştır.

MK md. 335'e göre: "Ergin olmayan çocuk, ana babasının velayeti altındadır." Madde 339 f. II'ye göre ise "çocuk ana babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür."

MK md. 21 "Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının, ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babasının yerleşim yeridir. Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir" 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 menfaatini göz önünde tutmak, onun esenliği ve mutluluğuna göre hareket etmek zorundadırlar²⁹.

Ayrıca MK md. 347'ye göre:"Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu anne ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kurma yerleştirebilir."

ÇHS md. 9, 10, 11'de çocuğun yüksek yararı 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 kural vardır. 12.09.2010 tarihli Anayasa değişikliği ile 41. maddeye de:"Her çocuk... yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir." kuralı ek III. fıkra olarak getirilmiştir.

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 çocukların

²⁸ **Haefin, Ulrich - Haller, Walter:** *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* 3.B., Zürich 1993, s. 480, N.1532.

²⁹ **Tschümperlin, Urs:** Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989, s. 49 vd.

ayrı ülkede yaşamaları durumunda sözleşme md. 10'a göre taraf devletler, çocuğun ilişkilerini kolaylaştırmakla yükümlüdürler. 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 istenmektedir³⁰.

d) Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü

Anayasanın 25-26. maddelerinde düzenlenmiş olan düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 9 ve 10'da güvence altına alınmıştır³¹.

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

ÇHS md.13, AİHS 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, alabilmelidir. 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 grubu veya yerli ahaliye mensup çocukların dil gereksinimlerinin kitle iletişim araçlarında göz önünde tutulması da öngörülmektedir.

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.

AİHS md.11 ve ÇHS md.15, toplanma özgürlüğünü güvence altına alırlar.

ÇHS 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 sağlığının

³⁰ Akılhoğlu, Tekin: *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, No: 13, s. 10.

³¹ Krş. BGE 8 71 117.

ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yapılan sınırlamalardan başkalarıyla kısıtlanamaz.”

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 9. maddesi, toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleme konusunda yetkili olmak üzere “Düzenleme Kurulu”na yer vermiştir. Yasaya göre düzenleme kurulu için fiil ehliyetine sahip ve 18 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 kural sözleşme ile uyumlu değildir.

Anayasa md. 33'e göre, herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir. AİHS md.11 ve ÇHS'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.

5223 sayılı ve 4.11.2004 t.'li Dernekler Kanununun 3. madesine göre, fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler dernek kurma hakkına sahiptirler. III. f.'ye göre, on beş yaşını bitiren aeg'ye sahip küçükler; toplumsal, ruhsal, ahlaki, bedensel ve zihinsel yetenekleri ile spor, eğitim ve öğretim haklarını, sosyal ve kültürel varlıklarının, aile yapısını ve özel yaşantılarını korumak ve geliştirmek amacıyla yasal temsilcilerinin yazılı izni ile çocuk dernekleri kurabilir veya kurulmuş çocuk derneklerine üye olabilirler.

IV. f.'ye göre, On iki yaşını bitiren küçükler yasal temsilcilerinin izni ile çocuk derneklerine üye olabilirler ancak yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar. Çocuk derneklerine on sekiz yaşından büyükler kurucu üye olamazlar.

ÇHS md. 15'e göre, taraf devletler çocukların bu özgürlüğünden kaynaklanan haklarını tanırlar. Bu haklar, özellikle çocukların derneklere girmekten ya da toplantılara katılmaktan yasaklanmamasını öngörmektedir. Dernekler Kanunumuz ÇHS ile uyum içindedir.

f) Mülkiyet Hakkı

Anayasa md.35 ile garanti edilen mülkiyet hakkı ergin olmayanlar için de önem taşımaktadır. Ergin olmayanlar da ergin 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 oluştururlar³².

Kişi özgürlüğünün bazı bölümleri AIHS md.2, 5, 8'de ve ÇHS 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 alanın korunması, kimliğin korunması, konutun korunması, bilgi işlemin kötüye kullanılmalara karşı koruma, aile yaşamının korunması girer³³.

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.”

ÇHS 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 s.'li ve 28.2.1991 t.'li kararında (AMKD 27, C.I.s.161-181) eski MK 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:

³² BGE 108 I a 60 vd.; BGE 113 I s 162.

³³ **Krş. Hangartner, Yvo:** Grundrechte, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts, Zürich 1982, s. 67, s. 94 ve s. 101 vd.; **Saladin: Peter:** Rechtsbeziehungen Zwischen Eltern und Kindern als Gegesland des Verfassungsrechts in Festschrift für Hans Hinderling Basel Stuttgart 1976, s. 197; **Müller, Jörg Paul:** Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2.B., Bern 1991, s. 6 vd.

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

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

ÇHS md.37 (a) da, özellikle 18 yaşından küçük suçlulara ölüm cezası ve salıverme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası verilmemesi kuralları yer almaktadır.

ÇHS’nin 39. maddesinde ayrıca işkence, kötü davranış, sömürü ve şiddet gibi uygulamalarla karşılaşan çocukların topluma yeniden kazandırılması için geniş ödevler öngörülmüştür.

Bu kural 10.12.1984 t.’li “İşkenceye Karşı BM Sözleşme”sinin 14. maddesine koşut olarak düzenlenmiş fakat daha geniş kapsamlıdır.

Anayasanın 41. maddesine 12.09.2010 tarihli Anayasa değişikliği ile: “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirler alır “. kuralı ek IV. fıkra olarak getirilmiştir.

b) Görüşü Açıklama ve Yargılamada Dinlenme Hakkı

ÇHS md. 12 aşağıdaki kuralı içermektedir:

“1. Taraf devletler görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşle-

re çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özen gösterilmek suretiyle tanırırlar.

2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli ve idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak, çocuğa özellikle sağlanacaktır³⁴.

MK md. 339 f. III'teki: " Ana ve baba olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanırırlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar." ve md. 308 f. II 'deki: "Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlat edinilemez." kuralları hayatını düzenlemede, önemli konularda ve evlad edinmede çocuğun görüşlerinin alınmasını öngörmüştür.

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.

ÇHS md. 12 f. II'de yer alan çocukların yargılamada dinlenilme hakkı uygulamada gerçekleştirilmemektedir.

Çünkü yasalar çocuklara kendilerini ilgilendiren yargılamada taraf pozisyonunu tanımamakta, hukuku uygulayan makamlar da bu haklara 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 taşımaktadır³⁵.

Çocuğun geleceğini önemli ölçüde etkileyen ana babanın boşanma davalarında da bu olgu çocukların geleceği üzerinde büyük oranda etkili olmaktadır. Kanun çocuklara dava tarafı hakları tanımamaktadır.

Her ne kadar MK md.182 ve 348 kuralları çocukla ilgili velayet ve vesayet haklarının kullanılmasında yargıca MK md.4 ile öngörülen takdir yetkisini tanıyor ve MK md.4, yargıcın takdir yetkisini kullanırken, gerekli gördüğünde çocuğun görüş ve bilgisine başvurulabilmesine olanak sağlıyorsa da ço-

³⁴ *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 13 (Çev: Akıllıoğlu, Tekin) Ankara 1995.

³⁵ Krş. BGE 118 II 410 vd.

cuğa kendisini etkileyen adli ve idare işlemlerde doğrudan ya da bir temsilci aracılığı ile dinlenilmesi hakkı verilmiş değildir³⁶.

c) Eşitlik İlkesi

ÇHS md. 2'ye göre devletler çocuk haklarını ayırım yapmaksızın uygularlar. Devletler çocuklara karşı ayırmacılığı önleyici her şeyi yapmalıdırlar.

Ayrımcılık sonucu oluşan hak eşitsizliği olumlu eylem (positive action) yoluyla giderilir. “Olumlu eylem” zayıfın güçlü düzeyine çıkarılması amacıyla yapılan özendirici çabalardır³⁷.

Eşitlik ilkesi her farklı davranışla zedelenmemektedir. Eşit olana eşit olduğu oranda eşit, eşit olmayana farklılığı oranında farklı olmayan davranışlar yasaklanmıştır³⁸.

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 “farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesine” ve Anayasaya aykırıdır.

Haklı neden olmaksızın 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 aykırıdır³⁹. Benzer örneklerle erkek çocukları yükümlendirmek de Anayasaya aykırılık oluşturur⁴⁰.

Anayasa Mahkemesinin 21.5.1981 t.’li, E.1980/29, K.1981/22 s.’li kararı ile⁴¹ eski MK’nın 310. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan: “Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialehy evli ise; hâkim, babalığa hükmedemez” kuralı iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 28.2.1991 t.’li, E. 1990/15, K. 1991/5 s.’li kararıyla da⁴² eski MK’nın, zina sonucu olan çocuğun baba tarafından tanınmasını engelleyen 292. maddesi kuralını baba bakımından iptal

³⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi İlk Ülke Raporu, Ankara 1997, s. 44.

³⁷ **Akılhoğlu, Tekin:** *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, No: 13, s. 6

Krş. ZBL 88, 1987, s. 171; BGE 108 la 22 vd.

³⁸ BGE 110 1 a 13.

³⁹ Krş. ZBL 88, 1987, s. 171; BGE 108 la 22 vd.

⁴⁰ ZBL 1987, s. 172vd

⁴¹ AMKD, S. 19, S. 102-129.

⁴² AMKD, S. 27, C.I, s. 161-183; iptal sonucu maddeden “erkek ve” sözcükleri çıkarılmıştır.

etmiştir. Bu madde: “Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınmaz.” kuralını içeriyordu.

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, nesebsiz duruma düşürürken, ikincisine babasına sahih olmayan nesep 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 Mahkemesi 11.9.1987 t.'li, E. 1987/1, K.1987/18 s.'lı kararı ile⁴³ düzgün olmayan nesepte miras haklarına ilişkin eski MK md.443 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 ÇHS'ye uygun kararlardır⁴⁴.

12.09.2010 tarihli Anayasa değişikliğiyle 10 maddeye “Çocuklar..... için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” ek III. fıkrası ile çocuklar için yapılacak olumlu önlemler anayasal güvenceye alınmıştır.

3. Siyasal 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 sahiptir⁴⁵.

⁴³ AMKD S. 23, s. 297-318.

⁴⁴ **Akılhoğlu, Tekin:** *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, No: 13, s. 42.

⁴⁵ Krş. **Müller, Jörg Paul:** *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 ÇHS'nin öngördüğü şekilde çocuğun vatansız kalmasını önleyici kapsamlı düzenlemeler içermektedir⁴⁶.

Anayasanın 67 ve 68. maddeleri yaş yönünden siyasal haklara sınır getirmektedirler. 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 Türkiye Büyük Millet Meclisi'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.

V. TEMEL HAK EHLİYETİ

1.Genel Olarak

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

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 konusunda önem taşımaz.

Temel hak ehliyeti, temel hak taşıyıcısının iradesinden bağımsız olarak mevcuttur. "Hak ehliyeti" kavramından farklı olarak "temel hak ehliyeti", "temel

⁴⁶ Türk Vatandaşlık Kanunu, 5901 no'lu 29.5.2009 t.'li, md.5-10 (RG.12.6.2009, S. 27256).

hak süjesi” ve “temel hak taşıyıcısı” kavramları hukuk düzenimizde yer almamaktadır⁴⁷.

2. Çocuklar Açısından Temel Hak Ehliyetinin Anlamı

Temel hak ehliyeti, temel hak sahipliğini belirler. Bu anlatım biçimi teorik olarak doğru olmakla birlikte, çoğunlukla pratik bir anlam taşımamaktadır. Saçlarını kestirdiğinde, doktora iğne yaptırdığında çocuk, kişi özgürlüğünün 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 Ehliyeti Nasıl Saptanmalıdır?

Hukuk düzenimiz MK md. 8’de hak ehliyetini düzenlemektedir. İsviçre’de öğreti⁴⁸ ve yargı⁴⁹ tarafından özel hukuk kurumları olan “hak” ve “fiil ehliyeti” kamu hukukuna aktarılmış ve temel hak taşıyıcılığının belirlenmesinde de kullanılmışlardır. Bu yapılırken bir gerekçe de gösterilmemiştir.

İsviçre’de öğretilerde MK’nın hak ve fiil ehliyetlerine ilişkin kurallarının özel hukuku aşan çok geniş anlamları olduğu, bu kuralların kamu hukukunda da

⁴⁷ **Fehmann, Ursula:** *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter*, Schriften zum öffentlichen Recht Bd I 445, Berlin 1983, s. 14 vd.; **Roell, Monica:** *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige*, in Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 468, Berlin 1984, s. 15 vd.

⁴⁸ **Auer, Andreas:** *Die Schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Basel und Frankfurt am Main, s. 196, N. 345; **Gyg, Fritz:** *Verwaltungsrecht*, Bern 1986, s. 118 vd.; **Hangartner, Yvo:** *Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts*, 2.Bd. Zürich 1982, s. 37; **Imboden, Max/Rhinow, René:** *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bd. I. Basel-Stuttgart 1976, s. 176; **Kalin, Walter:** *Das Verfahren der Staatliche Beschwerde*, Bern 1994, s. 217; **Kölz, Alfred - Haener, Isabelle:** *Verwaltungsverfahren und Verwaltungspflege des Bundes*, Zürich 1993, s. 76, No: 108 ve s. 141 N: 231; **Kölz, Alfred:** *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, Zürich 1978, s. 193; **Saladin, Peter:** *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, Basel und Stuttgart 1979, s. 88 vd.

⁴⁹ Krş. BGE 98 I a 324 vd.

uygulanabilir kurallar oldukları⁵⁰, kişiler hukukunun tümünün farklı bir düzenleme olmadığı sürece kıyasen kamu hukukuna da uygulanabileceği görüşü egemendir⁵¹.

Anayasa md.12 f. I'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 MK md. 8'e başvurulması gerekli değilse de MK. md. 8'de evrensel anlamı olan bir doğal hukuk ilkesinin anlatımı söz konusudur⁵².

MK 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 MK md. 8 ile anayasal eşitlik ilkesinin fazladan belirgin kılınmak istendiği noktadan yola çıkılması gereklidir⁵³.

AİHS md. 1'e göre sözleşme tarafı olan devletler kendi uyruklarına sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri tanımakla yükümlüdür.

Bu yolla AİHS genel temel hak ehliyetini garanti ettiği tüm temel haklar için tanımaktadır.

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

ÇHS, 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.

Böylece çoğunlukla yapıldığı gibi genel temel hak ehliyetinin dayanağı olarak hak ehliyetinin özel olarak düzenlendiği tek kural olan MK md. 8'e baş-

⁵⁰ **Bucher, Andreas:** *Natürliche Personen und Personlichkeitschutz* Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 21, N.2; **Hangartner, Yvo:** *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts* 2.B., Grundrechte, Zürich 1982, s. 37.

⁵¹ **Bucher, Eugen:** *Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Bern 1976, s. 86, N.8; **Gygi, Fritz:** *Verwaltungsrecht, Eine Einführung*, Bern 1986, s. 34 vd., ve s. 285 vd.; **Saladin, Peter - Zimmerli, Ulrich:** *Einführung in das Verwaltungsrecht*, Skriptum für die Vorlesung, Bern 1991, s. 71 vd.

⁵² **Pedrazzini, Mario - Oberholzer, Niklaus:** *Grundriss des Personenrechts*, 4.B., Bern 1993, s. 52; **Vischer, Frank:** *Internationales Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht*, 1. Bd., Basel 1969, s. 556; **Bucher, Andreas:** *Natürliche Personen und Personlichkeitsschutz*, Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 22, N.24.

⁵³ **Müller, Felix Oscar:** *Grundrechte der Kinder*, Zürich 1996, s. 18.

vurulmasının gerekli olmadığı sonucuna varmış bulunuyoruz. Bu özel hukuk kavramı Anayasa hukukuna aktarılmasa 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 kaynaklanır ve 20. yüzyılın doğal bir olgusudur⁵⁴.

Genel temel hak ehliyeti kurumunun kökleri 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 1. maddesine uzanmaktadır. Burada cinsiyet, yaş ve sosyal durumdan bağımsız olarak "Les hommes naissent et demeurent Libres et égaux en droits" kuralı yer almaktadır. 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 ergin olup olmamalarına, kısıtlı olup olmamalarına, cinsiyet, uyrukluk, ırk, din ve sosyal durumlarına bakılmaksızın Anayasa ve yasa bir istisna öngörmediği sürece tüm temel hakların taşıyıcısıdırlar.

Böylece Türk hukukunun uygulandığı tüm çocuklar kural olarak tüm temel hakların taşıyıcısıdırlar⁵⁵.

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,

⁵⁴ **Bucher, Eugen:** Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26, ZGB, Bern 1976, s. 36 vd.

⁵⁵ **Eckstein, Karl A.:** Schule und Elternrecht, Staatliche Bildungsziele und elterliche Befugnisse im öffentlichen Schulwesen Diss. Basel 1979; **Haefelin, Ulrich-Haller, Walter:** Schweizerisches Bundesstaatsrecht 3.B., Zürich 1993, s. 336, N.1119; **Hangartner, Yvo:** Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts zweiter Bd. Grundrechte, Zürich 1982, s. 36; **Müller, Jörg Paul:** Elemente einer schweizerischen Grundrechts-Theorie, Bern 1982, s. 91; **Saladin, Peter:** Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in Festschrift für Hans Hinderling, Basel-Stuttgart 1976, s. 187; **Tschümperlin, Urs:** Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989, s. 75.

mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, dilekçe hakkı ve özel yaşamın gizliliği konusundaki hakkın taşıyıcısıdır.

b)İstisnalar

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

Çocuklar bakımından genel temel hak ehliyetinin bir başka sınırlamasını 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 18 yaşından küçük 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 değildirler⁵⁶. 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 süjesidir⁵⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre din ve vicdan özgürlüğünde tinsel özgürlüğün en iç alanı söz konusudur⁵⁸. Bu nedenle 18 yaşından küçükler aeg'ye sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın, kişiliğe bağlı bu temel hakkın bağımsız olarak kullanımını olanaksız kılmak duraksama uyandırıcıdır (krş. MK md. 341"Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin, dinini seçmekte özgürdür." ve Anayasa md.24 f. IV). 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.

⁵⁶ Müller, Felix Oscar: *Grundrechte der Kinder*, Zürich 1995, s. 21.

⁵⁷ BGE1011 a 397.

⁵⁸ Krş. Saladin, Peter: *Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in Festschrift für Hans Hinderling*, Basel Stuttgart 1976, s. 192.

Evlenme özgürlüğü sadece evlenme sözleşmesini yapma hakkını garanti etmemekte aynı zamanda temel hak taşıyıcısını bireysel başvuru kurumunun öngördüğü ülkelerde çiftleri mağdur eden genel düzenlemelerin iptalini isteme konusunda da yetkilendirmektedir.

Çünkü bu tür düzenlemelerin iptalini sadece bugünkü değil gelecekteki ilgililer yani MK md.124'e göre henüz evlenme ehliyetine sahip olmayanlar da isteyebilmelidirler. Evlenmek için yasanın öngördüğü asgari yaş bu nedenle bir temel hak ehliyeti sorunu olmayıp temel hakkın kullanılması sorunudur⁵⁹.

5. Temel Hak Ehliyeti Ne Zaman Başlar?

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

MK md. 28'ye göre, kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar.

Hak ehliyetinin ve temel hak ehliyetinin başlangıcı için çocuğun doğumdan sonra yaşam belirtileri vermesi önem taşır⁶⁰.

Sağ doğmak şartıyla çocuk, doğumdan önce MK md. 28f. II'ye göre, hak ehliyetine ve aynı zamanda temel hak ehliyetine sahiptir. Bu kural MK md. 582'te en erken tarih olarak gebe kalmanın kabul edilmesiyle somutlaştırılmıştır (Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur).

Tıbbın gelişmesi nedeniyle oluşmakta olan yaşamı yeterince koruyabilmek için hak ehliyeti MK md.28 f. II'ye göre, bu olgunun kadının vücudu içinde veya tüpte gerçekleşmesine bakılmaksızın, sperm ve yumurtanın birleşmesi anında başlamalıdır⁶¹.

⁵⁹ **Bucher, Andreas:** *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel-Frankfurt am Main, s. 22, N.28; Bucher, Eugen: *Das Personen Recht, Berner Kommentar zu den Art.11-26 ZGB*, Bern 1976, s. 263, N.52 vd.; Grossen, Jaques-Michael. *Das Recht der Einzelpersonen in= Schweizerisches Privatrecht*, 2.Bd., Basel-Stuttgart 1967, s. 313.

⁶⁰ **Bucher, Andreas:** *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 67 vd, N.201 vd.; **Pedrazzini, Mario/Oberholzer Niklaus:** *Grundriss des Personenrechts* 4.B., Bern 1993, s. 30.

⁶⁰ **Bucher, Andreas:** *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 67 vd, N.201 vd.; **Pedrazzini, Mario/Oberholzer Niklaus:** *Grundriss des Personenrechts* 4.B., Bern 1993, s. 30.

⁶¹ **Hegnauer, Cyril:** *Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte*, Festschrift für Ulrich Haefelin zum 65 Geburtstag, Zürich 1986, s. 127 vd.

VI. 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 söz konusu olduğunda temel hak kullanma ehliyetine bağlıdır.

2. Temel Hakları Kullanma Ehliyetinin Çocuklar Açısından Önemi

Temel hakları kullanmaya ehil olanlar temel haktan kaynaklanan iddialarını bağımsız olarak kullanabilmektedirler.

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 anlaşılacak 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 savaşabilir. Teorik olarak temel hak kullanma ehliyeti bir temel hakkın bağımsız kullanılıp kullanılmayacağını 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 değillerdir⁶².

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 gelmemektedir⁶³.

⁶² Müller, Felix Oscar: *Grundrechte des Kindes*, Zürich 1996, s. 25.

⁶³ Müller, Felix Oscar: *Grundrechte des Kindes*, Zürich 1996, s. 25.

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 kapsar⁶⁴.

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, dil özgürlüğüne dayanarak ana babasına kendi ana dilinde mektup yazmasını yurt yönetiminin yasaklanmasına karşı koyabilir.

a) Çocukların Temel Hakları Kullanma Ehliyetine Sahip Olmaları Özerk Oldukları Anlamına Gelmez

Temel hak kullanma ehliyetine sahip olan çocuklar temel haklarının bağımsız bir şekilde kullanılması sırasında ister bir vasi ister ana-babanın bakım ve eğitimi altında olsunlar yasal temsilcilerine saygı göstermek zorundadırlar (MK md.339 f. II'ye göre çocuk ana babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür).

MK md. 322'ye göre, “Ana baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler”.

b) Temel Hakları Kullanma Ehliyetinin Amacı Sorgulanmalıdır

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 engellemelidir⁶⁵.

⁶³ Müller, Felix Oscar: *Grundrechte des Kindes*, Zürich 1996, s. 25.

⁶⁴ Bucher, Eugen: *Das Personenrecht*, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s. 106 vd.

⁶⁵ Müller, Felix Oscar: *Grundrechte des Kindes*, Zürich 1996, s. 26.

3. Temel Hakları Kullanma Ehliyetinin Saptanması

Temel hak kullanma ehliyeti hukuk düzenimizde açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte özel hukuktaki, fiil ehliyeti kurumunu karşılar.

Kamu hukuku ne temel hak kullanma ehliyeti için, ne medeni hakları kullanma ehliyeti için kendine özgü düzenlemeler öngörmediğinden, özel hukuk buna uygun kuralları olan MK md .9-16 kuralları temel hakları kullanma ehliyetine de uygulanabilir⁶⁶.

4. Sınırsız Temel Hakları Kullanma Ehliyeti

Fiil ehliyetine sahip olan kişi temel hak kullanma ehliyetine sahip olup temel haktan kaynaklanan bütün hakları bağımsız olarak ileri sürebilir.

Temel hakla korunan alana yapılacak sınırlamalara karşı koyabilir. MK md. 10'a göre, aeg'ye sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.

a) Erginlik

MK md.11'e göre erginlik, on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.

MK md 124'e göre: Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir.”

Ayrıca M.K. md.12'ye göre on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. Kamu hukukunda örneğin seçme ve seçilme haklarının kullanılması ve siyasi partilere üye olmak için 18 yaşın doldurulması öngörülürken, dilekçe hakkının kullanılması için belli bir yaş sınırı öngörülmemiştir⁶⁷. Ancak bu istisnai durumda da temel hak kullanma ehliyeti temel hak süjesi aeg'ye sahipse vardır.

b) Ayırt Etme Gücü⁶⁸

Erginliğin araştırılması normalde hiçbir zorluk doğurmamaktadır. Çünkü erginlik genel ve soyut kriterlerle belirlenmektedir. Aeg'nin varlığının araştırılması ise daha büyük güçlük doğurmaktadır. Aeg'nin varlığı her kişi için, somut davranışı göz önünde tutularak yeniden araştırılmalıdır. Her münferit durumun tüm koşulları herhalde dikkate alınmalıdır. Erginlikten farklı olarak aeg, hakların bağımsız olarak kullanımı için mutlak bir koşuldur. Aeg'ye

⁶⁶ **Eckstein, Karl. A:** Schule und Elternrecht, Staatliche Bildungsziele und elterliche Befugnisse *im öffentlichen Schulwesen*, Basel 1979, s. 219 vd.

⁶⁷ **Muheim, Franz Xaver:** *Das Petitionsrecht ist gewährleistet*, Bern 1981, s. 91.

⁶⁸ **Krş. Binder, Hans:** Die Urteilsfaehigkeit in psychologischer, psychiatrischer und juristischer Sicht, Zürich 1964.

sahip olmayan kişinin tasarrufu MK md. 15'e göre -yasadaki belirli istisnalar dışında- hukuksal bir sonuç doğurmaz.

Böylece aeg'ye sahip olmayan temel haktan kaynaklanan haklarından bağımsız olarak faydalanamaz. Buna karşılık ergin olmayan ama aeg'ye sahip olan kişiler çeşitli hakları bağımsız olarak kullanabilirler.

aa) Ayırt Etme Gücünün Kabulü İçin Ölçütler

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

Bu konuda MK md.13'e göre rasyonel davranış önem taşımaktadır. ("Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre aeg'ye sahiptir"). Bu arada her rasyonel olmayan davranış da aeg'ye sahip olmama sonucunu doğurmaz. Aeg'nin olmadığı sonucuna varmak için söz konusu davranışın hastalıklı olarak nitelendirilmesini gerektirecek bir rasyonel olmama söz konusu olmalıdır⁶⁹. Aeg'nin araştırılmasında çok katı kriterler kullanılmamalıdır. Dış dünya en azından ana hatlarıyla doğru tanınıp anlaşılıyorsa aeg'nin varlığı kabul edilmelidir⁷⁰.

Değerlendirmenin toplumun salt genel değer ölçülerine uymaması nedeniyle değerlendirme ehliyetinin yokluğuna karar verilmemelidir. İnceleme sırasında somut bir kişinin değerlendirme kriterleri, amaçları ve çabaları göz önünde tutulmalıdır⁷¹.

Aeg'nin araştırılmasında sadece çocuğun kişiliği ve olay değil, söz konusu hak da göz önünde tutulmalıdır. Kişiyeye bağlı hakların kullanılmasında çocuğun rasyonel davranışı konusunda daha hoşgörülü isteklerde bulunmaktadır⁷².

⁶⁹ **Bucher, Eugen:** *Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Bern 1976, s. 263, N.52 vd.; **Bucher, Andreas:** *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz* Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 33, N.75.

⁷⁰ **Pedrazzini, Mario - Oberholzer, Niklaus:** *Grundriss des Personenrechts*, Bern 1993, s. 69 vd.

⁷¹ **Pedrazzini, Mario/Oberholzer, Niklaus:** *Grundriss des Personenrechts*, Bern 1993, s. 70.

⁷² **Bucher, Eugen:** *Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*. Bern 1976, s. 269, N.71.

Kişiye bağlı haklar bakımından “rasyonel davranış” kriteri aeg’nin araştırılmasında pek elverişli değildir”⁷³.

Aeg’nin tanınmasında hoşgörülü davranma MK md. 16 f. I anlamında insanın kişilik alanını koruyan tüm hakları kapsar⁷⁴.

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

Hiç kimse rasyonel olmayan bir davranışın sonucu olarak, eğer bu davranışı MK. md. 13’teki nedenlere dayanmıyorsa “aeg’ye sahip olmayan” olarak nitelendirilemez.

Bu maddede sayılan nedenlerden biri de yaş küçüklüğüdür. Yasa koyucu aeg’nin varlığı için katı bir yaş sınırlaması koymaktan kaçındığı için, her çocuk için her defasında yeniden, belli davranış konusunda aeg’nin olup olmadığına karar verilmelidir. Çocuk kolay anlaşılabilir bir konuya ilişkin davranış için aeg’ye sahip kabul edildiği halde karışık hukuksal işlemler için rasyonel davranış ehliyetine sahip olmayabilir. Çocuk olaylara göre değişen bir biçimde daha erken veya daha geç aeg’ye erişebilir.

bb) İspat Yükü

Aeg’nin varlığını iddia eden bunu kanıtlamakla yükümlüdür. Aeg’nin bulunduğu varsayılır⁷⁵. Ergin olmayan kişi ne kadar küçükse bu varsayım o oranda zayıftır. Öyle ki sonuçta tümünden yok kabul edilir. Küçük bir çocuğun aeg’si tartışıldığında aeg’nin yokluğunu iddia eden, sadece küçük çocuğun genel durumuna göre, normalde ve olasılıkla aeg’ye sahip olmayan olarak kabul edilmesi gerekeceğini ispatlamak zorundadır⁷⁶. Küçük çocuk ya da onun temsilcisine bunun tersini kanıtlama yolu açıktır.

5. Sınırlı Temel Hakları Kullanma Ehliyeti

Haklarını bağımsız olarak ileri sürmeğe sadece ergin olan yetkili değildir. MK md. 16 f. I’e göre ergin olmayan aeg’ye sahip küçükler yasal temsilcilerinin izni ile kendi işlemleriyle borç altına girebilirler.

⁷³ **Bucher, Andreas:** *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 37, N.87.

⁷⁴ **Imboden, Max - Rhinow, Rene:** *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bd. I. Allgemeiner Teil, Basel-Stuttgart 1976, s. 176.

⁷⁵ **Bucher, Eugen:** *Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Bern 1976, s. 267, N.125; **Bucher, A.ndreas:** *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1993, s. 38 N.91; BGE 90 II 12 E.3.

⁷⁶ **Bucher, Eugen:** *Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Bern 1976, s. 288, N.127.

Yasal temsilcilerinin izni olmaksızın karşılıksız kazanç elde edebilirler. Kendi kişilikleri nedeniyle sahip oldukları hakları kullanabilirler. Ama bu durumlarda da sadece aeg'ye sahip olan bu haklarını bağımsız olarak kullanabilir⁷⁷.

a)Yasal Temsilcinin İzni ile Hareket Etme

Yasa bir istisna öngörmedikçe aeg'ye sahip olan ama henüz ergin olmayan küçükler ve gençler MK md.16 f. I'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 şekilde 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

Aeg'ye sahip olup ergin olmayanlar anne-babalarının izni olmadan MK md.16, f. I gereğince karşılıksız kazandırma amacına yönelik işlemlerde bulunabilirler ve kişiye bağlı haklarını kullanabilirler (M.K. md. 16: “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına girmezler.

Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”).

Söz konusu hak mutlak bir kişilik hakkı olmadıkça çocuk bu hakkın kullanımında kendisini temsil de ettirebilir⁷⁸.

M.K. md. 16 f. I anlamında bir hakkın kullanımında çocuk kendini ana babasına temsil ettiriyorsa, ana baba yasal temsilci olarak değil gönüllü temsilci olarak hareket ederler⁷⁹.

⁷⁷ **Krs. Bucher, Eugen:** *Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Bern 1976 s. 260 vd., N.132 vd

⁷⁸ BGE 112 IV 10 vd.

⁷⁹ **Bucher, Andreas:** *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1993, s. 55, N.153.

Din ve vicdan özgürlüğünü ergin olmayanlar yasal temsilcilerinin izni olmadan ileri sürmek isterlerse durum ne olacaktır?

Din ve inanç özgürlüğü MK md.16 anlamında kişiye bağlı bir haktır (Din ve inanç özgürlüğü md.16 anlamında küçüğe kişiliği nedeniyle tanınmış bir hak ve aynı zamanda bu özgürlüğün kullanımı karşılıksız kazanç olarak da nitelendirilebilir). Bu nedenle aeg'ye sahip ancak ergin olmayan bir çocuk tarafından bağımsız olarak kullanılabilirdir⁸⁰.

Oysa Anayasa md.24 f. IV'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, MK md.341'deki "Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana babaya aittir. Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayıcı her türlü sözleşme geçersizdir. Ergin dinini seçmekte özgürdür" kuralı ile uyum içindedir.

MK md. 341'ya göre, din ve vicdan özgürlüğünün taşıyıcısı olan aeg'ye sahip çocuk 18 yaşını doldurmadıkça yasal temsilcilerinin izni olmadan bu temel hakkı kullanamayacaktır.

Böylece Anayasa md. 24 f. IV ve MK. md. 341, 18 yaşından küçükleri kişiye bağlı bir hak olan din ve vicdan özgürlüğü temel hakkının kullanılmasında kısıtlamaktadır. MK md. 341 aeg'ye sahip olan küçükler açısından MK md.16 f. I ile çelişki içindedir.

aa) Kişiliye Bağlı Haklar

Ergin olmayan bir kişinin kişiliği nedeniyle sahip olduğu haklar kişiliye bağlı haklar olarak nitelendirilmektedir. Aeg'ye sahip olup ergin olmayan çocuklar kişiliye bağlı haklarını yasal temsilcilerinin izni olmadan bağımsız olarak ileri sürebilirler⁸¹.

⁸⁰ **Saladin, Peter:** Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in Festschrift für Hans Hinderling, Basel Stuttgart 1976, s. 208; Mutlak-Nisbi kişilik hakları ayrımı için bkz. S. 48.

⁸¹ **Baumann, Werner:** "Die Höchtpersönlichen Rechte des Bevormundeten", (ZVW 11/1956. s. I vd.).

İsviçre F. Mahkemesi Kararlarına göre, ilgilinin genel durumu ve kişiliği kararların rasyonel gerçeklere daha az dayanmasını gerektiriyorsa fiil ehliyeti ve karar özgürlüğü tanınmalıdır⁸².

Aeg'ye 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 nispi kişiliğe bağlı haklar ayırımı yapılmaktadır.

Kişiliğe bağlılık sıkı ise mutlak kişiliğe bağlı haklardan, aksi halde nispi kişiliğe bağlı haklardan söz edilir⁸³. “Mutlak kişilik hakları”nı sadece ergin olmayan aeg'ye sahip küçük kendisi kullanabilir. Bu haklar kullanımı için temsile izin vermezler. Ergin olmayan temel hak taşıyıcısı, aeg'ye sahip değilse hiç kimse bu hakları kullanamaz⁸⁴.

Bu açıdan aeg'ye sahip olmama, hak ehliyetine hanel getirmektedir. Çünkü hak taşıyıcısı kimsenin kullanamadığı bu nedenle çok az pratik değeri olan bir hakkın taşıyıcısıdır. Buna karşılık “nispi kişilik hakları” hak taşıyıcısının aeg'ye sahip olmaması durumunda onun yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir⁸⁵.

Kişiliğe 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 mevcuttur⁸⁶. Bu haklar mutlak haklardır ne devredilebilirler ne de miras yoluyla edinilebilirler.

⁸² **Bucher, Eugen:** *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. MK “kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar” terimini kullanmıştır.

⁸³ **Lüchinger, Willi:** *Begriff und Bedeutung der Familie im schweizerischen Recht*, Zürich 1987, s. 15 vd.

⁸⁴ Krş. BGE 116 II 387, E.4; BGE 117 II 6.

⁸⁵ **Gontersweiler-Lüchinger, Ursula:** *Die Wahrung höchstpersönlichen Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsfähiger Personen*, Zürich 1955, s. 17.

⁸⁶ **Gontersweiler-Lüchinger, Ursula:** *Die Wahrung höchstpersönlichen Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsfähiger Personen*, Zürich 1955, s. 5.

Özel hukukta kişiliğe bağlı haklar arasında MK md. 24'ten kaynaklanan kişilik hakları dışında; evliliğin kurulması ve sona erdirilmesine, tanımayaya, evlat edinmeye ilişkin haklar ve bir derneğe üyelik hakları da sayılmaktadır⁸⁷.

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 sayılmaktadır⁸⁸.

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

Kişiliğe bağlı olarak kabul edilen temel hakların bir kısmı nispi kişisel haklar olarak geçerlidirler ve bunun sonucu olarak temel hak taşıyıcısının aeg'ye sahip olmaması durumunda, hakları yasal temsilcileri tarafından ileri sürülebilir⁸⁹.

Anayasa md.41 ile korunmuş olan ve md. 17'deki genel eylem özgürlüğünden kaynaklanan evliliğin kurulması ve sona erdirilmesi hakkı⁹⁰ ve yaşamın korunmasına ilişkin temel hak mutlak kişiye bağlı haklardandır.

Bir temel hakkın MK md.16 f. I anlamında kişiliğe bağlı bir temel hak olup olmadığı konusunda temel hakla korunan isteğin temel hak taşıyıcısına “kişisel yakınlığı” kriteri geliştirilmiştir⁹¹.

⁸⁷ Salt kişilik hakları tipleştirilmesi için Bkz. **Bucher, Eugen**: Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s. 431 vd., N. 221-326; **Bucher, Andreas**: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 55 vd., N.155.

⁸⁸ **Bucher, Eugen**: Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s. 445 vd., N.283-293.

⁸⁹ **Saladin, Peter**: Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in Festschrift für Hans Hinderling, Basel-Stuttgart 1976, s. 188.

⁹⁰ 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.

⁹¹ **Saladin, Peter**: Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, s. 188.

Kişiliğe yakın temel haklarda, temel hakları kullanma ehliyeti aeg'ye sahip olma ile kazanılmaktadır. Kişiliğe daha az yakın temel haklarda ise erginlik 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 özgürlüğü⁹² de kişiliğe yakın temel haklara dahil edilmektedir.

Bu haklar aeg'nin kazanılması ile temel hak taşıyıcısı tarafından bağımsız olarak kullanılabilirler.

Ekonomik temel haklar kişiliğe daha az yakın temel haklardır⁹³. Örneğin mülkiyet garantisi, ticaret ve sanat özgürlüğü. Kişiliğe daha az yakın temel haklar, yasal temsilci MK md. 16 f. I gereğince izin verdiği takdirde aeg'ye sahip olup, ergin 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.

Aeg'ye sahip olan küçükler tüm karşılıksız kazançları MK md.16 f. I anlamında bağımsız olarak edinebilirler. Bir kazancın MK md.16 f. I anlamında karşılıksız olup olmadığının değerlendirilmesinde kârlı bir işlem olup olması önem taşımamaktadır. Önemli olan karşılıksız kazanç karşılığı kesinlikle bir zararın doğmamasıdır⁹⁴.

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 vicdan özgürlüğünün, düşünceyi açıklama, basın, dil, dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün, dinlenilme hakkının, eşitlik ilkesinin, siyasal hakların kullanımı MK md.16 f. I anlamında karşılıksız kazançlar sağlamaktadır.

⁹² **Saladin, Peter:** Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, s. 210; **Müller, Felix Oscar:** Grundrechte des Kindes, Zürich 1996, s. 36.

⁹³ **Saladin, Peter:** Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts in Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, s. 189.

⁹⁴ **Bucher, Eugen:** *Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Bern 1976, s. 414 vd.; temyiz kudretine sahip ergin olmayan kişinin karşılıksız kazançları elde etmesinde yasal temsilcinin iznine muhtaç olmaması kuralının bir istisnasının BK. Md. 236 f. II oluşturmaktadır.

Ancak bu kazanç parasal zararlara neden oluyorsa MK md.16 f. I 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 doğurabilir⁹⁵. Oysa tüm bu temel haklar MK md.16 f. I anlamında “kişiliğe yakın haklar”dır ve temyiz kudretine sahip olan temel hak taşıyıcısı onları bağımsız olarak kullanabilmelidir.

Şu halde MK md. 16 f.I anlamında “karşılıksız” olmak bir temel hakkın aeg’ye sahip ama ergin olmayan bir kişi tarafından bağımsız olarak kullanıp kullanılmayacağına değerlendirilmesi konusunda elverişli bir kriter olarak görünmemektedir. Örneğin aeg’ye 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 fotokopi yaptırabiliyorsa basın özgürlüğüne dayanarak bir okul gazetesi çıkarabilecektir.

6. Temel Hakları Kullanma Ehliyetinin Bulunmaması

Aeg’ye sahip olmayanlar MK md. 14’e göre fiil ehliyetine sahip değildirler ve böylece temel hakları kullanmaya da ehil değillerdir.

Aynı şekilde aeg’ye sahip olup ergin olmayanlar MK md.16 f. I anlamında haklar söz konusu olmadıkça veya MK md.16 I’e dahil olmayan haklar bakımından yasal temsilcilerinin MK md. 16 f. I’e göre izni olmadıkça hakları üzerinde tasarruf yetkisine sahip değillerdir.

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, aeg’ye sahip olmayan gibi yasal temsilcisi tarafından gözetilir.

Şüphesiz temel hak kullanma ehliyetine sahip olmayanların da hukukun konulmasında ve uygulanmasında temel haklarının gözetilmesini isteme hakları vardır⁹⁶.

⁹⁵ **Haller, Walter:** *Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bern, Basel, Zürich 1987, s. 22, N.88; CHS md. 3 f.II; md.23 f. III ve md. 24 f.I

⁹⁶ **Müller, Felix Oscar:** *Grundrechte des Kindes*, Zürich 1996, s. 38.

a) Çocukların Anne Babaları Tarafından Temsil Edilmesi

Çocuk fiil ehliyetinin olmayışı nedeniyle haklarını bağımsız olarak kullanamıyorsa, anne baba MK md. 342 gereğince onu temsille yükümlüdür. Anne baba bunu yaparken çocuk adına hareket ederler. Çocuğu temsil ederken ana babanın dikkat edeceği nokta çocuğun esenlik ve yararı olmalıdır⁹⁷.

Buna uymadıklarında yargıç gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. (MK md.346'ya göre, "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.")

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

Ana babanın temsil yetkisini MK md. 426 f.II'de sınırlamaktadır. Bu maddeye göre, bir işte yasal temsilcilerinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamı kayyım atar.

Mutlak kişilik hakları (temel haklardan kişiliğe mutlak olarak bağlı olanlar) ana babanın temsil yetkisinin diğer önemli sınırını oluştururlar. Ne ana baba ne de vasi, mutlak kişilik haklarının kullanılmasında çocuğu temsil edebilirler⁹⁸.

Bu olgu ne aeg'ye sahip olmayanın kendisinin ne de onun temsilcisinin bu hakları kullanamaması sonucunu doğurur⁹⁹. İsviçre MK böyle hallerde vesayet makamına müdahale olanağı sağlamaktadır. İsviçre MK md.307'ye göre "çocuğun yararının tehlikeye girmesi durumunda anne baba kendiliklerinden buna çare bulmuyorlarsa ya da çare bulacak durumda değilse vesayet makamı çocuğun korunması için uygun tedbirleri alır."

Kişiliğe bağlı haklar çoğunlukla ceza normlarıyla korunduklarından, ceza kovuşturması makamları da mutlak kişilik haklarının korunmasına çağrılıdır.

b) Çocukların Vasi Tarafından Temsil Edilmesi

Velayet altında bulunmayan küçükler MK md.448 gereğince vasileri aracılığı ile temsil edilirler. Vasi de temsilde çocuğun esenliğini amaçlamalıdır.

⁹⁷ Müller, Felix Oscar: *Grundrechte des Kindes*, Zürich 1996, s. 38.

⁹⁸ Bucher, Andreas: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 55, N.153; BGE 117 II 6; Gontersweiler-Lüchinger, Ursula: *Die Wahrung höchstpersönlichen Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsfähiger Personen*, Zürich 1955, s. 5.

⁹⁹ BGE 116 II 387 E. 4.

MK md. 450'ye göre “Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür”.

Anne babanın çocuklarını temsil sırasında göz önünde tutmak zorunda oldukları sınırlara ek olarak, vasinin temsil yetkisi için bir başka sınırlama MK md. 462'de öngörülmüştür. Vasi bu maddede sayılan konularda vesayet makamının iznine muhtaçtır. Ayrıca MK md.449'ye göre belli hukuksal işlemler vasiye yasaklanmıştır.

c) Çocukların Katılma Hakları

ÇHS md.12 (1) taraf Devletleri, 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- tanımaya yükümlü tutmaktadır.

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

İsviçre MK md.272'ye göre anne baba ve çocuklar, topluluğun esenliğinin gerektirdiği ölçüde birbirlerine destek olmak ve saygı göstermekle yükümlüdürler.

İsviçre MK 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. Aeg'ye sahip ve en aşağı onaltı yaşında bulunan vesayet altındaki (ya da kendisine kayyım atanan) 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 edebilir¹⁰⁰.

MK md. 339 f.III'e göre de: Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğun hayatını düzenleme olanağı tanirlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.

¹⁰⁰ Krş., Müller, Felix Oscar: *Grundrechte des Kindes*, Zürich 1996, s. 40.

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 sınırlandırabilir.

Temel hakları kullanmaya ehil olan, temel haktan kaynaklanan iddiaları bağımsız olarak temel hak muhatabının iradesine karşı ileri sürebilir, temel hak muhatabının temel hakkını sınırlandıran 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 hakların, bu haklarını kullanması özel hukuksal işlemleri gerektiriyorsa ve temel hak taşıyıcısı bu alanda özel hukukun fiil ehliyetine sahip değilse bağımsız olarak kullanamaz

Örneğin aeg’ye 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. Bununla birlikte bir hizmet sözleşmesinin bağlanması için çocuk özel hukuktaki fiil ehliyetine sahip olmak zorundadır (BK md.393).

Ancak bu sözleşmenin yapılması için çocuk MK md.16 f. I’ye göre sınırlı fiil ehliyetine sahip değildir.

Çünkü burada ne karşılıksız bir kazanç ne de kişiliğe bağlı hakların kullanılması söz konusudur¹⁰¹. 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 değildir¹⁰².

¹⁰¹ **Rehbinder, Manfred:** *Der Arbeitsvertrag Berner Kommentar*, Bern 1992, s. 332, N.14.

¹⁰² **Müller, Felix Oscar:** *Grundrechte des Kindes*, Zürich 1996, s. 41.

b) 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 gereksinimi yoktur: 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 düşünceyi 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.

c) Temel Hakları Kullanma Ehliyeti ile Fiil Ehliyetinin Geçişmesi

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.

Aeg'ye sahip olan ama ergin olmayanlar, MK md.16 f. I anlamında kişiliğe bağlı haklar veya karşılıksız kazanç sağlayan tüm özel hukuk işlemleri için sınırlı fiil ehliyetine sahiptirler.

d) Temel Hakları Kullanma Ehliyeti ile Fiil Ehliyetinin Çözülmesi

Bir temel hakkın bağımsız olarak kullanılması özel hukuk işlemleri gerektirdiğinde ve temel hakları kullanma ehliyetine sahip olan küçük bu işlemler için fiil ehliyetine sahip değilse, özel hukukun fiil ehliyeti, temel hakları kullanma ehliyetine sınır koymaktadır.

Buna örnek olarak yerleşme özgürlüğü verilebilir. Aeg'ye sahip bir küçük, yerleşme özgürlüğü için temel hakları 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 hakları kullanma ehliyeti özel hukuktaki fiil ehliyeti ile birlikte başlamaktadır. Örneğin evlilik özgürlüğünden kaynaklanan evlenme hakkı için temel hakları kullanma ehliyeti özel hukuktaki erginlik ve özel hukuktaki fiil ehliyeti ile kazanılmaktadır.

8. Sonuç

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 muhatabıdırlar. Yani temel haklar temel hak taşıyıcısını bu kişilerin müdahalelerine karşı korumaktadır. Örneğin vasi temel hakları 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 aeg'nin ve sınırlı temel hakları kullanma ehliyetinin tanınmasında hoşgörülü davranmalıdırlar.

Aeg'nin araştırılmasında, fiil ehliyetinin ya da temel hakları kullanma ehliyetinin yokluğunun kabulünde ilk amacın hak taşıyıcısının korunması olduğu, onun haklarının sınırlanması olmadığı düşünülmelidir.

Aeg, bir faaliyeti koruyan temel haklarla bağlantılı olarak çocuk, temel hakkın önemini bilincinde olarak hareket edebiliyorsa varsayılmalıdır. Bir toplantıya katılabilen bir çocuğun toplantı özgürlüğü için, düşüncesini açıklayabilen bir çocuğun düşüncüyü açıklama özgürlüğü için, temel hakları kullanmaya ehil olduğu varsayılmalıdır.

Bir aktivite değil bir statü koruyan temel haklar için aeg, en geç 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 vesalet 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 aeg'sinin somut bir durumda var olup olmadığı, eyleminin rasyonel olup olmadığı konusunda verilecek karar subjektif bir değerlendirmeye şiddetle bağlıdır.

Özellikle çocuklar yetişkinlerin gözündeki kendi menfaat ve yararlarına hizmet etmeyen şeyler isterler. Bu olgu çocuklara tüm bu durumlarda aeg 'yi ve böylece söz konusu hakkı reddetme sonucunu doğurmamalıdır. Çünkü çocuk kendi yanlış kararlarından da birşeyler öğrenebilmelidir¹⁰³.

Çocuk kendi eğitiminden ortak sorumludur¹⁰⁴. 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 kullanılabilmesinin dikkate alınması gereklidir¹⁰⁵.

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 açıklama özgürlüğünü ya da toplanma özgürlüğünü onu temsilen nasıl kullanabilir¹⁰⁶?

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.

¹⁰³ **Bucher, Eugen:** Das Personenrecht, Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, s. 263, N.54.

¹⁰⁴ KİŞ. BGE 111 II 418 vd.

¹⁰⁵ Yasa nedeniyle sadece salt kişiliğe bağlı haklarda temsilci tarafından kullanma meşru değildir.

¹⁰⁶ **Krş.Braunmühl, v. Ekkehard - Kuppffer, Heinrich-Ostermeyer, Helmut:** *Die Gleicheberchtigung des Kindes*, FischerTaschenbuchverlag Frankfurt 1976, s. 63 vd.

VII. TEMEL HAK MUHATAPLARI

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 yönergeleridir¹⁰⁷. Yasa koyucu temel haklara bağlıdır. Yasa koyucunun temel haklarla bağlı olması Anayasanın üstünlüğünden¹⁰⁸ (Anayasa md. 11) yasa koyucunun Anayasa ile bağlılığından kaynaklanır.

Yargı, yürütme ve idare makamları da hukuk normlarının uygulanmasında, belirsiz hukuk kavramlarının yorumunda, boşlukların doldurulmasında ve takdir hakkının kullanılmasında temel hakları göz önünde tutmak zorundadırlar¹⁰⁹.

İsviçre F. Mahkemesine göre, 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 yükümlüdür¹¹⁰.

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

Alman Hukukunda bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen temel hak ve özgürlüklerin özel hukuka doğrudan doğruya etkisi Anayasamız md. 11’de açıkça kurala bağlanmıştır. Buna göre Anayasa normları sadece devlet ve

¹⁰⁷ **Krş. Müller, Jörg Paul:** Einleitung zu den Grundrechten, Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bem-Basel-Zürich 1987, s. 14 vd., N.41 vd.

¹⁰⁸ **Krş. Aepli, Victor:** *Grundrechte und Privatrecht*, Freiburg 1980, s. 9.

¹⁰⁹ **Krş. Hafelin, Ulrich/Haller, Walter:** *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3.B., Zürich 1993, s. 42, N.131 vd

¹¹⁰ Krş. BGE 107 I b 164 vd.; BGE 341 199 vd. la 95; 97 I 230.

vatandaşlar arasındaki ilişkilerde değil aynı zamanda özel kişilerin kendi aralarındaki hukuksal ilişkilerde de geçerlidir.

b) Çocukların Temel Hakları Açısından Temel Hakların Özel Hukuka Etkisi

Çocuklar için temel hakların yatay etkisi büyük bir önem taşır. Çocukların temel haklarının muhatabı kimdir? Çocuğun öğrenim ve meslek seçme özgürlüğünün, hareket özgürlüğünün, kendisini serbestçe geliştirme, boş zamanlarını değerlendirme özgürlüğünün, bedensel ve psikolojik bütünlüğünün korunmasına, bedensel cezaların yasaklanmasına, özel ve gizli alanın korunmasına ilişkin haklarının, düşünceyi açıklama özgürlüğünün, din ve vicdan özgürlüğünün muhatabı kimdir? Mutlaka 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 bir şeyi yasaklamak ve emretmek istediklerinde belirli koşullar altında onların temel haklarını sınırlamaktadırlar. Ancak temel hakların yatay etkisi sonucu, anne baba da çocukların temel haklarıyla bağlıdırlar ve anne baba fiilen çocuk temel haklarının birinci sırada muhataplarını oluştururlar.

VIII. ÇOCUKLARIN TEMEL HAKLARININ SINIRLANMASI

Anayasanın 13. maddesine göre temel haklar, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz¹¹¹.

Temel hak sınırlamalarına karşı, temel hak süjesi hukuksal araçlarla özellikle bireysel başvuruyu öngören ülkelerde bu yolla kendini koruyabilir.

Çocukların temel hakları erginlere 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

¹¹¹ Anayasa md. 13; krş. BGE 1171a 479 E.38.

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 karşın haklarını ileri sürse bile bu onun haklarına kavuşabileceği anlamına gelmemektedir. Bir eylem çoğu kez temel hakla korunan birden çok yaşam alanını sınırlamaktadır. Çocuk dövülecek olursa, onun sadece fiziksel bütünlüğü değil çoğunlukla psikolojik bütünlüğü de sınırlanmaktadır. Çocuk bir yere kapatıldığında bu sadece hareket özgürlüğünün sınırlanması 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 araştırılmalıdır¹¹².

1. Yasa Kaydı

Temel haklara yapılacak her müdahalenin bir yasada 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 gerekir¹¹³.

Bununla birlikte yasa koyucudan yasa koyarken genel kavramlar kullanmaktan feragat etmesi istenemez. Bir yasa “vatandaşın davranışını ona göre yönlendirmesini ve belli bir davranışın sonuçlarını koşullara uygun bir şekilde tahmin edebilmesini sağlayacak derecede açık olmalıdır¹¹⁴.

Çocuklara yaşamlarının büyük bir bölümünü çocuk yuvalarında 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 konusudur¹¹⁵.

Temel haklar özel otorite ilişkilerinde de geçerlidirler¹¹⁶. Ancak özel otorite ilişkisinde daha büyük bir sınırlanma tehlikesi altındadırlar. Özel otorite

¹¹² Müller, Jörg Paul: *Einleitung zu den Grundrechten, Kommentar zur Bundesverfassung*, Bern- Basel-Zürich 1987, s. 45 vd., N.189 vd.

¹¹³ Müller, Jörg Paul: *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982, s. 107 vd.

¹¹⁴ BGE 117 Ia 480 I 3e.

¹¹⁵ Halfelin, Ulrich/Haller Walter: *Schweizerisches Bundesstaatsrechts*, 2.Bd., Zürich 1982, s. 374, N.1146.

¹¹⁶ Griffel, Alain: *Die Grundrechtsschutz in der Armee*, Zürich 1991, s. 7 vd.

ilişkilerinde de temel haklara müdahaleye yukarıda belirtilen koşullarda (Anayasa md. 13) izin verilmiştir¹¹⁷. Ancak özel otorite ilişkisinde temel hak sınırlamaları bu kurumların kamu yararına yönelik olması gereken amacının gerektirdiğinden öteye kesinlikle gitmemelidir¹¹⁸.

Bir özel otorite ilişkisi olarak anlaşıldığında¹¹⁹ ailenin çocuğun eğitimi 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. Ölçülük İlkesi

Bir temel hak sınırlaması, 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 çözümlenmelidir¹²⁰.

Güdülen amaç, kullanılan araçlarla ya da bu amaca ulaşmak için zorunlu olan özgürlük sınırlamaları ile mantıklı bir ilişki içinde olmalıdır. Müdahale objektif açıdan, mekansal, zamansal ve kişisel ilişki açısından zorunlu olanı aşmamalıdır¹²¹.

3. Hakkın Özü

Temel hakka yapılacak her müdahale, hakkın özünü zedelediğinde ve zedelediği oranda meşru değildir¹²².

¹¹⁷ Krş. BGE 99 Ia 269; Özel otorite ilişkisinde eşitlik ilkesinin geçerli olacağı doğaldır. Krş. BGE 98 Ia 36 b E.3;

¹¹⁸ **Krş. Gygi, Fritz:** *Verwaltungsrecht eine Einführung*, Bern 1986, s. 49; **Müller, Jörg Paul:** *Elemente einer schweizerischen Gndrechtstheorie*, Bern 1982, s. 108 vd., s. 96 DN.31.

¹¹⁹ BGE 99 Ia 270, krş. EuGRZ 1978, s. 365.

¹²⁰ **Eckstein, Karl A.:** *Schule und Elternrecht*, Basel 1979, s. 185; **Müller, Jörg Paul:** *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 1991, s. 21.

¹²¹ **Müller Jörg Paul:** *Elemente einer schweizerischen Gndrechtstheorie*, Bern 1982, s. 119 vd.; BGE 117 a 483.

¹²² **Haefelin, Ulrich - Haller Walter:** *Schweizerisches Bundesstaatsrechts*, 3.B., Zürich 1993, s. 373, N.I 143.

Temel hakların özü yürürlükteki Anayasa hukukuna göre hiçbir halde zedelenmemesi gereken temel hak pozisyonlarını tanımlarlar¹²³.

4. Temel Hakların Çocuklar İçin Göreceliği

Yukarıda belirtilen ve bir temel hak sınırlamasının meşru olması için yerine getirilmesi gereken koşullar 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 zorlamakta¹²⁴ 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 araştırılmalıdır¹²⁵.

¹²³ **Gören, Zafer:** *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 Jörg Paul:** *Einleitung zu den Grundrechten, in Kommentar zur Bundesverfassung*, Bern-Basel-Zürich 1987, s. 41 vd. N.169.

¹²⁴ **Müller Jörg Paul:** *Einleitung zu den Grundrechten, in Kommentar zur Bundesverfassung*, Bern- Basel-Zürich 1987, s. 42 vd., N.172.

¹²⁵ **Griffel, Alain:** *Der Grundrechtsschutz in der Armee*, Zürich 1991, s. 31-33.

IX. DEVLET İLE ÇOCUKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİDE 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 üçüncü 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, hukuk uygulamalarında yoruma muhtaç kuralların Anayasaya uygun yorumlanmasını, boşlukların doldurulmasında ve takdir hakkının kullanılmasında temel hakların göz önünde tutulmasını isteme hakkına sahiptirler.

2.Temel Hak Sınırlamalarına Örnekler

Örneğin bir vasi, küçüğü saçını kestirmesi için zorlarsa ya da mektuplarına sansür uygularsa onun kişisel özgürlüğünü sınırlamış olur. MK md.124'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 ilişkin 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.

X. ÇOCUKLAR İKİNCİ SINIF VATANDAŞLAR DEĞİLLERDİR

Günlük hukuksal yaşamda çocukların temel hakları genelde umursanmamaktadır. Çoğunlukla çocuklar temel hakların taşıyıcısı olduklarının bilincinde değildirler. Ne gibi haklara sahip olduklarını bilmemektedirler. Temel hak muhataplarının da çocukların temel haklarla korunduğunu bilmedikleri nadir değildir. Kendi çocuklarının temel haklarını korumakla sorumlu olan yasal temsilciler ya bu hakları kendileri de tanımadığından ya bu hakları nasıl ileri sürebileceklerini bilmediklerinden ya da ileri sürmek istemediklerinden çocuklarının hakları zedelendiğinde nadir olarak aktif davranmaktadırlar.

Çocuk, temel hak muhatabı ile çoğunlukla bir tabiiyet ilişkisi içinde olduğundan, haklarının bilincinde olsa ve onları nasıl ileri sürebileceğini bilse bile 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. MK, aile hukuku ve kişiler 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 ÇHS'de 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 yaşamı geriye dönülmez bir biçimde değiştirebilecek ve bozabilecek bir durumdayız. Bugünkü davranışlarımızın sonuçları büyük bir olasılıkla yarının ku-

şaklarını etkileyecek niteliktedir. Belki ileride bu hakların kullanılabilceği bir çevre var olmayacağı 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 de 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 eğitim aracı olarak kabul edilmektedir. Oysa cebir ve şiddet dışı eğitim otoritesiz bir eğitim anlamına gelmemektedir. Otorite kendisini dayakla kanıtlamamalıdır. Çoğu kez cebir ve şiddet, otoritenin bir göstergesi değil aczin bir göstergesidir.

XI. ÇOCUKLARIN TEMEL HAKLARINA ANAYASADA YER VERİLMELİDİR

1.Çocukların temel haklarının Anayasada güvence altına alınmasının amacı çocukların pozisyonun güçlendirmek ve onlara kendi Anayasa hukuksal durumlarını yaratmaktır.

Anayasamızın 41. maddesine Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ATHŞ) md. 24'e paralel olarak II. fıkarda 12.9.2010 Anayasa değişikliği ile:

“Her çocuk korunma ve bakımdan yararlanma hakkına sahiptir.” kuralına yer verilmiştir. Ancak çocukların bu fıkra ile yaratılan anayasal durumu, çocukların en iyi şekilde teşvik edilmesi ve onların kendilerini ilgilendiren konularda verilecek kararlara katılımlarını güvence altına almaya yeterli değildir.

Her ne kadar çocuğun menfaati ve mutluluğu onların korunmasını şart koşuyor ve bunun gerçekleşmesi için anne baba ve ikinci planda devlet görevlendirilmişse de çocuğun mutluluğuna onun mümkün olduğu kadar iyi bir şekilde gelişmesinin desteklenmesi de dahildir. Bunun sağlanmaması çocuklara karşı sadece anne babanın kusuru olmakla kalmaz, bunun sağlanması aynı zamanda bir toplum bir ödevidir. Aynı şekilde çocuğun menfaatlerine ve gelişiminin en iyi şekilde sağlanmasına, kendisini ilgilendiren kararlara -

kendi sorumluluğunu taşıyabilmeyi öğrenmesi için- mümkün olduğu kadar erken katılımının sağlanması da dahildir.¹²⁶

2. Anayasamızda çocukların korunmasına ilişkin bir takım sosyal haklara yer verilmişse de¹²⁷ çocuklar Anayasada temel hak sùjeleri olarak tanınmamışlardır. Çocukların temel haklarının Anayasada formüle edilmesi ve temel hak sùjeleri olarak tanınmaları ile çocukların temel hakları devlet tasarrufları için amaç ve düstur oluşturacaklardır.

Çocukların en iyi bir şekilde desteklenmek ve iltimas görmek konusunda bağımsız temel haklara ve kendilerini ilgilendiren tüm meselelere katılmak konusunda temel haklara ihtiyaçları vardır.

3. Çocuk hakları Anayasada sadece devlet amaçları olarak değil, temel haklar olarak formüle edilmelidirler. Çünkü sadece çocuklar temel haklarına sahip oldukları zaman ve bu haklar Anayasa da görünür olduğunda, çocuklar bu hakları yalnız anne babalarına karşı değil devlete ve topluma karşı da ileri sürebileceklerdir.

4. Çocukların kendine özgü temel hakları, sadece kendilerinin korunmasını amaçlamamaktadır.

Çocukların temel haklarının Anayasada açıkça garanti edilmesi, yasa konulmasında ve mahkeme kararlarında ve her şeyden önce idari tasarruflarda bugüne kadar olduğundan daha yüksek bir şekilde durumlarının güçlendirilmesi ve çocuklar karşısında devletin özel yükümlülüğünün sağlanmasıyla sağlanacaktır.¹²⁸

5. Anayasada çocukların temel hak sahibi olduğu, çocukların kişiliklerinin gelişmesini teşvik eden ve bağımsız hareket edebilme konusundaki yeteneklerine uygun hakların taşıyıcıları oldukları belirtilmelidir. Ayrıca Anayasa devletin, çocukların ve gençlerin topluma katılmasını teşvik etmesine ilişkin kurallar içermelidir.

6. Türkiye'nin onayladığı ve çocuk haklarının güçlendirilmesi ve güvence altına alınması konusunda Türkiye'yi yükümlendiren ÇHS'nin, 12. maddesine göre:

¹²⁶ **Peschel- Gutzeit Lore Maria:** *Kinderrechte ins Grundgesetz*, Infostelle des Deutschen Kinderhilfswerkes, Berlin November 2008 http://www.kinderpolitik.de/kinderrechte/uebersicht.php?page_id=unk_artikel_peschel (04.03.2012).

¹²⁷ **Erdoğan, Mustafa:** *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara 2011, s. 292 (md.41 f. II, III, IV, 42 f. I VII, 50 f. II, 58 f. II, 61 f. IV, V, 141 f. II).

¹²⁸ **Peschel- Gutzeit Lore Maria:** *Kinderrechte ins Grundgesetz*, Infostelle des Deutschen Kinderhilfswerkes, Berlin November 2008 http://www.kinderpolitik.de/kinderrechte/uebersicht.php?page_id=unk_artikel_peschel (04.03.2012).

a. 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 tanırlar.

b. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.

c. Sözleşmenin 27. maddesine göre, taraf devletler her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine sahip olma hakkı olduğunu kabul ederler.

d. 28. madde ile taraf devletler, çocuğun eğitim hakkını ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesini kabul ederler

Türkiye ÇHS'yi onaylamakla, çocuklara sözleşmeden doğan haklarını tanımak yükümlülüğündedir. Bunun için en uygun yer Anayasadır¹²⁹.

XII. AVUPA'DA ÇOCUKLARIN TEMEL HAKLARI

Çocuk hakları Avrupa hukukunda da anlatımını bulmuştur. Çocuk Hakları, 7.12.2000 tarihli ATHŞ'ye dahil edilmiştir. ATHŞ madde 24 aşağıdaki kurallı içermektedir:

“Çocuk hakları

1. Çocuklar, kendi iyilikleri için gerekli olan korunma ve bakım hakkına sahiptir.

Çocuklar, görüşlerini serbestçe açıklayabilirler. Bu görüşler, kendilerini ilgilendiren konularda, yaşları ve olgunlukları nispetinde dikkate alınır.

2. Kamu kurumları veya özel kuruluşlar tarafından alınmış, çocukları ilgilendiren bütün tedbirlerde, çocuğun menfaati öncelikli düşünce olmalıdır.

3. Her çocuk, kendi menfaatine aykırı olmadığı sürece, ebeveyniyle düzenli olarak kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkına sahiptir”.

ÇHS'de açıkça yer alan çocuğun mutluluğunun önceliği Anayasaların bu konuda eksikliğini giderilmesi konusunda bir dayanak oluşturmaktadır¹³⁰.

¹²⁹ **Peschel- Gutzeit Lore Maria:** *Kinderrechte ins Grundgesetz*, Infostelle des Deutschen Kinderhilfswerkes, Berlin November 2008, http://www.kinderpolitik.de/kinderrechte/uebersicht.php?page_id=unk_artikel_peschel (04.03.2012).

¹³⁰ Diskussion zur Aufnahme von Kinderrechten in die Verfassung National Coalition, April 2007, http://www.national-coalition.de/pdf/stellungnahmen/Kinderrechte_in_die_Verfassung (04.03.2012).

Almanya'da F. Konseyin 178/2011 sayılı ve 25 Kasım 2011 tarihli basın açıklamasında, F. Almanya'da federe devletlerin, çocukların spesifik haklarını güçlendirmek istedikleri bildirilmektedir. Federe Devletler, 21 Kasım 2011 tarihli kararlarıyla F. Devletin Anayasasının değiştirilmesi konusunda bir yasa tasarısı hazırlanmasını istemişlerdir.

Bu tasarıda çocukların temel haklarının ve her şeyden önce bu temel hakların devlet ve toplum tarafından özel olarak korunmasının ve kendilerini ilgilendiren tüm adli ve idari işlemlerde çocukların yaşlarına uygun şekilde dinlenmelerinin açıkça normlandırılmasını istedikleri açıklanmaktadır.

Federe devletlere göre, bu yasama prosedüründe çocuklara bakım-gözetim, öğrenim şans eşitliği ve kişiliklerini geliştirme hakkı gibi sosyal hakların nasıl daha kapsamlı bir şekilde verilebileceği de incelenmelidir.

F. Konsey basın açıklamasında sonuç olarak toplumda çocukların özgün temel haklara sahip olduklarını ve durumlarının daha fazla güçlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹³¹.

Çocuk haklarının korunması ve teşviki Avrupa Birliği'(AB) nde önceliğe sahiptir. Lizbon Anlaşması (18-19 Ekim 2007), birliğin, çocuk haklarının korunması ve çocukların çevreleriyle olan ilişkilerini teşvik edeceğini....özellikle çocuk haklarının korunmasına katkıda bulunmak zorunda olduğunu vurgulamaktadır. AB, çocukları özellikle korunmaya muhtaç insanlar olarak değil bağımsız hakların sahipleri bireyler olarak tanımaktadır. AB bu hakların korunması konusunda kendi sorumluluğunu kabul ederek kurumlarını çocuk haklarının korunması ve teşviki ile yükümlendirmişti¹³².

AB'nin Strassburg yetkili Komiseri Viviane Reding de "Avrupa Birliği İnsan Hakları Komisyonu, adli merciler tarafından çocukların menfaatlerinin daha çok gözetilmesi sağlanarak, Avrupa Birliğindeki çocukların temel haklarının daha güçlü bir şekilde korunmasını istemektedir." demiştir. Yetkili komiser sınır ötesi nafaka kararlarının ivedilikle uygulanmasının sağlanmasının amaç olduğuna dikkat çekmiş, bunun dışında çocukların ve gençlerin internetteki tehlikelere karşı daha iyi korunması için tedbirler alınmasının gerekli olduğuna işaret etmiştir.

Endüstri komiseri Antonio Tajani ise tatil yaptıkları ülkelerde, çocukların cinsel istismarının önlenmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. Bu amaçla AB'nin 27 ülkesinde bir uyum sağlanmalıdır. Bunun dışında ceza yargılama-

¹³¹ Armutsnetzwerk, Bundestag will die Kinder –Grundrechte in Verfassung verankern: http://www.bundesrat.de/nn_8396/DE/presse/pm/2011/178-2011.html (04. 03. 2012).

¹³² **Anna, Zito:** *Kinder in mit Rechten Europa* <http://www.verlagdasnetz.de/zeitschrift/kinder-in-europa/ke-1709/385-kinder-in-europa-kinder-mit-rechten.html> (11.03.2012).

sından önce, yargılama sırasında ve sonra mağdurların daha etkili bir şekilde korunması için gerekli önlemler alınmalıdır.

Ayrıca taslak çocuk ve gençlere karşı yapılan cinsel istismar fiillerinin cezasının artırılmasını, çocuk pornografisi içeren verilerin internetten ivedilikle kaldırılmasını öngörmektedir. Tasarı hali hazırda 27 devletin temsil edildiği Bakanlar Konseyine sunulmuştur¹³³.

XIII. TEMEL HAK SÜJELERİ OLARAK ÇOCUKLAR VE ÇOCUKLARIN MUTLULUĞUNUN ÖNCELİĞİ

ÇHS'nin başlangıç kısmı, çocukları, her insanın sahip olduğu insan onuru, eşitlik ve devredilmez haklarla donatılmış olarak, toplumun eşdeğer ve eşit haklara sahip üyeleri olarak değerlendirmektedir. Gelişim olgusu nedeniyle çocuklara aynı zamanda özel bir bakım ve destek görme konusunda hak tanınmıştır. Böylece sözleşme, onurlu ve bağımsız kişiliğinin tanınması temelinde dayanan bir çocuk portresi amaçlamakta ve çocuğun temel hak süjeliğini tanımaktadır.

Sözleşme 1. maddesinde 18 yaşın tamamlanmasına kadar her genç insanı "çocuk" olarak kabul etmektedir.

Çocuğun temel hak süjeliğinin tanınması, her genç insanın özgünlüğüne saygı duyulmasını ve bağımsız olarak kendi kişiliğini geliştirme hakkına sahip olduğunun kabulünü içermektedir. Bu kabul ÇHS'nin 6. md. 'sinin II. f. 'sinde düzenlendiği gibi, büyümekte olan bir insan için, kendi sorumluluğunu taşıyarak kendini geliştirme hakkını içermektedir¹³⁴.

Buna karşılık çocuk haklarının Anayasaya dahil edilmesine karşı aşağıdaki itirazlar da yapılmıştır:

-Çoğunlukla çocuklara temel hakların tanınması yerine, maddi olarak onlar yararına daha fazla şeyler yapmanın daha isabetli olacağı ileri sürülmüştür.

Bu itiraz şöyle cevaplandırılabilir: Temel hak ve özgürlükler her demokratik Anayasanın temelidir. Herkes kendisine Anayasa ile garanti edilmiş temel hak ve özgürlüklere sahiptir. Ancak hiç kimse temel hakların garanti edilmesiyle yetişkinlerin durumunun doğrudan doğruya düzelip düzelmeyeceği sorusunu yöneltmemektedir.

¹³³ Diskussion zur Aufnahme von Kinderrechten in die Verfassung National Coalition, April 2007, http://www.national-coalition.de/pdf/stellungnahmen/Kinderrechte_in_die_Verfassung, (04.03.2012)

¹³⁴ Diskussion zur Aufnahme von Kinderrechten in die Verfassung National Coalition, April 2007, http://www.national-coalition.de/pdf/stellungnahmen/Kinderrechte_in_die_Verfassung, (04.03.2012).

Çünkü herkes bireyin yaşamını etkilemeleri için temel hak ve özgürlüklerin basit hukuka dönüştürülmek zorunda olacağını bilir.

Her şeyden önce çocuk haklarının açıkça Anayasaya dahil edilmesi çocukların toplumumuzun eşit haklara sahip bireyleri olarak değerlendirildiğinin ifadesidir.

Çocukları tanıyan ve onlara kendilerine özgü önemli temel hakları garantileyen bir Anayasa aynı zamanda bu çocukları takdir ettiğini, devletin ve toplumun gelecekteki taşıyıcıları olduğunun bilincinde olduğunu açığa vurmaktadır¹³⁵.

Çocukların temel haklarının Anayasaya dahil edilmesi, çocukların bu temel haklara dayanmalarını ve bu temel hakları zedeleyen yasaların iptal edilmesi sonucunu doğuracaktır. Şimdi temel haklara aykırı yasaların akıbeti gibi.

Geçen 40 yıl Anayasasında Anayasa Mahkemesine ve bireysel başvuru hakkına yer veren F. Almanya'da bu yolun ne kadar önem taşıdığını göstermiştir. Çünkü bu yolla yasama, yargı ve yürütme işlemlerinde Anayasaya uygun sonuçlar elde edilebilmiştir.

Bütün bu açıklamalar çocukların özgün temel haklara sahip olmalarını ve onlara sadece korumaya ilişkin bir temel haklar değil mümkün olan en iyi şekilde teşvik (destek, kolaylaştırma, yardım) ve katılım temel haklarının tanınmasını haklı çıkarmaktadır¹³⁶.

- Bir başka itiraz, çocuğun haklarının hali hazırda Anayasada zaten korunmakta olduğu, Anayasada yer alacak olan çocukların temel haklarının anne babanın haklarını daraltacağı şeklindedir.

Bu iddialar da dayanaktan yoksundur. Çünkü tamamen aksine çocukların temel haklarının Anayasaya alınması, anne babaların sorumluluğunu güçlendirmektedir. Anne babalar çocuk hakları bakımından çocukların doğal vekili durumundadırlar.

ÇHS md. 5'e uygun olarak çocukların tanınmış olan temel haklarının kullanılmasını, gelişimlerine uygun bir şekilde yönetmek ve yürütmek anne babaların görevidir. Çocuk haklarının Anayasaya dahil edilmesi çocuklarının haklarının gerçekleştirilmesi konusunda anne babayı güçlendirmektedir.

¹³⁵ **Peschel- Gutzeit Lore Maria:** *Kinderrechte ins Grundgesetz*, Infostelle des Deutschen Kinderhilfswerkes, Berlin November 2008 http://www.kinderpolitik.de/kinderrechte/uebersicht.php?page_id=unk_artikel_peschel (04.03.2012)

¹³⁶ **Peschel- Gutzeit Lore Maria:** *Kinderrechte ins Grundgesetz*, Infostelle des Deutschen Kinderhilfswerkes, Berlin November 2008 http://www.kinderpolitik.de/kinderrechte/uebersicht.php?page_id=unk_artikel_peschel (04.03.2012).

-Bir diğer itiraz, insan hakları olduktan sonra çocukların temel haklarına gerek olmadığı yolundadır. Oysa insan hakları herkes için geçerlidir. Yani çocuklar için de. Ancak çocukların sosyal durumları yetişkinlerle aynı değildir. Bu nedenle çocuklar kendi sosyal yaşam durumlarına uygun haklara sahip olmalıdırlar¹³⁷.

-Yine Anayasadaki çocukların temel haklarının, devletin aileye müdahalesini azaltacağı iddia edilmektedir. Bu itiraz da dayanaksızdır. Anne baba gibi devlet organları da işlemlerini salt çocuğun menfaatlerine göre yönlendirmek zorundadırlar.

Çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda anne baba geniş bir takdir hakkına sahiptirler. Ancak bu kişiler görevlerini yapmazlarsa veya başka nedenlerden çocuk korumasız kalırsa, devlet müdahale edebilir. Çocukların temel haklarının Anayasaya girmesi bu durumu değiştirmez.

- Nihayet Anayasadaki temel hakların çocuklar için pratik iyileştirmeler sağlamadığı, Bütün temel haklarda olduğu gibi etkilerinin günlük yaşamda hemen hissedilmediği ileri sürülmektedir.

Çocukların temel haklarının Anayasada yer alması, çocukların haklarının korunması konusundaki toplumsal bilincin güçlendirilmesine elverişlidir. Böylece çocukların durumu, hem devlet hem bir uyumsuzluk durumunda anne baba karşısında güçlenecek ve kararlar bugüne kadar olduğundan daha fazla çocuğun mutluluğuna yönlendirilmiş olacaktır.

Türkiye'nin de böylece toplumun mutluluğu için çocukların temel haklarını Anayasa hukuksal açıdan ne kadar yüksek bir basamakta değerlendirdiği uluslararası boyutta belgelendirilmiş olacaktır¹³⁸.

ATHŞ md. 24. f. I ve III kuralları 12.09.2010 Anayasa değişikliği ile Anayasanın 41. maddesine III ve IV. fıkralar olarak dahil edilmişlerdir. Bu değişiklikler mutlaka olumlu gelişmelerdir. Ancak yeterli değildir. Tarafı olduğumuz ÇHS'nin beklentilerini Anayasamız karşılamamaktadır. Çocuklar da temel hak taşıyıcısıdırlar. Ancak Anayasamız bunu açıkça ifade etmemektedir.

¹³⁷ http://www.demokratiewebstatt.at/fileadmin/user_upload/kathi_DWS/Kinder-rechte/Kinderrechte.pdf, (04.03.2012).

¹³⁷ http://www.national-coalition.de/pdf/stellungnahmen/Kinderrechte_in_die_Verfassung Aufnahme der Kinderrechte ins Grundgesetz, National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderechteconvention in Deutschland (NC) (04.03.2012).

¹³⁸ Diskussion zur Aufnahme von Kinderrechten in die Verfassung National Coalition, April 2007, http://www.national-coalition.de/pdf/stellungnahmen/Kinderrechte_in_die_Verfassung, (04.03.2012)

Çocukların hukuk süjeliği yani onların bağımsız kişilikler olarak tanınması Anayasada dile getirilmemiştir.

Çocukların temel hak süjeliği Anayasadan yorum yoluyla çıkarılabilirse da hukuki ve toplumsal gerçeklik açısından bunun mutlaka Anayasada açıklanması gerekmektedir¹³⁹.

Çocukların temel hakları Anayasanın temel haklar katologu içinde yani 12.-74. maddeler arasında yer almalıdır.

Çocukların temel haklarına 17. maddede yer verilmesi yerinde bir çözüm olacaktır. Çünkü bu kuralın temelinde, tüm insanların (buna çocuklar ve gençler de dahildir) özgür kişiliklerinin tanınması konusunda bir temel hakka sahip oldukları inancı yatmaktadır.

Anne ve babanın ve devletin ortak görevi çocuk ve gençleri kişiliklerinin özgürce geliştirilmesi konusunda desteklemektir. Bu çözümde çocuk perspektifi, onun istekleri ve ihtiyaçları ön planda olacaktır.

Anayasaya md.17'ye olarak aşağıdaki ek fıkralar getirilmelidir:

“-Çocuklar, özgür kişiliğe ve kendilerini geliştirme hakkına sahiptirler Öğrenim hakkına ve kendilerini en iyi şekilde geliştirme ve ruhsal ve bedensel yeteneklerinin desteklenmesini isteme hakkına sahiptirler.

-Çocuklar korunma ve bakım hakkına sahiptirler.

-Çocuklar düşüncelerini açıklama hakkına sahiptirler. Çocukların görüşleri kendilerini ilgilendiren tüm özel ve kamusal konularda yaşları ve olgunluklarına uygun şekilde dikkate alınmak zorundadır.

-Resmi makamlar veya özel kuruluşlar için çocukları ilgilendiren tüm tedbirlerde çocukların yararı belirleyici olmalıdır.

-Devlet, çocuklara değer vermek, onları korumak, çocuk haklarını teşvik etmek ve çocuklara uygun yaşam şartlarını sağlamakla yükümlüdür¹⁴⁰.

Sonuç olarak, ÇHS ve ATHŞ ‘ye uygun olarak çocuk haklarının Anayasaya dahil edilmesi aşağıdaki çekirdek öğeleri kapsamalıdır:

-Çocukların özgür ve bağımsız kişilikler olarak tanınması;

¹³⁹ SJD-Die Falken: Bundesausschuss vom 6 bis 7.10.2007, Antrag, “Du has ein Recht..auf deine Rechte!”. (Kinderechte_ ins_ grundgesetz pdf-Adope Reader, <http://www.wir-falken.de/showal//5299214.html>) (04.03.2012).

¹⁴⁰ SJD-Die Falken: Bundesausschuss vom 6 bis 7.10.2007, Antrag, “Du has ein Recht..auf deine Rechte!”. (Kinderechte_ ins_ grundgesetz pdf-Adope Reader, <http://www.wir-falken.de/showal//5299214.html>) (04.03.2012).

- Çocukların büyüme ve gelişme temel hakkı (ÇHS md. 2 f. II);
- Çocukların korunma (örneğin şiddete karşı: ÇHS md. 19), teşvik (örneğin öğrenimde: ÇHS md 28) olabildiğince en iyi sağlık olanakları (ÇHS md. 24), uygun bir yaşam standardı (ÇHS md 27) ve katılım (örneğin: çocuğun yaşı ve olgunluğuyla orantılı olarak görüşünün dikkate alınması: ÇHS md 12) hakları;
- Çocukları ilgilendiren tüm konularda çocukların yararının önceliği (ÇHS md. 3);
- Devletin çocuklara uygun yaşam koşullarının sağlanmasında yükümlülüğü (ÇHS md.4).

Çocukların haklarının Anayasada açıkça garanti edilmesi ile, anne babalar onların temel hakları- korunma, teşvik ve katılım haklarına ilişkin hukuk sùjellikleri- konusunda daha bilinçli bir sorumluluk taşıyacaklardır.

Uygulamada çocukların menfaatleri bugüne kadar olduğundan daha büyük bir oranda tanınmış olacaktır.

Çocuk haklarının Anayasaya dahil edilmesi ile hem ÇHS'nin gereği yerine getirilmiş olacak hem ATHŞ 'ye uyum sağlanmış olacaktır¹⁴¹.

Temelde ÇHS tarafı devletler için devletler hukuku açısından bu hakları Anayasalarına dahil etmeleri konusunda bir yükümlülük doğmamaktadır.

Sonuçta sözleşmenin uygulanması önem taşımaktadır. Sözleşmenin uygulanması konusunda devletler hukuku yükümlülüğünün anlamı, taraf devletler hukukunun ve uygulamasının daima sözleşme ile uyum içinde olmasıdır. Bu özellikle ÇHS'nin 4. maddesinden çıkarılmaktadır Taraf devletler ÇHS'ye tam kapsamıyla riayet etmekle yükümlüdürler. Bu yükümlük, sadece yasama organına değil, tüm resmi makamlara ve mahkemelere de yöneliktir¹⁴².

Devletler hukukundaki sorumluluk ilkesi gereğince devletler, devletler hukuku normlarına aykırı eylem ve işlemlerinden sorumludurlar. Bu sorumluluk devletin tüm hiyerarşik organlarını kapsar.

¹⁴¹ Diskussion zur Aufnahme von Kinderrechten in die Verfassung National Coalition, http://www.nationacollection.de/pdf/stellungnahmen/Kinderrechte_in_die_Verfassung (04.03.2012).

¹⁴² Ipsen, Knut: *Völkerrecht*, 5. B. München, 2004, § 40, KN 1 vd.

Anayasamızın çocuk haklarının son on yılki gelişmelerini dikkate almadığı açıktır. İnsan hakları açısından Anayasanın bu eksikliğini bir an önce giderilmesi gerekmektedir¹⁴³.

KAYNAKLAR

Kitaplar:

- Aeppli, Viktor: *Grundrechte und Privatrecht*, Freiburg 1980.
- Akıllıoğlu, Tekin: *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:13, Ankara 1995.
- Auer, Andreas: *Die Schweizerische Verfassungserichtsbarkeit*, Basel und Frankfurt am Main, 1984.
- Binder, Hans: *die Urteilsfaehigkeit in psychologischen psychiatrischer und juristischen Sicht*, Zürich 1964.
- Brauenmühl von Ekkehard-Kuppffer, Heinrich-Ostermeyer, Helmut: *Die Gleichberechtigung des Kindes*, Fischer Taschenbuchverlag Frankfurt 1976.
- Bucher, Andreas: *Natürliche Personen und Personlichkeitschutz*, Basel-Frankfurt am Main 1986.
- Bucher, Eugen: *Berner Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Bern 1976.
- Ekstein, Karl A.: *Schule und Elternrecht, Staatliche Bildungsziele und elterliche Befugnisse im öffentlichen Schulwesen*, Basel 1979.
- Erdoğan, Mustafa: *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara 2011, s.292.
- Fehnemann, Ursula *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, Schriften zum öffentlichen Recht*, Bd. 445, Berlin 1983.
- Gontersweiler-Lüchinger, Ursula: *Die Wahrung höchstpersönlichen Rechte handlungsunfaehiger und beschraenkt handlungsfahiger Personen*, Zürich 1955.
- Gören, Zafer: *Temel Hak Genel Teorisi*, Ankara 1995.

¹⁴³ **Cremer, Hendrik:** *Aufnahme von Kinderrechten ins Grundgesetz als Maßnahme zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention?* http://www.institut fuer menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/stellungnahme_aufnahme_v_kinderrechten_ins_grundgesetz_als_ma%C3%9Fnahme_z_umsetzung_der_un_kinderrechtskonvention.pdf. (04.03. 2012)

-
- Griffel, Alain: *Die Grundrechtsschutz in der Armee*, Zürich 1991.
- Gygi, Fritz: *Verwaltungsrecht eine Einführung*, Bern 1986.
- Hafelin, Ulrich-Haller, Walter: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3.B., Zürich 1993.
- Haller, Walter: *Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bern-Basel, Zürich 1987.
- Hangartner, Yvo: *Grundrechte, Grundzüge des Schweizerischen Staatsrechts*, Zürich 1982.
- Hegnauer, Cyril: *Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte*, Festschrift für Ulrich Haefelin zum 65 Geburtstag, Zürich 1989.
- Herzog, Roman-Schick, Walter: *Verfassungsrecht*, 2.B., München 1968.
- Hesse Karl, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*, Deutschland, 5.B., Karlsruhe 1985.
- Imboden, Max- Rhinow, René: *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bd. I. Basel-Stuttgart 1976.
- İpsen, Knut: *Völkerrecht*, 5. B. München, 2004.
- Jaurening, Othmar: *BGB*, 3 B., München 1984i
- Kalin, Walter: *Das Verfahren der Staatliche Beschwerde*, Bern 1994.
- Kölz, Alfred-Haener Isabelle: *Verwaltungsverfahren und Verwaltungspflege des Bundes*, Zürich 1993.
- Kölz, Alfred: *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, Zürich 1978, s. 193.
- Lüchinger, Willi: *Begriff und Bedeutung der Familie im schweizerischen Recht*, Zürich 1987.
- Muheim, Franz Xaver: *Das Petitionsrecht ist gewährleistet: Art. 57 Bundesverfassung*, Bern 1981.
- Müller, Jörg Paul: *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982.
- Müller, Felix Oskar: *Grundrechte der Kinder*, Zürich 1996, S. 18.
- Müller, Jörg Paul: *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2.B., Bern 1991.

Müller, Jörg Paul: *Einleitung zu den Grundrechten in= Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bern-Basel-Zürich 1987.

Münch, Inge von: *Grundbegriffe des Staatsrechts*, Bd. 1, 3.B., Stuttgart 1984.

Pedrazzini, Mario-Oberholzer, Niklaus: *Grundriss des Personenrechts*, 4.B., Bern 1993.

Rehbinder, Manfred: *Der Arbeitsvertrag Berner Kommentar*, Bern 1992.

Roell, Monica: *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige*, Schriften zum öffentlichen Recht, Band:468, Berlin 1984.

Saladin, Peter: *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, Basel - Stuttgart 1979.

Saladin, Peter: *Rechtsbeziehungen Zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts*, Festschrift für Hans Hinderling Basel, Stuttgart 1976.

Saladin, Peter – Zimmerli, Ulrich: *Einführung in das Verwaltungsrecht*, Skriptum für die Vorlesung, Bern 1991.

Tschümperlin, Urs: *Die Elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes*, Freiburg 1989.

Vischer, Frank: *Internationales Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht*, 1. Bd., Basel 1969.

Sürelî Yayınlar:

Baumann, Werner: “*Die Höchtpersönlichen Rechte des Bevormundeten*”, Schriftenreihe der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder (ZVW 1956,11)

Schnyder, Bernhard I.: “*Vormundschaft und Menschenrechte*” (ZVW Nr.1972, 2/3)

İnternet Kaynakları:

<http://www.linksfraktion.de/reden/kinder-warten-grundrechte/> (04.03.2012).

http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ocuk_haklar%C4%B1 (04.03.2012).

http://www.kinderpolitik.de/kinderrechte/uebersicht.php?page_id=unk_artikel_peschel (04.03.2012).

http://www.national_coalition.de/pdf/stllungnahmen/Kinderrechte_in_die_Verfassung) (04.03.2012).

(<http://www.wir-falken.de/showal//5299214.html>) (04.03.2012).

http://www.institutfuermenschenrechte.de/uploads/tx_commerce/stellungnahme_aufnahme_v_kinderrechten_ins_grundgesetz_als_ma%C3%9Fnahme_z_umsetzung_der_un_kinderrechtskonvention.pdf. (04.03.2012).

<http://www.verlagdasnetz.de/zeitschrift/kinder-in-europa/ke-1709/385-kinder-in-europa-kinder-mit-rechten.html> (11.03.2012).

KISALTMALAR

AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BGB	: Bürgerlichesgesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgericht
BverfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BGHZ	: Bundesgerichtshof: Entscheidungen in Zivilsachen
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Borçlar Kanunu
C	: Cilt
Çev	: Çeviren
E	: Esas
E	: Entscheidung
EuGRZ	: Europaeische Grundrechte Zeitschrift
F	: fıkra
KN	: kenar Notu
Md	: madde
MK	: Medeni Kanun
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
RG	: Resmi Gazete
s	: sayfa
S	: sayı
ZBL	: Schweizerisches Zentralblatt für Saats und Gemeinde Verwaltung: Zentralblatt
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZVW	: Zeitschrift für Vormundschaftswesen