PROF. DR.

BİLGE ÖZTAN'A ARMAĞAN

ANKARA - 2008

SOYBAĞI HUKUKU ÜZERİNE ÇEŞİTLEMELER

Prof. Dr. Rona SEROZAN*

ÖNSÖZ

Bilindiği gibi, 2002 yılının başından beri yürürlükte bulunan yeni Medeni Kanun'da en kapsamlı ve en önemli değişiklik evlilik hukukunda ve soybağı hukukunda gerçekleştirilmiştir. Bu yazıda Medeni Kanun'un soybağı hukuku alanındaki değişiklikleri eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilecektir. Bu bağlamda ele alınacak olan belli başlı sorunlar şunlardır:

1) Bilimsel tahlillere başvurulmasını isteme olanağının ve bu tahlillere katlanma zorunluluğunun sınırları.
2) Evliliğin boşanmayla sona ermesinde babalık karinesinin anlamsızlığı.
3) Soybağı davalarında hak düşümü sürelerinin düzenlenmesindeki tutarsızlık.
4) Soybağı davalarındaki anlamsız davacı kalabalığı.
5) Sonradan evlenmeyle soybağının düzelmesine yanılmış veya aldatılmış olan kocanın itiraz olanağı.
6) Tanımanın iptalini haklı kılabilecek olan irade bozukluklarının amaca uygun bir sınırlamaya tabi tutulması zorunluluğu.
7) Babalık davasında hak düşümü sürelerinin öngörülmesinin yerindelik ilkesine aykırılığı.
8) Evlat edinmede komple evlat edinme (plena adoptio) sisteminin benimsenmiş olmamasının sakıncaları.
9) Evlat edinmenin gizliliğini koruyan kuralın tutarsızlığı.
10) Üvey çocuğun evlat edinilmesinde gözden kaçanlar.
11) Soyadında eşitlik sorunsalı: Babanın soyadının hem anarın hem çocuğun soyadını belirlemesi.
12) Velayete sahiplik sorunsalı: Henüz ya da artık evli olmayanların birlikte velayetinin yasada öngörülmemesi.
13) Velayetin sınırlanmasında yetersizlikler.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

14) Çocuk mallarında tasarruf yetkisiyle ilgili tereddüt.
15) Çocuk mallarıyla ilgili bağışlama, vakıf ve kefalet yasaklarının yetersizliği.

***

1) Bilindiği gibi, yeni bilimsel tahlil teknikleri, babalık karinesinin ağırlığını oldukça düşürmüşler ve bu alanda kocanın işini adamakıllı kolaylaştırmışlardır. Şöyle ki artık bir erkeğin bir çocuğun babası olmasının olanaksızlığı bilimsel tahliller aracılığıyla yüzde doksan dokuzu aşkın bir olasılıkla saptanabilmektedir. Matematik kesinlik olmasa bile, kesinliğe yakın güçlü bir olasılık, köklü bir kanı, bilimsel gelişmelerin de yardımıyla pekala oluşturulabilmekte ve bu da soybağının reddine pekala yetebilmektedir. (İFM, BGE 101 II 14)

Yalnız şu var: Kocanın bilimsel tahliller aracılığıyla baba olmasının olanaksızlığını daha kolay kanıtlayabileceği söylenirken, şu çekinceleri eklemek gerekir: Bir kere davacı koca bilimsel tahlile ancak baba olmasının olanaksızlığını başkaca kanıtlarla inandırıcı kıldıktan sonra, bu savını pekiştirmek için, en son aşamada, "son çare" olarak başvurulmasını talep edebilir. Yoksa, durup dururken, kestirmeden, doğrudan doğruya bilimsel tahlile başvurulmasını isteyemez. Ne de olsa, bilimsel araştırma, buna katlanan kişinin kişilik haklarına ciddi bir müdahale oluşturur. Kişilik hakkına müdahale oluşturabilecek bilimsel tahlillere ancak en son aşamada en son çare olarak başvurulabileceği ilkesi, bilimsel tahlillerin güvenilirliği hangi ölçüde artmış olursa olsun, özenle korunmalıdır. Bunu bilimsel tahlile katlanacak olan kişinin kişilik hakkının korunması gereği kadar, çocuk yararının ve aile huzurunun korunması gereği de zorunlu kılar.

Sonra, davacı koca, bu bilimsel kanıtları, örneğin DNA analizinin malzemesini oluşturabilecek saç telini veya sıvıyı ananın ve çocuğun oluru-nu elde etmeksizin, gizlice de sağlayamaz. Çocuğun ve ananın kişilik hakları ihlal edilerek gizlice elde edilen kanıtlara dayanılamaması hukukun temel ilkelerindendir.

Soybağının reddi davalarında bilimsel tahlile başvurulmasıyla ilgili duyarlı bir konu da şudur: Acaba davalı ananın ve çocuğun, bu arada yabancıların (üçüncü kişilerin) bilimsel tahlillere katlanma ödevinin çerçevesi nasıl çizilir?

Bir kere şu nokta tartışmasızdır: Kişiyi bilimsel araştırma konusu (nesnesi) yapma, hele bu bilimsel araştırma kan tahlili gibi bedensel bütünlüğe müdahale oluşturuyorsa, aynı zaman-da kişilik hakkına saldırı sayılır. Böyle bir müdahalenin hukuka aykırı sayılmaması için mutlaka bir yasal dayanak bulunmalıdır. (Anayasa m. 17) Üstelik, bilimsel tahlilin, gerçeği

saptayabilmek için kaçınılmazlığı ve tahlile katlanacak kişi için sakıncasızlığı da açık olmalıdır. Temel kişilik hakkının sınırlanmasında geçerli "ölçülülük ilkesi"nin bir gereğidir bu. Yeni MK 284 bent 2 kuralı da bu gereğe uygun bir söylemle kaleme alınmıştır.

Böylesine bir kaçınılmazlık ve sakıncasızlık olasılığında bile, bilimsel tahlile katlanacak olan kişiye karşı dolaysız zor (fiziksel cebir) kullanılamaz; sözgelişi, ona zorla iğne saplana-maz. Nitekim yeni MK 284 bent 2 kuralında da bilimsel araştırmaya katlanma ödevine uymanın yaptırımı olarak, sadece, kaçınan kişi zararına bir "fiili karine" öngörülmüş, bilimsel tahlille kanıtlanmak istenen olgu kanıtlanmış sayılmıştır. Yalnız bu fiili karinenin varlığını kabul, MK 284 bent 2 kuralına göre kesin olmayıp, yargıcın takdirine bırakılmıştır. Özellikle çocuk aleyhine sonuçlar doğuracak bir soybağının reddi yargısına varılacaksa, "bilimsel araştırmadan kaçınma = kocanın babalığının yok sayılması" formülünü benimsemede çekimser davranmak yerinde olur. *(Bk. Acabey, Soybağı, s. 132 i.s..)*

Son olarak bir kez daha vurgulayalım ki zorla veya gizlice elde edilmiş olan bilimsel kanıtlar (özellikle DNA malzemesi) yargıç tarafından dikkate alınamaz. Bilimsel tahlil için gerekli oluru, eğer çocuk ayırt etme gücünden yoksun bulunuyorsa, anası veya vasisi, yok eğer çocuk ayırt etme gücüne sahip bulunuyorsa hem çocuğun kendisi hem de anası veya vasisi vermelidir.

Bir kez daha vurgulanması gerekli bir nokta da bilimsel tahlile ancak bir "son çare" olarak başvurulabileceğidir; yoksa bir "ilk yardım servisi" olarak değil! Yalnız davacı sıfatıyla çocuğun talep ettiği bilimsel tahliller bakımından, çocuğun kimlik hakkını ve üstün yararını gözeterek, daha geniş yürekli bir tavır alınabilir.

***

2) MK 285'in ünlü babalık karinesine göre, evlilikten bir saat sonra doğan çocuk bile kocanın çocuğu sayılır. Aslında döllenme evlilik öncesinde gerçekleştiğine göre hiç de öyle olmayabileceği halde! Ama yasa koyucu besbelli çiftlerin evlilik öncesinde (nişanlılık döneminde) de birbirlerine yakınlaşmış olabileceklerini ve birbirlerine bağlı (sadık) kalabileceklerini varsaymıştır. Öte yandan, aynı kurala göre, evlilik çözüldükten sonra üç yüz gün içinde doğan çocuk da kocanın çocuğu sayılmaktadır. Bu olasılık için de yasa koyucu besbelli çiftlerin cinsel birlikteliklerini evliliğin çözüldüğü son ana kadar sürdürdüklerini ve evlilikten sonra doğan çocuğun evlilik içinde döllenmiş olduğunu varsaymıştır.

Birinci varsayımın az çok gerçekçi olduğu söylenebilir. Evliliğe giden yolda (nişanlanma sırasında) cinsel birliktelik akla yakındır. Nitekim bu

olasılığa ilişkin babalık karinesi, koca tarafından daha kolay çökertilebilse bile (MK 288 I), her yerde bugün de korunur. Ama ikinci olasılık için (ölüm dışındaki mahkemelik çözülme nedenleri bakımından) aynı şey kolay kolay söylenemez. Evlilikten çıkış yolunda, birbirleriyle mahkemelik olabilecek kadar kavgalı eşler arasındaki soğuk savaş döneminde cinsel birliktelik pek de inandırıcı sayılamaz. Nitekim yeni yasal düzenlemelerde evliliğin boşanma ve iptal hükmüyle çözülmesinden (hatta Alman hukukunda evliliğin çözülmesi talebinin ortaya atılmasından) sonraki üç yüz gün bakımından babalık karinesine yer verilmez. Evlilik ölüm dışı bir nedenle çözüldükten (bu yoldaki talep ortaya atıldıktan) sonra doğan çocuk evlilik dışı ilişkinin ürünü bir çocuk sayılır ve gerçek (genetik) babası tarafından tanınabilir. (İsv. ZGB 255; Alman BGB § 1599) Bu durumda evlilik ilişkisi çözülmüş olan erkek (eski koca) için de soybağını ret davasını açma külfeti söz konusu olmaz. İşler koca için de genetik baba için de kolaylaşmış olur. Yasa koyucunun gerçekçi olması zorunluluğuna bundan güzel örnek zor bulunur.

***

3) MK 291 II' de soybağının reddi davası bakımından kay-yım için özel bir hak düşümü süresi konması (İsviçre'de yoktur böyle bir süre) anlamsızdır, tutarsızdır. Çocuğun zaten erginlik sonrasına sarkan on dokuz yıllık dava hakkı vardır. (MK 289 II) Temsilcinin (kayyımın) hakkını kullanmayı savsaklaması, temsil olunanın (çocuğun) bu uzatmalı hakkını yakmamalıdır. (*Bk. Acabey, Soybağı, s. 149; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 453.)*

Yalnız şu var: Eğer kayyım davayı süresinde açmış ve kaybetmişse, çocuğun hakkı da yitip gitmiş demektir. (Bir davaya iki kez bakılamaz= Ne bis in idem!)

Gerek bir yıllık göreceli süre, gerek beş yıllık kesin üst süre, gecikme haklı bir nedene dayanıyorsa uzayabilir. Bu durumda süreler haklı sebebin ortadan kalktığı tarihten işlemeye başlar. Ek süre bir yıldır. (MK 289 III)

Haklı nedenle uzamanın her iki süre için de söz konusu olabileceği görüşü için bk. Basler Kommentar'da ***Schwenzer****, ZGB 256c N 6;* ***Acabey****, Soybağı, s.151/52.*

Öte yandan, gecikmenin haklı bir nedene dayanması halinde soybağının reddi davasında (MK 289 III'te) bir yıllık ek süre tanıyan yasanın, daha sonra, tanımanın iptalinde (MK 300 IV'te), soybağının sonradan evlenmeyle düzeltilmesine itirazda (MK 294 III'te) ve babalık davasında (MK 303 IV'te) bu ek süreyi bir aya indirmesi anlaşılamaz. Bu uyumsuzluğu yasa boşluğunun doldurulması operasyonuyla gidermek kaçınılmaz gözükmektedir.

***

4) Aslında soybağını ret hakkı mirasçılara geçmeyen sıkı biçimde kişiye bağlı bir haktır. Burada kocanın altsoyuna tanınan soybağını ret hakkı halefiyet (miras) yoluyla kazanılmış bir hak olmayıp, aslından kazanılmış bir haktır. Nitekim kocanın altsoyu bu davayı daha babaları (koca) hayattayken açabilecekleri gibi, çocuk kocanın ölümünden sonra doğmuş olsa bile açabilirler. Ama göz ardı edilemeyecek gerçek şudur ki kocanın altsoyuna verilen dava hakkının temelinde miras çıkarları yatar.

Doğrusu, soybağını ret davası gibi çocuk için ciddi ruhsal ve sosyal sonuçlar doğuran bir davanın miras hesaplarına alet edilebilmesi sakıncalıdır. Anlaşılan, bizde, soybağı statüsünün istikrarı, çocuğun üstün yararı ve ailenin huzuru gözden kaçmıştır. Nitekim İsviçre MK'nda (ZGB 258'de) davacı sıfatı, salt kocanın anasına ve babasına inhisar ettirilmiştir. Ne de olsa onların manevi değerlere, ailenin erincine ve çocuk yararına karşı daha duyarlı ve olgun davranacakları düşünülmüştür. Alman hukukunda daha da tutarlı bir yaklaşımla, bu kişilere bile soybağını ret hakkı tanınmaz. (§ 1600 BGB)

Gerçi eski MK döneminde davacıların sayısı daha da geniş tutulmuş ve çocukla birlikte mirasçı olan ve çocuk yüzünden mirasçı olamayan tüm kişiler, hatta savcı bile kocanın yerine soybağını ret davasını açma hakkına kavuşturulmuşlardı. Yeni MK'da hiç değilse bu davacı kalabalığı ayıklanmış (miras çıkarı izleyenler kocanın altsoyuna ve anasıyla babasına indirgenmiş), ayrıca savcı da devre dışı bırakılmıştır ama bu sefer de baba olduğunu ileri süren erkek de soybağını ret hakkına kavuşturulmuştur.

Ekleyelim ki Almanya'da baba olduğunu iddia eden erkeğe bu dava hakkı anayasal ana baba hakkına dayanılarak Anayasa Mahkemesi'nin zorlamasıyla yakın geçmişte tanınmıştır. Üstelik bu davaya bakan yargıca davacının babalığına hükmetme (bir taşla iki kuş vurma) olanağı bile verilmiştir. (§ 1600 I 2 BGB; ayrıca bk. § 1685 BGB) İsviçre'de ise yabancı erkeğe bu hak tanınmaz. (İFM, BGE 108 II 344)

Çocuğun öz (genetik) babasına soybağını ret hakkının verilmesine karşı çıkanlar, ananın çocuğuyla ve kocasıyla uyumlu bir biçimde sürdürdüğü aile erincinin ve esenliğinin yabancı bir erkek tarafından bozulmasının sakıncalı olacağına parmak basarlar. Öz babaya bu hakkın tanınmasını yerinde bulanlar (bu arada bizim yasa koyucumuz) ise öz babanın çocuğuna bağlanma (baba-) hakkına ve genetik kökene bağlılık ilkesine daha fazla ağırlık verirler.

***

5) Acaba bizde soybağının düzelmesine itiraz hakkı, soybağını düzeltme istenci irade bozukluğu nedeniyle eksik sayılabilecek olan kocaya da tanınabilir mi? Yasa kocayı kalabalık davacılar listesinde anmamıştır. Ama tanımanın iptaline ilişkin hükümler soybağının düzelmesine itirazda da örnek alınabileceğine göre (MK 294 III), kocanın irade bozukluğu nedeniyle iptal hakkı saklı sayılmalıdır. Yalnız bunun için, aynen tanımanın iptali bakımından yasa ötesinde (praeter legem) şart koşulduğu gibi, hatanın ve hilenin babalık sanısıyla ilgili olması şart koşulmalıdır. Yoksa olur olmadık yanılgılar iptale yetmemelidir.

Soybağının düzelmesine itiraz davasında ispat yüküne gelince: *Kimi hukukçulara göre, soybağının düzelmesine itiraz davasında yalnız çocuğun değil, tüm davacıların ispat yükü hafifletilmeli ve salt kocanın babalığının başka bir erkeğe oranla daha zayıf bir olasılık içinde bulunduğunu inandırıcı biçimde ortaya koymak bile ispat ödevine uymuş sayılmaya yetmelidir. (Bk. Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 460; Hegnauer, ZGB 262 N 26).*

Soybağının sonradan evlenmeyle düzelmesine itiraz davasında, ispat yükü dışında, örnekseme yoluyla uygulanacak olan tanımanın iptaline ilişkin bir başka kural da hak düşümü süresine ilişkin kuraldır.

İtiraz davasında hak düşümü süreleri, tanımanın iptali davası örnek alındığı için, itiraz nedeninin (yani kocanın çocuğun babası olmasının olanaksızlığının) öğrenilmesinden sonra bir yıl ve her durumda evlenmeden (otomatik düzelmeden) sonra beş yıl tutar. Yalnız çocuk için erginlikten sonra daha bir yıl boyunca dava açma hakkı aynen soybağının reddî ve tanımanın iptali davalarında olduğu gibi saklı kalır.

Gecikmeyi haklı kılan bir neden varsa, bu nedenin ortadan kalkmasından sonra daha bir aylık ek süre içinde dava açma hakkı ayrıca saklı tutulur. Örnekseme yoluyla uygulanan tanımanın iptalinin hak düşümü sürelerine ilişkin MK 300 kuralının gereğidir bütün bunlar.

Gecikmenin haklı bir nedene dayanması halinde soybağının reddi davasında (MK 289 III'te) bir yıllık ek süre tanımış olan yasanın, tanımanın iptaline ve buna paralel olarak soybağının sonradan evlenmeyle düzelmesine itirazda (MK 294 III/MK 300 IV) bu ek süreyi bir aya indirmesi, davalar arasında hiçbir menfaatler durumu ayrım bulunmadığına göre, doğrusu kolay kolay anlaşılamaz.

BK 137 kuralının sırf usuli bir eksiklik yüzünden sürenin kaçırılması halinde tanımış olduğu altmış günlük ek süreden yararlanma olanağı, aynen soybağının reddi davasında olduğu gibi, soybağının düzelmesine itiraz davasında da davacı yararına saklı tutulur.

***

6) Tanımanın hükümsüzlüğü denince, ilk akla gelen, bu işlemin kendiliğinden kesin hükümsüzlüğüdür (butlanıdır). Yasanın düzenlemediği bir hükümsüzlüktür bu. Bu radikal hükümsüzlüğün nedenleri şu olgular olabilir: a) Tanınan çocuğun başka bir erkeğe soybağıyla bağlılığı (çifte soybağının olanaksızlığı ilkesine aykırılık), b) tanıyanın ayırt etme gücünden yoksunluğu, c) şekle aykırılık, d) yasal temsilcinin olurunun eksikliği, e) tanımanın soybağının reddedilmesi koşulundan başka koşullara, örneğin çocuğun erkek doğması koşuluna veya ananın tanıyanla evlenmeyi kabul etmesi koşuluna bağlanması.

Tanımanın kesin hükümsüzlüğünde (butlanında) bile, tıpkı evlenmenin hükümsüzlüğünde olduğu gibi, bir mahkeme kararının varlığını şart koşmak yerinde olur. Yalnız bu mahkeme hükmü evlenmedeki gibi bozucu yenilik doğurucu güçte olmaz; salt "tespit" edici nitelik taşır. Dava için, hakkın kötüye kullanılması (çelişik davranış) yasağına aykırılık edilmesi olasılığı dışında, herhangi bir süre sınırlaması da söz konusu olamaz. (*Bk. Akıntürk, Aile Hukuku, s. 314; Dural/Öğüz/ Gümüş, Aile Hukuku, s. 467*)

Ölüme bağlı tasarruf işlemiyle gerçekleştirilen tanımanın hükümsüzlüğü ise her halde ölüme bağlı tasarrufun özel hükümsüzlük rejimine (yargısal iptale) tabi tutulur. (MK 557-559)

MK 297-299 kuralları, tanımanın hükümsüzlüğü konusunda, biri a) tanıyanın irade bozukluğu nedeniyle iptalini, öteki de b) ananın, çocuğun, çocuk ölmüşse onun altsoyunun, savcının, Hazinenin ve başkaca ilgililerin tanıyanın gerçek (genetik) baba olmaması nedeniyle iptalini öngörmüştür. Her iki olasılıkta da iptal hakkı dava yoluyla kullanılır ve ancak yargıcın bozucu yenilik doğurucu hükmüyle sonuç doğurur. Bu hüküm tanımayla kurulan soybağı ilişkisini geçmişe etkili olarak koparır.

Bu iptal davalarının davalıları, eğer kendileri davacı kimliğiyle sahneye çıkmıyorlarsa, tanıyan erkek ve tanınan çocuktur (çocuğu temsilen kayyımdır). Eğer tanıyan ölmüşse, onun mirasçıları davalı olurlar. (MK 289 II)

Tanıyanın irade bozukluğundan ötürü anaya ve çocuğa (ya da kayyıma) karşı açtığı iptal davasıyla başlayalım: Gerçi MK 297 kuralı tanıyana her türlü irade bozukluğunda tanımayı iptal ettirme yetkisi vermiş gözükmektedir. Ama kural bu görünümüyle soybağı hukukunun kalıcılık ve kararlılık gereksinimine hiç de uygun düşmez. Öyleyse MK 297 kuralının bir örtülü boşluk içerdiği ve mutlaka amaca uygun bir sınırlama (teleolojik redüksiyon) ile düzeltilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu yaklaşıma göre, erkeğin tanımada yanıldığının kabul edilebilmesi için, bu yanılgının mutlaka babalık sanısıyla ilgi-li olması şart koşulmalıdır. Yoksa ananın başka erkeklerle de cinsel ilişki kurmuş olduğunu bilmeme tek başına tanımayı iptal

ettirmeye yetmemelidir. Sonra, tehdit de mutlaka tanıyanın kendisinin veya yakınlarının yaşamına, sağlığına, onuruna veya malvarlığına yönelik nitelikli, ağır ve ciddi bir tehdit olmalıdır. (Krş. İsv. MK 260a ve evlenmenin irade bozukluğu nedeniyle iptaline ilişkin Türk MK 149-151!)

Tanımanın ana, çocuk (gereğinde kayyım), çocuğun ölümünden sonra onun altsoyu, savcı, Hazine ve diğer ilgililer tarafından iptali istemiyle tanıyana ve tanıyan ölmüşse onun mirasçılarına karşı açılan ve tanıyanın baba olmasının olanaksızlığına dayanan ikinci iptal davasına (MK 298/99) gelince:

Bu dava, en fazla, bir erkeğin, çocuğu sırf hatır için tanıdığı durumlarda açılır.

Baştan, tanıma konusunda görüşleri ve olurları alınmayan ananın ve çocuğun, hiç değilse, sonradan, salt belirli bir nedenle (tanıyanın baba olmasının olanaksızlığı nedeniyle) de olsa, (eskiden onlar ayrıca tanımanın çocuk için sakıncalı olduğunu savlayarak da iptali isteyebiliyorlardı; bu hak ellerinden alınmıştır) iptal hakkına kavuşturulmaları yerindedir.

Gelgelelim, öteki ilgililerin sayısının bu denli geniş tutulması düpedüz yadırgatıcıdır. Gerçekten de tanımayı iptal davasını açma hakkının MK 298 kuralında hiç kayıtsız koşulsuz, ananın ve çocuğun yanı sıra tüm ilgililere tanınmış olması, hele savcının da bu davacılar kervanına katılması yerinde değildir; çocuk yararına da açıkça aykırıdır.

Anımsanacağı gibi, buna benzer sakıncalı bir düzenleme, soybağının reddi ve soybağının sonradan evlenmeyle düzelmesine itiraz davalarının davacılarını abartılı ölçüde geniş tutan MK 291 ve MK 294 kurallarında da göze batar. Aslında, tanımanın iptaliyle soybağının reddi aynı hukuksal potada toplanmalıydı. Her iki davada da sadece babalığın gerçekliği tartışılmalıydı ve her ikisinde de davacı sıfatı sınırlı sayıda tutulan aynı kişilere tanınmalıydı; haklı nedenle süre uzatmaları da aynı ölçüde tutulmalıydı. Ne yazık ki bizde böyle yapılmamıştır.

***

7) Babalık davasında, başlıca davalarda, sözgelimi, soybağının reddinde, soybağının düzelmesine itirazda ve tanımanın iptalinde olduğu gibi, biri bir yıllık nispi, öteki beş yıllık mutlak, iki hak düşümü süresi yoktur. Kayyım dışındakiler için, öğrenme olgusundan bağımsız olarak doğumdan başlayarak işleyen tek bir süre vardır; bu süre de hep bir yıldır; yalnız çocuk için on dokuz yıldır.

Babalık davası, kural olarak, çocuğun doğumundan işlemeye başlayan bir yıllık kısa hak düşümü süresi içinde açılmalıdır. (MK 303) Ama eğer

çocuğun anası gebe kaldığında evli idiyse, bu bir yıllık süre, ister istemez, doğumdan değil de, çocuğun soybağının koca tarafından reddedilmesinden (ret hükmünün kesinleşmesinden) sonra işlemeye başlar. Daha önce babalık davasını açma olanağı yoktur ki! (MK 303 III)

Çocuğun ölümü halinde onun altsoyuna yasa ötesinde tanınan dava hakkının bir yıllık hak düşümü süresi çocuğun ölümünde sıfırdan işlemeye başlamalıdır.

Uygulamada bir yıllık hak düşümü süresine uyulmasına her nedense aşırı bir titizlik gösterilir; bu arada ananın dava hakkı da sırf bu bir yıllık süreye uyulmadığı için sıkça yakılır. (Bk. Gürsoy/Bulut, Aile Mahkemeleri Uygulaması, s. 602, 614/15).

Çocuğun (daha doğrusu onu temsil edecek olan kayyımın) bir yıllık dava açma süresi kayyımın atanma gününden (daha doğrusu atamanın kayyıma tebliğ edildiği günden), eğer kayyım atanmamışsa, çocuğun erginliğine kavuştuğu günden işlemeye başlar. Böylece çocuk için fiilen on dokuz yıllık bir hak düşümü süresi ortaya çıkar. (MK 303 II)

MK 303 II'de kayyım için atamanın tebliğinden sonra bir yıllık hak düşümü süresi sınırlamasının getirilmesi yersizdir. Nitekim İsviçre'de böyle bir süre sınırlaması yoktur. Çocuğun zaten erginlik sonrasına sarkan on dokuz yıllık dava hakkı vardır. (MK 303 II) Temsilci -kayyımın hakkını kullanmayı savsaklaması, temsil olunan çocuğun dava hakkını yakmamalıdır. *(Bk. Acabey, Soybağı, 291/92)*

Çocuktan başka herkes için geçerli bir yıllık kısa hak düşümü süresinin kaçırılmasının hoş görülebileceği özel durumlarda, bu süre, haklı nedenin varlığı gerekçesiyle bir ay için uzatılır. Babanın ortaya çıkmaması ya da onun anayla çocuğu oyalamaları, süreyi uzatabilecek başlıca haklı nedenlerdendir. Bu gibi durumlarda bir aylık ek süre haklı nedenin kalktığı günden işlemeye başlar. (MK 303 IV)

Gecikme haklı bir nedene dayandığında soybağının reddi davasının süresini bir yıl uzatan yasanın (MK 289 III) babalık davasında süreyi sadece bir ay uzatması (MK 303 IV) anlaşılacak gibi değildir.

BK 137 kuralının sırf usuli bir eksiklik yüzünden sürenin kaçırılması halinde tanıdığı altmış günlük ek süreden yararlanma olanağı, aynen soybağının reddi ve tanımanın iptali davalarında olduğu gibi, bu dava bakımından da saklıdır.

Aslına bakılırsa, çocuk yararının üstünlüğü ve günümüzde bilimsel tahlillerin güvenilirliği karşısında anlamını geniş ölçüde yitirmiş sayılabilecek olan hak düşümü süresi sınırlamasını aşabilmek için tüm olanakları, en

başta da haklı neden kavramını adamakıllı zorlamak yerinde olur. Hele bir yıllık hak düşümü süresinin kayyım dışındakiler için öğrenme anından önce işlemeye başlayacağı düşünülürse, bu öneri daha da güç kazanır. Unutulmasın ki çoğu yabancı ülkede çocuğun babalık davasına herhangi bir süre sınırlaması getirilmiş değildir.

***

8) Evlat edinme hemen hemen her Batı ülkesinde evlatlığın eski ailesiyle, yani öz ana babasıyla, mirasçılık dahil, tüm bağlarını koparır (negatif etki) ve evlatlığı tümüyle, mirasçılık dahil, evlat edinen(ler)e bağlar. (Pozitif etki) Bu sisteme "Volladoption, adoption pléniere, plena adoptio", Türkçesi, "komple evlat edinme" sistemi denir. Bu komple evlat edinme sisteminde evlatlığın öz ailesiyle ilişkisi sadece öz aile fertleriyle evlenme yasağı biçiminde süregelir.

Bir de şu özellik eklenmeli: İsviçre'de eşlerden biri ötekisinin çocuğunu, yani üvey çocuğu evlat edinirse, bu çocuğun öz anası veya öz babası ile soybağı ilişkisi sona ermez; süregelir. Bunun gibi, öteki eşin ilk evlatlık ilişkisini ortadan kaldırmaz da bu ilişkiye eklemlenir.

Evlatlık evlat edinen(ler)in öz çocuğu konumuna geçince, doğaldır ki evlatlık ilişkisi haklı nedenle ortadan kaldırılamaz olur (bizde de şimdi böyledir); evlat edinenle evlatlık arasındaki evlenme engeli aşılamaz kesinlikte olur (bizde de şimdi böyledir); aralarında da karşılıklı mirasçılık olur. (İşte bu bizde böyle değildir!) İsviçre'de evlatlık ve alt soyuyla evlat edinen ve hısımları arasında karşılıklı mirasçılık olurken, bizde sadece evlatlık ve sadece onun alt soyu sadece evlat edinene mirasçı olur. Ama evlat edinen ve hısımları evlatlığa mirasçı olmaz. (MK 314 II/500)

Bizde çağdaş komple evlat edinme sistemi yerine çoktan terk edilmiş çağdışı ikili sistem korunmuş, evlatlık da hem öz ana babanın hem de evlat edinen(ler)in çocuğu ve yasal mirasçısı sayılmıştır. Buna karşılık, evlat edinenin evlatlığa mirasçı olması da olanaksız kılınmıştır (MK 500).

Bu sistemin en fazla göze batan sakıncası, yıllarca evlatlığa bakan evlat edinenin mirasının evlatlıkla ilgisini koparan onun öz ana babasına geçmesi riskini bünyesinde taşımasıdır. Evlatlığa yıllar boyu bakan evlat edinen evlatlığına mirasçı olamazken, öz çocuğunu evlatlık olarak yabancıya veren ve onunla ilgi bağlarını koparan öz ana babanın evlatlığa mirasçı olabilmeleri çarpıcı bir haksızlıktır.

Batı'da benimsenen komple evlat edinme sisteminden bizdeki yersiz kopmanın kişileri dinsel nedenlerle zaten pek sıcak bakılmayan evlat edinmeden büsbütün soğutup uzaklaştıracağından korkulur. *Bk. Acabey, Soybağı, s. 170/71.*

***

9) Evlat edinmenin hükümleri başlığını taşıyan MK 314 kuralının 3'üncü, 4'üncü ve 5'inci fıkraları aslında İsviçre'de "evlat edinme işleminin gizliliği" (Adoptionsgeheimnis) olarak bilinen önemli bir ilkeyle ilgilidir. Ama ne yazık ki bu ilkeye hiç de uygun düşmez.

Bizdeki kural evlatlığın nüfus kaydına öz ana babasının adları yerine evlat edinen(ler)in adlarının yazılmasını öngörür. Böylece güya evlatlığın olasılı aşağılık duygularından (komplekslerden) kurtarılması amaçlanır. Oysa bu "tahrifat yoluyla evlat edinmeyi gizleme çabası", evlatlıkla öz ana babası arasında bizde saklı tutulan karşılıklı mirasçılık ilişkisinin varlığı karşısında düpedüz hukuka ve mantığa aykırıdır. Nitekim kuralın bir başka fıkrasında bu sefer öz ana babanın ve evlat edinenlerin nüfus kayıtları arasında karşılıklı atıflarla her türlü bağın oluşturulması (tüm referansların verilmesi) öngörülür. Böylesine bir "alenileştirme" ile de, evvelce sözde sağlanmasına çalışılan gizlilik fiilen ortadan kaldırılmış olur.

Gerçi İsviçre'de de evlat edinme işleminin gizliliği korunur. Ama orada bizdeki gibi öz ana babanın kimlikleri çocuktan gizlenmez de evlat edinen(ler)in kimliği öz ana babadan gizlenir. Bununla da öz ana babanın evlat edinenleri taciz etmesini önleme amacı izlenir. (ZGB 268b)

Oysa bizde Yargıtay öz ana babanın çocuklarını evlat edinenlerden sık sık istemelerine ve çocuklarıyla kişisel ilişkilerini tüm yoğunluğuyla sürdürmelerine sıcak bakar; bu konuda evlat edinenlerin huzurunu hiç dikkate almaz. (Bk. Gürsoy/Bulut, Aile Mahkemeleri Uygulaması s.640/41)

Şu da var ki her iki ülkede de evlatlığa karşı hiçbir gizlilik söz konusu olmaz. Çünkü onun BMÇHS'nden ve Anayasa'dan kaynaklanan öncelikli "ana babasını tanıma hakkı", yani genetik kökenini, soyunu sopunu öğrenme hakkı, evlat edinenlerin gizli kalıp taciz edilmeme çıkarından ağır basar. (Yeni ZGB 268c) Gerçi bizde de evlatlığa bu hak kuralın son fıkrasında tanınmıştır. Ama bu göstermelik tanıma, kuralın bütünündeki tutarsızlığı ortadan kaldırmaya yetmez.

***

10) Yeni MK'da üvey çocuğun evlat edinilmesindeki kimi özellikler gözden kaçırılmıştır. Bir kere, üvey çocukların yeni bir evlilik kurmanın heyecanıyla ve geçici bir hevesle, sırf yeni eş hatırına evlat edinilmelerinin sakıncalarına karşı yabancı yasalarda rastlanan önlemlerin alınması savsaklanmıştır. İlginçtir, İsviçre'de 1998'de üvey çocuğun evlat edinilebilmesi için evvelce öngörülmüş olan (ve şimdi bizde de işleyen) iki yıldır evli bulunma koşulu beş yıl evli bulunma koşuluna çıkarılmıştır. Yeni Türk MK'nu İsviçre'den aktaranlar anlaşılan bu değişikliği gözden kaçırmışlardır.

Dahası var: MK 306 II'nin değindiği ayrıksı durumda üvey çocuğa ilişkin velayetin evlat edinen kişiyle birlikte, aynı zamanda onun MK 314 I gereği ister istemez velayeti yitirecek olan öz anaya veya babaya da ayrık olarak tanınması düşünülmemiştir. (Oysa bk. İsv. ZGB 267 II)

Evli çiftlerin kural olarak tek başlarına değil de birlikte evlat edinmeleri ilkesine eşlik eden bir başka ilke de şudur: Birlikte evlat edinme olanağı yalnız evli çiftler için açıktır. Evlilik dışı yaşam birlikteliği sürdürenler birlikte evlat edinemezler; ancak tek başlarına evlat edinebilirler.

Yasa, evli çiftlerin birlikte evlat edinmelerini olanaklı kılmakla kalmamış, ayrıca onlar için bu yolu kolaylaştırmıştır da. Şöyle ki evvelce belirtildiği gibi, tek başına evlat edinme için aranan en az otuz yaşında bulunma koşulu beş yıldır evli olan bir çift için aranmaz. (MK 306 II)

***

11) Çocuğun soyadıyla ilgili yasal düzenleme çocuk ve soybağı hukukunun belki de en hararetli tartışma alanlarından biridir.

Çocuk anası ve babası evliyse ailenin, yani bizde babasının soyadını taşır. (MK 321) Varsın ana MK 187 uyarınca kocasının soyadının önünde önceki soyadını da kullanma hakkından yararlanmış olsun! Belirleyici olan soyadı ananın soyadı değil, babanın soyadıdır. Bu düzenlemenin eleştirisine aşağıda yer verilecektir.

Buna karşılık, çocuğun anasıyla babası evli değilse, çocuk anasının soyadını taşır. (MK 321) Yalnız ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa, çocuk ananın bekârlık soyadını taşır.

Evlilik dışı ilişki ürünü çocuğun babasına tanımayla veya babalık hükmüyle bağlandığı olasılıkta bile onun soyadını taşıyamaması bizde sıkça eleştirilir. Hatta uygulamada eski alışkanlıkla çocuk babasının soyadıyla nüfusa geçirilir.

Bu yanlışlığın düzeltilmesi nüfus kaydının düzeltilmesi (tespit-) davasıyla sağlanır. Çocuk bu kişiye sıkı biçimde bağlı hakkını bizzat kullanabilir. (Bk. Gürsoy/Bulut, Aile Mahkemeleri Uygulaması, s. 664/65)

Evlilik dışı ilişki ürünü çocuğun velisi onun anası olacağına göre, çocuğun soyadı yönünden de velisi olan anasına bağlanması yerindedir. (Nitekim krş. § 1616/17 BGB)

İlginçtir ki İFM'ne göre, anayla evli olmayan baba bu anayla ve çocukla aynı çatı altında birlikte yaşasa bile, salt bu olgu, tek başına, çocuğun babasının soyadını alması için haklı neden sayılmaya yetmez. (BGB 121 III 145)

Çocuğun MK 321 uyarınca kendisine dayatılan baba veya ana soyadını haklı nedenle sonradan değiştirme olanağı (MK 27) saklıdır.

Erkeğin adının aile soyadı olarak hem eşinin hem çocuğunun soyadını belirlemesi, son zamanlarda, kadın erkek eşitliğine aykırı bir ataerkil kalıntı olarak karşılanır. Önerilen çözüm şudur: Eğer ana baba ortak bir aile adını benimsemişlerse (ki bu aile adı yeni anlayışa göre pekala ananın soyadından da oluşabilir) çocuk bu aile adını taşır. Eğer ana baba aile adında anlaşamamışlarsa, her biri kendi soyadını korur; o zaman da çocuğa ana babanın üzerinde anlaştıkları birinin soyadı verilir. Anlaşamazlarsa yargıç kararı ana babadan birine bırakır. Önerilen bir başka çözüm de, her bir eşin kendi soyadını koruması ve çocuğun da anasının soyadını taşıması yolundadır. Böylece, boşanmadan sonra çocuk anaya kaldığında (ki genelde öyledir), çocukla anası arasında ortaya çıkabilecek ters ve sakıncalı soyadı ayrımı da önlenmiş olur. Ayrıca, ananın soyadını alan evlilik dışı ilişki ürünü çocukla, babanın soyadını alan evlilik içi ilişki ürünü çocuk arasındaki ayrımlı soyadı rejimi de düzeltilip eşitlenmiş olur.

Pekiyi ama çocuğun soyadı ne zaman değişir? Bir kere ana babanın sonradan ad değiştirmesi ile değişebilir. Şu var ki böyle bir değişiklik çocuğa ancak erginlik yaşına kadar dayatılabilir. Erginlikten sonra olmaz. (Krş. Nüfus K. 46 III)

Çocuğun soyadının kendiliğinden değişebileceği öteki olasılıklar şunlardır: Soybağının reddi, tanımanın iptali, doğumdan sonra evlenmeyle soybağının düzelmesi, bu düzelmenin iptali, evlat edinme. Çocuğun, kendi isteği dışında gerçekleşen bu ad değişikliklerini erginliğine kavuştuktan sonra haklı nedenin varlığını kanıtlama koşuluyla silip ortadan kaldırma şansı saklı sayılmalıdır.

Bu bağlamda çocuğun haklı nedenle ad değiştirebileceği iki olasılık özel olarak anılmalıdır: Bunlardan biri şudur: Boşanmadan sonra ana soyadını değiştirince (MK 173), anaya kalan çocuk anasının yeni soyadını benimsemek isteyebilir. Bir başka olasılık da şudur: Evlilik dışı yaşam beraberliği sürdüren bir çiftin çocuğu babasının soyadını benimseme konusunda korunmaya değer bir menfaat sahibi olabilir. (İFM biraz önce anılan yeni içtihadında böyle bir menfaatin varlığını kabul etmemiştir; BGE 121 III 145)

***

12) Velayetin sahipliği konusu da soybağı hukukunun duyarlı konularındandır. Bilindiği gibi, ergin olmayan çocuğa ilişkin velayet onun anasında ve babasında olur. (MK 335 I) Ana babadan başkası veli olamaz. Yargıç vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar bile ana ve babanın velayetine bağlanır. (MK 335 II) Evlatlığa ilişkin velayet de evlat

edinen(ler)de olur. (MK 314 I) Evlilik süregeldikçe anayla baba velayeti eşit haklara sahip olarak birlikte yürütürler. (MK 336 I) Eski yasa döneminde eşitlik ilkesine aykırı olarak babanın oyuna tanınan üstünlük yeni yasada ortadan kaldırılmıştır. Eğer eşler arasında ortak yaşama son verilmişse, hâkim velayeti ana babadan herhangi birine verebilir. (MK 336 II) Eğer evlilik ölümle çözülürse, sağ kalan eş, eğer evlilik boşanmayla çözülürse, yargıcın velayeti kendisine bıraktığı eş veli olur. (MK 336 III) Yok eğer ana baba evli değilse, velayet kendiliğinden (yoksa evlilik dışı ilişki kurmuş anaya kuşkuyla bakan eski yasanın dönemindeki gibi yargıç kararıyla değil) anaya ait olur. (MK 337 I) Ama ana velayeti yürütemeyecek durumdaysa, yargıç, yerine göre, ya velayeti babaya verir ya da küçüğe bir vasi atar. (MK 337 II) Eşler ergin olmayan üvey çocukları üstünde veli sayılmasalar bile, onlara adeta eksik dozda bir veli gibi özen ve ilgi göstermekle ve onları zorunlu oldukça temsil etmekle yükümlüdürler.

Evlilik dışı çocukta velayetin salt anaya, belirli koşullarla da salt babaya bırakılıp, ana babanın her ikisine birlikte verilemeyişi demek, ana babadan veli olamamış olan tarafın çocuğuyla ilgili hiçbir işte ve işlemde söz sahibi olamaması, olsa olsa çocuğunu ziyaret edebilmesi demektir. Buysa, evlilik dışı ilişki ürünü çocuğa ilgisiz kalan duyarsız ana veya baba modeline uysa bile, çocuklarını benimseyen ve velayet sorumluluğunu paylaşmak isteyen duyarlı ana baba tablosuna uymaz.

Evlilik dışı yaşam beraberliği sürdüren çiftlerin evlilik dışı çocuklarının ortak velayetini bu çocuğu birlikte evlat edinme yoluyla elde etmeleri de hukukumuzda olanak dışıdır. Bilindiği gibi, birlikte evlat edinme ancak karı koca için olanaklı kılınmış durumdadır. (MK 255 II) Yeni eğilimler, evlat edinme hukukunda veya velayet hukukunda yapılacak bir değişiklikle, velayet sorumluluğunu birlikte üstlenmek isteyen ana babanın bu isteklerini yaşama geçirmelerinin sağlanması yolundadır. Sorunun ne de olsa anayasal eşitlik ilkesine ve ana baba hakkına uzanan boyutları vardır. (Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Zeitschrift für Familienrecht, 1991, 913 ve 1121)

Tüm Batı ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin de katkısıyla hem boşanma sonrasında hem evlilik dışı yaşam birlikteliğinde ana babanın birlikte velayeti, çocuk yararına birtakım sınırlamalarla yürürlüğe girmiştir. Son olarak İsviçre de bu kervana katılmıştır. (ZGB 298a) MK 336/37 kurallarında, "henüz" ya da "artık" evli olmayan ana babanın birlikte velayetine olanak tanınmamıştır. Salt anaya bırakılmıştır velayet! Bu düzenleme anayasal eşitlik ilkesi ile ana baba hakkı ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğa tanıdığı "anasından ve babasından ayrı tutulmama hakkı" karşısında düşündürücüdür. Oysa velayete sahiplik konusundaki yeni yaklaşıma göre

(İsviçre MK 133 III, 298a I) evli olmayan çiftler pekala birlikte veli olabilmektedirler. Yeter ki çocuğun üstün yararı bu yönde olsun ve eşler de ortaklaşa velayet konusunda anlaşabilsinler. Bu arada, veli olmayan ana veya babanın velayet benzeri bir hakka dayanarak, çocuğun gelişimi açısından önemli konularda bilgi edinme ve görüş bildirme hakkı ayrıca saklı tutulur. Böylece, son değerlendirmede, ortaklaşa velayetin herhangi bir nedenle yaşama geçirilemediği durumlarda, hiç değilse, bir çeşit "eksik velayet" yaratılır. (Eklemeli ki bu velayete katılım hakkı bir çok ülkede üvey çocuğa karşı da geçerlidir.)

Sorunun anayasal kadın erkek eşitliği ilkesine, ana baba hakkına ve çocuğun ana babadan ayrılmama hakkına uzanan boyutlarına dikkati çeken Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılli bir kararı bu bakımdan özel olarak anılmaya değer. (Zeitschrift für Familienrecht, 1991, 913 ve 1121)

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

Şimdi yapılacak iş, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanacak olan TC Anayasasının eşitlik ilkesi, çocuğun kişiliğini oluşturup geliştirme hakkı, ana babadan ayrılmama hakkı ve ana babanın hakları karşısında, MK 336/37 kurallarının Anayasaya aykırılığını defi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşımaktır. *Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet, 2004*, s. 229 i.s.'de MK 337 *kuralının boşluk doldurma yoluyla da aşılabileceği görüşündedir.*

***

13) Ana babanın çocuğun kişi varlığı üstündeki geniş kapsamlı yetkileri bizde ne yazık ki doğru dürüst sınırlanmış değildir. Velayet konusundaki ataerkil, otoriter anlayıştan da cesaret alan veliler çocuğun temel anayasal haklarını gereği gibi kullanmasına set çekerler uygulamada. Çocuğun onuru ve kişilik hakları, düşünce, örgütlenme ve inanç özgürlükleri bir türlü tanınmaz.

Bilindiği gibi, ölçülülük ilkesi, asıl ağırlığını kamu hukukunda duyuran bir ilkedir. Bu ilke kamusal yönetimin, hukuka uygun sayılabilecek bir amaca ulaşabilmek için, sahip olduğu araçlardan (önlemlerden) en az sakıncalısını seçmesi, başka bir deyişle, göze alınan sakıncanın, ulaşılması amaçlanmış sonuç açısından kaçınılmaz son çareyi oluşturması gereğini dile getirir.

İşte, çocuğun telefon konuşmalarının dinlenip dinlenemeyeceği, mektuplarının açılıp açılamayacağı, çantasının aranıp aranamayacağı, okuyacak-

larına ve yazacaklarına karışılıp karışılamayacağı, toplantılara ve eğlencelere, sportif etkinliklere katılmasının engellenip engellenemeyeceği, yakınlarıyla ve yabancılarla ilişki kurmasının yasaklanıp yasaklanamayacağı, hep seçilen araçla amaç arasındaki ölçülü ilişkiyi (dengeyi) kollayan bu "ölçülülük ilkesi" gözlüğünden bakılarak belirlenir.

Yasaların ancak belirli bir yaştan sonra kullanılabilmesini öngördüğü nitelikli, özel temel haklar (özellikle siyasal örgütlenme, seçme ve seçilme hakları ile silah ve taşıt aracı kullanma özgürlükleri) ayrıdır ve saklıdır. Bu yaş sınırlamalarında, aynen işlem ehliyeti sınırlamalarında olduğu gibi, ölçülülük ilkesine uygunluk vardır.

Çocuğun inanç özgürlüğünü ancak erginlikle kazanabilmesi (MK 341 III) bu açıdan ölçüsüz bir temel hak sınırlamasıdır. Kaynak İsviçre yasasında ve başka ülkelerde genel olarak erginlik öncesinde, daha on altı yaşında, hatta daha küçük yaşlarda (Almanya'da on dört yaşında) yararlanılır din ve vicdan özgürlüğünden. Din dersini izlememe kararını o yaşa kadar ana baba verirken, bu yaştan sonra bizzat çocuk verir. 1982 Anayasası'yla, (m. 24 II 2), orta öğretimde din derslerinin zorunlu kılınması ise, yalnız çocuğun inanç özgürlüğünü sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda ana babanın velayet hakkını da adamakıllı sınırlar. Üstelik laiklik ilkesiyle bağdaştırılması da zordur bu düzenlemenin.

Velayetin küçüğün kişi varlığı ile ilgili olarak sağladığı yetkilerin bir sınırı da küçüğün katılım hakkından çıkar. Gerçi ana baba, çocuklarının kişi varlığı, özellikle eğitimi ile ilgili kararlarını verirken, bu çocukların yeteneklerini ve eğilimlerini gözönünde tutmak zorundadırlar. (MK 340) Ama yetmez bu. Aslında ana baba, çocuğun geleceği açısından yaşamsal önem taşıyan konularda, hiç değilse belirli bir olgunluğa erişmiş olan çocuğun görüşlerini de dikkate almalıdırlar. Bu katılım (partisipasyon) gereği MK 339 III kuralında öngörülmüştür.

Vasiyetname düzenleyerek tüm malvarlığını kazandırabilecek bir yaşa (MK 502 uyarınca on beş yaşına) gelmiş bir çocuğa kişiliğini yakından ilgilendiren önemli işlerde, özellikle velinin ve vasinin seçilmesinde, hısımlarla kişisel ilişkilerin düzenlenmesinde, ana babanın ad değiştirmesinde, öğretim sözleşmelerinin kurulmasında, hiç değilse görüşünü bildirme olanağı vermek, yalnız demokratik katılım anlayışının bir gereği olmakla kalmaz, aynı zamanda, velayetle izlenen temel amacın, yani çocuğa bağımsız kişilik kazandırma amacının da bir gereği olur. Bunu sağlamanın yolu, evvelce de belirtildiği gibi, yargıcın "re'sen araştırma" ilkesinin kendisine verdiği olanakları sonuna kadar kullanmasından geçer. Neyse ki yeni MK'da da bu tablo çocuk yararına bir nebze değişmiştir. (m.339 III)

Hele küçüğün kişi varlığıyla daha da yakından ilgili işlerde ve işlemlerde onun görüşünü almakla (partisipasyonla) yetinmeyip, doğrudan doğruya onun olurunu da (işbirliğini de) sağlamak yerinde olur. (Kooperasyon) Nitekim yasa da, nişanlanma, evlenme, evlatlık olma, yargısal erginliği talep gibi kişiye sıkı biçimde bağlı hakların kullanılmasında küçüğü yalnız iç ilişkide görüş bildirmekle yetindirmeyip, dış ilişkide düpedüz söz sahibi yapmıştır. Ana babayla çocuğun işbirliği etmeleri zorunluluğunun çocuğun kişiliğini pek yakından ilgilendiren ciddi işler için, özellikle cerrahi müdahaleler için de geçerli olması gerekir. (Bk. örneğin rahim tahliyesi hakkında Nüfus Planlaması Hakkında K. m. 6)

***

14) Yeni MK'u kaleme alanların çocuk mallarından "yararlanma" (istifade veya intifa) deyimi yerine "kullanma" deyimini seçmekle çocuğu korumuş olduklarını sanmaları safdilliktir. Çünkü ana babanın İsviçre'den aynen aktarılmış olan "Nutzungsrecht"i aslında bizim bildiğimiz eski "istifade hakkı" ile (yoksa konu, yetki ve sorumluluk açılarından daha dar kapsamlı intifa ile değil) birebir örtüşmektedir. MK 354 i.s. kurallara göz atılırsa açıkça görülür bu olgu. Çocuğun malvarlığından sağlanan getiriye (temettüye, faize, kiraya) el konabilmesi ve bu getirinin harcanabilmesi anlamındaki yararlanma hakkı yeni yasada ne yazık ki salt "hakkaniyet" ölçütüyle sınırlanmıştır. (m. 355)

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

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

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

İlginçtir, bu kural yeni MK'da bir de bakım nafakası bağlamında MK 327 II'de yinelenir. İsviçre'de böyle bir gereksiz yinelemeye rastlanmaz. Üstelik MK 356 II' de zorunluluk sadece çocuk bakımındandır. Oysa eski MK'dan aktarılma MK 327 II'de zorunluluğun herhangi bir kişisel sınırı yoktur. Olağandışı herhangi bir neden çocuğun malvarlığının özüne el atmaya yeter. Çocuk açısından sakıncalıdır bu.

Vurgulanması gerekli asıl önemli nokta şudur: Eski ve yeni, yerli ve yabancı bu kurallar, aslında ana babanın yönetim ve temsil yetkisiyle ilgili olmayıp (bu yetki zaten sınırsızdır), sadece onların ayrıksı "olağanüstü yararlanım yetkisi" ile, açıkçası çocuğun malvarlığının özüne, çocuğun bakımı ve eğitimi için de olsa, aslında kendilerine düşen bir yüküm için el atma (Anzehrung, Angreifung) yetkisiyle ilgilidir.

Bu kuralların hiçbirisinde şu yersiz kaygıya ilişkin bir ipucu bulunmaz: Çocuğun malında tasarruf için mutlaka yargıç iznine gerek vardır! Aslında ne böyle bir kaygıya ne de böyle bir izne yer ve gerek vardır. Ana baba çocuğun mallarında serbestçe tasarruf edebilirler. Yalnız MK 345'in işleme özel bir kayyımın katılmasını öngören "menfaat çatışması" ayrığı kuşkusuz saklıdır. *(Bk. Yarg. 2 HD'nin 24.5.2002 tarihli ve 5872-6944 sayılı kararı; ayrıca bk. Özuğur, Velayet, Vesayet, Soybağı, s. 459.)*

***

15) Ana babanın çocukları adına ve hesabına kuramayacakları sakıncalı işlemler MK 449 kuralında, önemli tutarda bağışlamada bulunma, vakıf kurma ve kefil olma olarak sıralanmıştır. (Bu listeye BK 348 gereğince rekabet yasağı anlaşması oluşturma ve Organ K. 5 gereğince organ aktarımını taahhüt yasağını da eklemek gerekir.) Aslında vasi için öngörülmüş olan bu yasaklar MK 342 III/343 kurallarının kurduğu atıf köprüsünden geçirilerek veliye de aktarılır.

MK 449 kuralının ehliyetsizi koruma amacı güden yasak işlemler listesi yetersiz, bu yasağa aykırılığa bağladığı butlan yaptırımı da tutarsızdır. Düşünülsün ki bir hayır kurumuna yargıç izniyle bile olsa önemli tutarda bağışlamada bulunamayan veli, pekala, küçük çocuğunu ömür boyu borç altına sokabilecek, onu yıkıma götürebilecek uzun vadeli kredi anlaşmaları yapabilecek, ağır ayni teminatlar verebilecek, başta iş (hizmet) sözleşmeleri olmak üzere, başkaca uzun süreli bağlantılar kurabilecek, mirastan feragat edebilecek, mirası kabul edebilecek ya da reddedebilecek, arsa satıp inşaat yaptırabilecek, ortaklık (şirket) kurup dağıtabilecek, dava açıp, bu davayı feragat, kabul ve sulh beyanlarıyla sonuçlandırabilecektir. Aslında, çocuk için sakıncalı olabilecek bütün bu işlemlerde, temsil yetkisi sınırlamaları bağlamında, yetkisiz temsil konusundaki hukuksal kıyas önerilerine ve özellikle kayyım atama zorunluluğuna dört elle sarılıp sahip çıkmak gerekir. Öyle ki veli küçüğün malını bağışlamak şöyle dursun, kayyımın aracılığı olmaksızın satamasın da. Yargıtay'ın ana babanın çocuğu temsilen verdikleri vekaleti çocuğun erginliğiyle sınırlaması çok anlamlıdır. Bu tutum Alman hukukunda çocuğun sahip olduğu malvarlığını onun erginliği ötesinde borçlandırılmasını anayasal kişilik hakkına aykırı bulan yaklaşımı anımsatır. F. Almanya'da 1.7.1998'den beri yürürlükteki yasal düzenlemeye göre küçüğün erginlik sonrasına da yaygın biçimde borçlandırılması halinde küçük çocuk bu borçlanmadan ötürü salt on sekiz yaşında sahip olduğu malvarlığıyla sınırlı olarak sorumlu tutulur. (§ 1629a BGB)

Bizde şimdilik çocuğu sakıncalı işlemlere karşı korumanın yolu, a) velinin temsil yetkisini MK 342 I kuralından yararlanarak sınırlı tutmaktan ve buna bağlı olarak "yetkisiz temsil" (BK 38/39) kurallarını işletmekten ve b) ana babayla çocuk arasında çıkar çatışmasını (Interessenkollision) ana babayla çocuk arasındaki işlemlerin ötesinde, elden geldiğince geniş kapsamda varsayıp, bu çıkar çatışmasında kararı kayyıma bırakmaktan geçer. (Krş. MK 345/426 b. 2)

MK 449'un yasak işlemlere ilişkin kuralının yetersizliğinden söz açılmışken, bu kuralın bir başka aksaklığına daha değinmek, onun yaptırımındaki ölçüsüzlüğünü eleştirmek de gerekir. Bu kurala göre yetersiz yasak işlemler listesinde yer alan işlemlerin her nasılsa gerçekleştirilmesi halinde bu işlemlerin yargıcın zorunlu görülecek icazetine kadar askıda hükümsüz sayılacak yerde, daha baştan kesin hükümsüz sayılması da amacı aşmaktadır. Listenin kapsamı dar, ama yaptırımın dozu ölçüsüzdür.

***

SONSÖZ

Eleştirilerden ortaya çıkan toplu sonuç şudur: MK'un soybağı hukukuna ilişkin yeni düzenlemesinde bir dizi eksiklik ve aksaklık göze çarpmaktadır. Yasaların hazırlanmasında karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına gereken önem verilmeyince, bu çarpıklığın ortaya çıkması da doğal karşılanmalıdır. Bu durumda çarpıklıkları düzeltmek, açık ve örtülü yasal boşluklarını doldurmak ve sorunları çözmek öğretiye ve uygulamaya kalmış gözükmektedir.

***