

# Çocuğun Hukuki Statüsü Hakkında\*

DOMINIQUE YOUF\*\*

İçinde bulunduğumuz dönem, çocuğun hukuki statüsü sorusunu tekrar tekrar ve ısrarla sormaktadır. Reşitliğin 1974'te on sekiz yaş olarak kabulünden sonra, çocuğun hukuki statüsü bütüncüllüğünü ve tutarlılığını nihayet bulmuş gibiydi. O zamanlar, çocuğun hukuki statüsü, amacı henüz yetişkinliğe erişmemiş, eksiklik ve kırılganlıkla vasıflanmış *hukuk kişisini* yani *küçüğü* korumak olan hukuki *ehliyetsizlik ve sorumsuzluk* rejimi ile çerçeveslenmişti. Bu bütüncüllük ve tutarlılık bugün krizde. Bir kez daha çok sayıda ve hatta çelişkili çocukluk anlayışımız var. Bir yandan çocuğu, kırılğan, savunmasız ve olası yetişkin şiddetine (pedofil, ensest, kötü muamele) karşı korunması gereken, bu doğrultuda da devletin çocuğu korumak için yetkilerini pekiştirmesi gereken bir varlık olarak görüyoruz. İşte bu yaklaşım biçimi, küçüklere yönelik cinsel suç ve cürümleri bastırma sistemini kuvvetlendiren ve aynı zamanda bu çocukların sosyal ve hukuki yönden korunmasını güçlendiren 17 Haziran 1998 tarihli Kanunun sahip olduğu anlayışla örtüşmektedir. Öte yandan reşit olmayan küçük, bir genç olarak algılanır; temel haklardan faydalanmasının yanı sıra, işleyeceği suçlara karşı da daha sert yaptırımlar gerekli görülür. Burada, cezai ehliyet yaşının düşürülmesini talep eden İçişleri Bakanı Jean-Pierre Chevènement ile buna karşı çıkan Adalet Bakanı Élisabeth Guigou arasındaki münakaşayı hatırlatmaya gerek yok. Böylece bir yandan çocuğun kırılğanlığı ve hassaslığı önem kazanırken, diğer yandan olgunluğu ve tehlikeliliği olduğundan çok görülerek abartılmaktadır. Çocuklar için hukuki küçüklük rejiminin sonu mu geliyor? Bu yok olma arzu edilir mi? Bu durum, çocukluk algımızın başkalaşımına işaret değil mi?

\* *Le Débat Dergisi*'nin 1999/4, 106 sayısında 67-82 sayfaları arasında yayınlanan "Sur le statut juridique de l'enfant" isimli makale, *Le Débat Dergisi*'nden 12.08.2019 tarihinde *Çocuk ve Medeniyet Dergisi*'nce alınan izin ile Burak Durmuş tarafından çevrilerek yayınlanmaktadır. Metin içerisinde az sayıda da olsa parantez içerisinde verilen ifadeler metnin anlaşılmasını kolaylaştırmak için çevirmen tarafından eklenmiştir. Dominique Youf, "Sur le statut juridique de l'enfant", *Le Débat* 1999/4 (n° 106), p. 67-82. DOI 10.3917/deba.106.0067.

Bu soruları cevaplamak için önce çocuğun hukuki statüsünü oluşturan ergin olmama, yani küçüklük kavramına bakmak gerekir. Felsefi kökeni Aydınlanma ve Fransız Devrimine kadar uzanır, ancak pratik sonuçları yalnızca yüzyılın ikinci yarısında, çocuğa özgülenmiş sahici bir özgün hukukun oluşturulmasıyla ortaya çıkmıştır. Halbuki, bugün krizde olan tam da bu hakkın düşünsel mimarisidir.

## Hukuki Küçüklük ve Modern Dönem

“Çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”. Fransa’nın 1990’da onayladığı Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde verilen tanım bu şekildedir. Çocukluk, yaşça küçüklüğe göre tanımlanır. Halbuki bu tanım nispeten yenidir; Aydınlanma felsefesine ve bunun ilkelerini uygulayan Fransız Devrimine kadar uzanır. Küçüklüğün modern anlayışı, yaşam gayelerini gerçekleştirmeleri konusunda, kendilerinin de gelişimine hiç değilse dolaylı olarak temsilcilerinin meclise seçilmesi yoluyla katıldıkları yasalara saygı göstermeleri şartıyla, tüm insanların eşit ve özgür oldukları felsefesine dayanmaktadır. Bu bireyci felsefe, zeki, iradeli, bilinçli ve kendine karşı dürüst bir insan fikrine dayanır. Hayatlarını kendi çıkarlarını gözeterek ve yasalara uygun olarak idame ettirebilmeleri beklenen tüm yetişkin insanlar, birer hukuk öznesi olarak kabul edilmektedir. Bu sayede, sözleşme yapabilme, kendini ifade etme, mülklerini kullanma ve satma gibi insan haklarından istifade edebilirler.

Fransız Devriminden itibaren hukukumuzun dayanmayı sürdürdüğü bu felsefe, bir şekilde eski hukuktan koşturdu. Modern hukuk, bireyci bir felsefeye dayanırken, eski hukuk bağlamsal ve bütünseldi, sadece *pater familias*’ın, yani aile babasının, hukuk öznesi olduğu hiyerarşik bir toplum anlayışına dayanıyordu. Eş, tıpkı çocuğun babasının ölümüne kadar onun vesayeti altında kaldığı gibi, kocanın izni olmadan hareket edemezdi. Babanın bu gücü, babanın ailede hükümdarın temsilcisi olduğu hiyerarşik toplum anlayışıyla bağdaşırıyordu. Bu nedenle küçüklük olgunlaşmamaya bağlı değildi çünkü kadınlar ve yetişkin çocuklar da benzer durumdaydı, olgunlaşmama hali toplumsal düzenin kriterlerine göre şekilleniyordu.

Evrensel özgürlük ve eşitliği ilan eden ve hükümdarı tahtından eden Devrim, ailelerdeki temsilcisinin, bir başka deyişle ailenin babasının gücünü olduğu gibi bırakamazdı. Ailelerde eşitlik sağlandı, çocuklar yirmi bir yaşında reşitliğe, bağımsızlığa eriştirildi. Böylece yasalara saygı çerçevesinde, kendi hayat projelerini gerçekleştirmek için yeterli bir sebebe sahip oldukları varsayıldı. Önceden birçok anlamda düşünülen çocukluk, “küçüklük, yani birinin, aklını bir başkasının yönlendirmesi olmadan

kullanamaması”<sup>1</sup> anlayışıyla birleşmiş bir kavram oldu. Önceden çocuk kelimesi, yaşına bakılmaksızın *infans*’ı (bebeği), *puer*’i (çocuğu) veya *puber*’i (ergenli), hatta yaşından bağımsız olarak oğul veya kızı temsil edebilirken, şimdi, yaşça küçükleri bir araya toplamaktadır: Devrimin sonunda yirmi bir, 1974’ten bu yana ise on sekiz yaş.

Çocuk aynı zamanda, tam olmamış, zayıf, yetersiz görülerek doğuştan haklarını kullanamayan varlık olarak olumsuz bir tanıma tabi tutulmuştur. Çocuk insan haklarına sahipse, derhal kullanma yetkisine sahip olamaz, yasal açıdan *yetersiz*, *ehliyetsiz* ve *sorumsuz* bir konuma sahiptir. *Ayrı etme gücündeki* eksikliğinden dolayı, küçüğün herhangi bir işlemi, kendi çıkarlarına uygun davranamayacağı varsayıldığı sürece, yasal olarak geçersiz sayılır. Benzer şekilde, Fransız Medeni Kanunu’nun 1384. maddesinde öngörüldüğü gibi, davranışlarından dolayı medeni hukuk bakımından sorumlu tutulamaz. Çocuk suçluluğuna ilişkin 2 Şubat 1945 tarihli Kanun Hükmünde Kararname’den beri, bu kararnamenin gerekçesinde ve Yargıtay’ın içtihadında belirtildiği gibi, çocuk cezai sorumsuzluk çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yalnızca koruma, yardım, izlenme, eğitim veya ıslah tedbirlerine konu olabilir. Çocuk mahkemeleri, yalnızca istisnai olarak ve on üç yaşından büyük çocuklar için cezaya hükmedebilir.

Küçük, hukuk kişisi olarak kabul edilmekte ve kendine özgü haklara sahipse de bunları hemen kullanamaz. Hukuk öznesi değildir. Özne ve kişi hukuki kavramları, yetişkin için örtüşse ve eş anlamlı olsalar da, çocuklarda ayrışır. Aslında, fark, fiilin/hareketin öznedeki her zaman var olmasında, kişide ise olmamasında yatmaktadır. Bu, gerekli akli melekeler ve iradeye sahip olmayan çocuk ve kısıtlı yetişkinin hukuk öznesi gibi kendi menfaatlerine göre ve yasaya uygun hareket etme iddiası için geçerlidir. Yeterli mantığa sahip olmayan küçük, ebeveynleri tarafından temsil edilir. Küçüklük hakkında düşünen ilk filozoflardan biri olan John Locke’un formülüne göre, ebeveynler çocuğun eksik olan mantığıdır. Bu, onların her kararı kendi menfaatlerine değil, çocuğun *yüksek yararına* dayanarak vermeleri gerektiği anlamına gelir. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 18. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere: “Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğu yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler”.

Ebeveynler çocuklarını büyütme hakkına sahipse, bu yalnızca çocuklarına karşı görevlerini yerine getirmeleri şartıyla olabilir ve bunlar da çocuk için

1 Kant’ın “Aydınlanma nedir?” adlı eserindeki tanıma göre.

hak teşkil eden görevlerdir. Ebeveyn otoritesinin, çocuğun korunma, sağlık, ahlak ve eğitim haklarını sağlamaktan başka bir amacı olamaz. Bu açıkça Medeni Kanun'un 371-2. maddesinde belirtilmiştir. Ebeveynler, çocukların edilgen olduğu objektif çocuk haklarının ilk güvencesidir. Ancak ebeveynler çocuklarına karşı görevlerini yerine getirmezse, hukuk devletinin çocukların temel haklarını güvence altına alma yükümlülüğü vardır. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 19. maddesinde ifade edilen bu durum<sup>2</sup>, “reşit olmayan küçüğün sağlığı, güvenliği veya ahlakı tehlikede ise veya eğer eğitim koşulları ciddi şekilde tehlikeye altında ise” hakime müdahale etme imkanı tanıyan Fransız Medeni Kanunu'nun 375 ve devamı maddeleri uygulamasına tekabül etmektedir.

Küçüklük, çocuğu sadece negatif bir şekilde tanımlayarak ona ehliyetsizlik ve sorumsuzluk statüsü vermez, çocuğa pozitif haklar da tanır. Çocuğun kırılğan olma özelliği ile bağlantılı olan bu haklar, onu bir hukuk öznesi olarak değil, bir hukuk nesnesi olarak görmektedir. Çocuk, çocuk hakimine başvurarak haklarını bizzat kendisi savunabilen kişi değildir, bunu yapabilen çocuğun haklarının korunmasından sorumlu olan koruyucu devlettir. Bundan dolayı, sosyal devletin doğuşundan ve gelişmesinden önce çocuğun gerçek haklarından bahsetmek mümkün değildir.

## Sosyal Devlet ve Çocukluğun Korunması

Çocuk haklarının felsefi koşulları, XVIII. yüzyılın sonundan itibaren ortaya çıksa da, hayata geçirilmesi ancak sosyal devletin doğuşuyla sağlanabilmiştir. Bu gecikmenin biri tarihsel diğeri ideolojik iki nedeni vardır.

Fransız Devrimi, bireyleri sınıflandırmalardan ve Eski Rejimim toplumsal hiyerarşik düzeninden ayırmakla kalmamış, Terör Dönemi'nin son kertesinde devletin yalnızca kamusal alana sahip olmakla yetinmeyip aynı zamanda özel hayatın da sahibi olmayı arzuladığı yeni bir siyasi zorbalık anlayışı da ortaya çıkmıştı. İnsanların birbirlerine bağımlılıklarının ortadan kalkmasından sonra bireyci toplumun ortaya çıkması bireyleri tecride sevk etmiş gibiydi ve bu durum iki risk barındırıyordu: Yeni devrimler ve vasi devletin yeniden canlanması. Napolyon Medeni Kanunu'nun aile

2 “Bu Sözleşme'ye taraf devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmal-kâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.”

reisinin eşi ve çocukları üzerindeki yetkilerini geri kazandırmasının nedeni budur. Eşitsizliğe dayalı ev halkı, değişmezliği nedeniyle, toplumsal uyum ve özgürlüğün garantisi gibi görünüyordu. Benjamin Constant, “Toplum bireylerin haklarına saygı göstermelidir ve bu haklara babaların çocukları üzerindeki hakları da dahildir” diyordu. Devletin özel alana müdahale etme adına hiçbir meşruiyeti yoktu. Kamusal alan ve özel yaşam arasındaki ayırım, Modernler için özgürlüğün şartlarından biriydi. Sonuç olarak, baba ev halkının tek yöneticisi idi ve hiçbir durumda Devletin bu alana müdahalesi kabul edilemezdi.

Yine de, eşit bireylerden oluşan toplum ile baba figürünün baskın olduğu eşit olmayanlardan oluşan aileler arasındaki bu denge aldatıcıydı. Üçüncü Cumhuriyet bunu deneyimleyecekti. Temel eğitiminin zorunluluğu sorusu sorulmadan oy hakkı kazanma kabiliyetine sahip bir vatandaş topluluğu nasıl mümkün olabilir? Tüm çocuklar eğitim almadan, yaşam projelerini yasalara uygun biçimde özgürce yürütebilecek sorumluluk sahibi bireyler toplumu fikri mümkün müdür? Halbuki, çocuklara eğitim verilme zorunluluğu, çocuklarını tarlaya veya fabrikaya gönderme özgürlüğü sınırlanan babanın haklarının ihlal edilmesiydi. Peki, ebeveynlerin çocuğun sağlık ve güvenlik haklarını ihlal edebildiği bir yerde eşit bireyler toplumu mümkün müdür?

Üçüncü Cumhuriyet zorunlu eğitimi mümkün kılarsa da, çocukların güvenlik hakkı tam olarak sağlanamadı. 1889’daki babanın mutlak velayetinin elinden alınabilmesine imkan tanıyan yasa ve 1898’deki çocuklara yönelik şiddet eylemlerinin durdurulmasına yönelik yasa tam anlamıyla bir başarısızlıktır. Bu yasalara ilham veren hukuk felsefesi sorumlu bir özne fikrine dayandığı için çocuğun korunması sağlanamamıştır. Devlet, çocukları ebeveynlerinin kötü muamelesinden sadece ağır kusurlu olmaları halinde koruma hakkına sahipti. Ayrıca, ebeveynlerin çocuklarının sağlık, güvenlik, ahlak ve eğitim haklarını sağlamaya yetecek maddi imkânları bulunmaması nasıl velayetin onlardan alınması için gerekçe olabilir? Bunlar, savaş sonrası dönemde sosyal devletin ilgilendiği iki sorundur.

Temel bir metin olan 23 Aralık 1958 tarihli Kanun Hükmünde Kararname çocuğun esaslı bir hukukunun ortaya çıkmasını sembolize eder ve somutlaştırır. 1970’te kısmen değiştirilen bu metin, çocuk koruma alanını tanzim etmeye devam etmektedir. Bu metin, bir çocuk tehlikede olduğunda, çocuk hakiminin hangi koşullarda müdahale edebileceğini belirler. Daha önce çocuğun ailesinde korunması ancak ebeveynlerin ya da çocuğun bir kusurunu ispat şartıyla mümkünken, yasama organının dehası sayesinde bu sorumlu özne paradigmasından çıkıldı. Artık, ne çocuklarına karşı görevlerini yerine getirmeyen ana-babanın ebeveyn haklarının ellerinden

alınarak cezalandırılması ne de başıboş veya itaatsiz çocuk üzerinde ebeveynlerin tedip hakkı gereğince cezalandırılması söz konusu değildi. Bundan böyle, bir eğitici yardım aracılığıyla ebeveynlere yardım ve tavsiye, çocuğa eğitim sağlanacaktı. Çocukların sağlığı, güvenliği, ahlaki veya eğitimi tehlikede olduğunda, çocuk hakimi çocuğun aile ortamında kalmaya devam ederek alacağı bir eğitici yardım tedbirine veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilecekti. Hakimin bu kararları alırken ailenin de onayını alması gerekecekti.

Bu paradigmatik kırılma, sosyal devletin temel gereklilikleriyle mümkün olmuştur. Liberal devlet, kendisi için şeffaf olan sorumlu özne fikrine dayanıyordu. Sosyal devlet bu fikri tamamen reddetmez ancak bunu, yalnızca uygun bir sosyal politika bireylerin sorumlu bireyler haline gelmesine yardım ederse, ulaşılabilecek bir ideal olarak kabul eder. Cumhuriyetçilere göre, hiç kimsenin zorunlu eğitime tabi olmadan yasalara uyumlu yaşam projelerini özgürce hayata geçirebilmeleri mümkün değildir; sosyal devlet, böylesine bireyci-eşitlikçi bir toplumun ancak bunu destekleyecek sosyal ve halk sağlığı politikalarının varlığı halinde mümkün olabileceğini düşünmektedir. 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi de bu açıdan okunmalıdır. Yoksul ebeveynlerine sosyal yardım yapılmayan çocuğun ailesi ile birlikte yaşama hakkı var denilemez; anne ve çocuk sağlığı hizmetleri olmadan, sosyal güvenlik hizmetleri olmadan çocuğun sağlık hakkı var denilemez; çocuğu terk, ihmal ve istismardan koruyan sosyal ve yargısal hizmetler olmadan hiçbir çocuğun güvenlik hakkı var denilemez.

1970 yılında değiştirilen 1958 Çocuk Koruma Kanun Hükmünde Kararnamesi, çocuğun haklarının hukuka girmesini mükemmel bir şekilde sembolize ediyor çünkü klasik liberalizme özgü sorumlu özne paradigmasından kopuşu içinde barındırmaktadır. Bu yeni durum, kusur fikrini reddeder ve bunun yerine sosyal devlete işaret eden ve onlarsız çocukların yargısal korunmasının mümkün olmayacağı bir sağlık ve sosyal hizmetler alanına dayanan eğitici yardım anlayışını ortaya koyar. Gerçekten de, eğer çocuk hukukunun, çocuk haklarına ve *mediko-sosyal* bir anlayışa dayandığını unutursak çocukların yargısal korunmasının yaşadığı krizi anlayamayız.

Çocuk hukukunu başlatan ve çocuk suçluluğu konusunu düzenleyen 2 Şubat 1945 tarihli Kanun Hükmünde Kararname bunun bir örneğidir. Klasik ceza hukuku, akıl ve iradeyle cürüm veya suç işlemiş olduğu varsayılan kişilere yönelik olsa da, 1945 Kararnamesi 18 yaşından küçükleri bu mantığın dışına çıkarmaktadır. Bu bakımdan, Başbakan'a sunulan çocuk suçluluğuna ilişkin raporu hazırlayan Jean-Pierre Balduyck ile Christine

Lazerges'in düşüncelerine karşı çıkabiliriz<sup>3</sup>. Bunun için, küçüklerin cezai sorumsuzluğunu ifade eden bu kararnamenin gerekçelerini okumak yeterlidir. Élisabeth Guigou tarafından da esinlenen, Christine Lazerges 'in savunduğunun<sup>4</sup> aksine, "zayıflatılmış" bir sorumluluk değil, tam bir sorumsuzluk söz konusudur. Yasama organı1945'te metnini şöyle sunuyor: "Şu andan itibaren, ceza kanunu kapsamında bir suçla suçlanan on sekiz yaşına kadar olan tüm çocuklar sadece çocuk mahkemelerine yönlendirilecektir. Bu çocuklar, aksi istisna ve ancak gerekçeli olmak kaydıyla, cezai sorumsuzluk kapsamında sadece koruma, eğitim veya ıslah tedbirlerinin konusu olabilirler. On üç yaşa kadar küçükler ile on sekiz yaşın altındakiler arasındaki ayırım, artık gerçek bir temele karşılık gelmeyen ayırt etme gücü kavramı gibi ortadan kalkar".

1945 Kararnamesi, çocuğun onu oluşturan kırılğanlık ve eksikliğe dayanarak cezai sorumluluk ilkesinden ayrılışını temellendirebilirdi ama Kararname daha fazlasını yaptı. Suçlu küçüklere karşı korunma ve eğitim zorunluluğunu öne sürmekle sınırlı kalmadı, dolaylı olarak yeni bir ceza felsefesi önerdi ve böylece bu kararname yenilenmiş bir ceza hukukunun öncüsü oldu. Gerçekten de, üzerinde durduğu felsefe "artık gerçek bir temele karşılık gelmeyen" akıl ve iradeye sahip sorumlu özneye atıfta bulunmamaktadır. "Ceza bilimi alanındaki gelişmelere" ve "psikolojik ve pedagojik olarak ortaya çıkan yeni kavramlara" atıfta bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu "beşeri bilimler", kendi kendine kalmış bir bireye değil, aksine toplumsal ve psikolojik koşullarla şekillenmiş bir bireye dayanır. Bundan sonra, sorumlu bir özneyi cezalandırmak yerine, ancak uygun tedaviyi uygulayabilmek için suçun sebeplerini ortaya çıkarmak ve gerekli tedaviyi uygulamak dışında bir çözüm düşünülemez.

Çocuk hakimi tarafından istenilen sosyal incelemenin ve kişilik incelemesinin temeli budur. Hakim mutlaka "zorunlu olarak [...] küçük hakkında, özellikle ailenin maddi ve ahlaki durumuna, çocuğun karakterine ve geçmişine ilişkin derinlemesine bir araştırma yapmalıdır; bunu bilmek oldukça önemlidir çünkü çocuğun yararına alınacak önlemleri belirleyecek olan ona isnat edilen maddi gerçeklerden çok, gerçek kişiliğidir". Ancak sosyal incelemenin ve tıbbi-psikolojik muayeneden doğan teşhisin sonrasında

3 *Réponses à la délinquance des mineurs. Rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation française, 1998. (Çocuk suçluluğuna cevaplar, Başbakan'a Rapor, 1998).

4 Christine Lazerges, "De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 ", *Revue de science criminelle*, janvier-mars 1995. (Küçüklerin cezai sorumsuzluğundan sorumluluğa geçiş veya 2 Şubat 1945 tarihli Kararname'nin 1. ve 2. maddelerinin yeniden okunması).

çocuk hakimi, genç suçlunun kişiliğine en uygun tedbiri belirleyebilir. 2 Şubat 1945 tarihli Kanun Hükmünde Kararname klasik ceza felsefesi yerine tıbbi modele dayanmaktadır. Kararname, modern tıp örneğinde olduğu gibi, patolojinin nedenlerini, tedavi için ön şart olan, klinik bir inceleme ile net bir şekilde teşhis ederek rahatsızlığa son vermeyi amaçlamaktadır. Çocuk hakimi aslında bir terapist değildir, ancak dolaylı olarak sosyal hizmet uzmanlarına, eğitimcilere, psikologlara ve psikiyatristlere dayanarak hem küçük suçluların kişiliğinin tespitini hem de eğitici tedbir sürecini takip eder. Bunun nedeni ise, çocuk ceza hukukunun, klasik ceza hukuku kurallarından muaf kalmasını sağlayan mediko-sosyal paradigmayı benimsemesidir. Aynı hakim küçüğün suçlu davranışlarını hem soruşturabiliyor ve hem de yargılayabiliyor; daha önce kendi karara bağladığı önlemleri değiştirebiliyor; bunlar, ceza vermek yerine küçüğün kişiliğini tanıyarak eğitim ve tedavi önlemlerini “çocuğun yararına” ve “onun gelişimine katkıda bulunabilmek için “ikame edilebileceğini bilmesindedir. İki ilke, çocuğun (genel ceza) hukuk kurallarından muaf tutulmasına izin verir: “Çocuğun iyiliği” ve kriminoloji bilimlerinde dayanak bulan “yeniden eğitim”. Çocuk hakiminin çocuğun yararını gözetme zorunluluğu ve bunun için mediko sosyal yöntemlere sahip olmasından dolayı yetişkinlerle ilgili (ceza yargılamasına dair) hakların güvence altına alınması meselesi küçükler için gereksizdir.

Böylece, 1945’te, kanun koyucu, bir taraftan çocuk hukukunu modern anlamda küçüklük anlayışı üzerine inşa etmeye başlarken, diğer taraftan “uyumsuzluk” sorunuyla başarılı bir şekilde mücadele edebilecek bir mediko-sosyal devlet fikri üzerine de kurdu. Çocuk suçluluğuna dair Kararname kabul edilir edilmez, bu metnin arkasındaki hakimler, psikiyatristler ve eğitimciler mediko sosyal modelin “uyumsuz çocukların” tümüne uygulanmasını talep ettiler. Bu sesler, sosyal devlet için belirleyici bir ana tekabül eden 1958 sonu, 1959 yılının başında duyuldu ve Beşinci Cumhuriyet’in ilk hükümeti hakimlerin tehlike altındaki çocuklara genişletilmesiyle yetinmeyerek, 1982’deki yerinden yönetim reformu ile il özel idarelerinin sorumluluğuna bırakılacak, kapsamlı bir çocuk koruma sistemi kurdu.

## **Konunun Geri Gelmesi ve Çocuk Hukukunun Krizi**

Gerçek bir çocuk hukukunu tesis eden bu çocuk koruma sistemi bugün krizdedir. Bu kriz, modern küçüklük anlayışının tükenmesinde ve mediko-sosyal modelin sınırlarında kendini gösterir. İlk belirtileri, çocuk koruma sisteminin inşası tamamlanmış gibi görüldüğü sırada ortaya çıktı. 1970’lerde insan haklarının yeniden canlanması ve çoğu batı ülkesinde pozitif hukukta daha çok yer bulması, bu bunalımın başlangıcını anlamaya



yardımcı olmaktadır. Modern bireyciliğin gelişiminin meyvesi olan bu yenilenme, aile hukukunda kocanın ve babanın ayrıcalıklarını kaybettiği ve karısına ve anneye eşit haklar verildiği bir dönüşümdür.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında kendini gösteren insan haklarının bu yeniden canlanması, Fransa’da ve diğer birçok gelişmiş ülkede uygulanan çocuk koruma sistemini tartışmaya açmıştır. İnsan hakları evrensel ve aile birimi için de geçerliyse, çocuğun bu hak eşitliğinin dışında bırakılmasının gerekçesi neydi, neden çocuk da eşit olamazdı, hukukun öznesi olamazdı? Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesi “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı” nı teyit ediyorsa, çocuğun yararına bile olsa sosyal devletin aileye müdahale etmesi nasıl meşrulaştırılabilir? Nitekim, sosyal model, çocuğun sağlık, güvenlik, ahlak ve eğitim haklarına etkili bir koruma sağlamasına karşın, çoğu Avrupa ülkesinde sosyal görevliler ve çocuk hakimlerine çocuğun yararı adına çocuğu kurumlara, koruyucu aile yanına yerleştirmeye ve hatta bazı ülkelerde ana-babasının rızasını almadan bir aileye evlat olarak verilebilmesini sağlayan büyük bir güç tanımıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla, Fransa’da çocuğun yargısal korunmasının bazı yönlerinin eskimişliğini sorgulamayı gerekli kılan bir takım ilkeleri öne sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özel hayata ve aile yaşamına saygı hakkını teminat altına alır. Bu hakka “bir kamu makamının müdahalesi ancak bu müdahalenin yasayla öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği [...] veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli” (madde 8/2) olmasına bağlıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocukların kuruma yerleştirilmesinin özel hayata ve aile hayatına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir. Sadece, böyle bir müdahalenin amacının çocuğun haklarını korumak olması durumunda meşru olduğunu söylemiştir. 1989 tarihli sözleşmeyi kabul etmeden önce bile, Avrupa yargısı aileye devlet müdahalesini, artık kamu düzenine değil, çocuk haklarına bağlamıştır. Ancak bu hakların varlığı, devletin ailenin yerini almasını haklı gösteremez. Çocuğun kuruma yerleştirilmesi ve ailesinden alınması ancak geçici olabilir. Bu tedbirlerin amacı, kamu makamlarının yardımlarından yararlanan ebeveynlerin çocuklarının haklarına riayet eder düzeye geldikleri anda çocukların ailelerinin yanına geri dönmesi olmalıdır. Çeşitli Avrupa ülkeleri, özel hayata ve aile yaşamına saygı hakkını “unutarak” çocuk koruma sistemi oluştururken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hakkı, 19. yüzyılın ataerkil aile reisi versiyonunu restore ederek değil, eşitlikçi kurallar belirleyerek yeniden canlandırmıştır. Çocuk dahil tüm aile üyelerinin hakları garanti altına alınmalıdır. Birçok ülke Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

tarafından mahkum edildi ve çocuk koruma hukuklarını Avrupa hukukuna uyarlamak için mevzuatlarını gözden geçirmek zorunda kaldı.

Fransa, detaylı değişikliklere rağmen, 1958 tarihli Çocuk Koruma Kanun Hükmünde Kararnamesi'nin temelini değiştirmede. 1970 Kanunu sadece küçük değişiklikler getirdi. Fransız mevzuatının, birçok Avrupa ülkesinden farklı olarak, çocuk hakimini çocuk koruma sisteminin merkezine yerleştirdiği ve böylece diğer ülkelerin yerel yönetim makamlarına geniş yetkiler vermesinin aksine vatandaşa yargısal teminatlar sağladığı doğrudur. Fransa'daki yargısal çocuk koruma sistemi, çocuk yararına dayanıyorsa da, Antoine Garapon'un<sup>5</sup> ifade ettiği gibi korumacı (paternalist) bir yargıya dayanır, ebeveynlerin haklarını ve çocuğun hukuk öznelliğini reddeder.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, "Sözleşme'nin 6/1 maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, davadaki her bir tarafın iddialarını mahkemeye sunmak için karşı taraftan kayda değer şekilde dezavantajlı kılmayan koşullar içerisinde makul bir imkana sahip olmasını gerektirir"<sup>6</sup>. Usul kurallarının ebeveynlerin çocuk hakimi tarafından dinlenmesine izin verdiği doğru olsa da, "silahların eşitliği" ve "çelişmeli/karşıtlılık" ilkelerinin garanti altına alındığı söylenemez. Nitekim kanun koyucunun zamanında çocuk korumayı suçlama ve savunma yargısından ve suçluluk mantığından çıkarıp destek, eğitici ve psikolojik yardım yargısına dönüştürme arzusu da buydu. Yargısal yüzleşmedense, çocuk hakimi, ebeveynler ve çocuklar arasında bir "korumacı (paternalist)" yüzleşmenin daha iyi olduğu düşünülüyordu.

Bununla birlikte, böyle bir adalet, büyük zorluk çeken çocuklara menfaat çatışmasının alevlenmesinden kaçınma imkanı sunsa da, ebeveynler veya çocuğun yargı kararına itiraz etme haklarını reddeder. Varlığı mümkün ancak son derece nadir bulunan avukatın yokluğu, ebeveynleri ve/veya çocuğu, avukatları olmadan erişemedikleri dosyaya ait bilgilere sahip olan sosyal çalışma görevlileri ve çocuk hakiminin karşısında yalnız bırakır. Fransız çocuk koruma mevzuatının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "çelişmeli adil yargılanma hakkı, bir tarafın karşı tarafın sunduğu iddia ve gözlemlerden haberdar edilmesini ve bunlar hakkında tartışabilme imkanı sunulmasını gerektirir"<sup>7</sup> yönündeki içtihatlarıyla çeliştiği söylenebilir.

5 Antoine Garapon, "Modèle garantiste et modèle paternaliste dans les systèmes de justice des mineurs", Actes, n° 66, avril 1989. (Küçüklere yönelik çocuk adalet sisteminde garantici ve ataerkil modeller).

6 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, n° 434 / 58, *Szwabowicz c. İsveç*, 30 Haziran 1959 tarihli karar.

7 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *McMickael c. Birleşik Krallık* kararı.

II. Dünya Savaşı sonrası dönemde inşa edilen çocuk hukukunu özel hayat ve aile yaşamına saygı hakkından çok çocuk haklarının kabulü ters yüz edecektir. İlk Çocuk Hakları Deklarasyonu, 1959'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edildi, ancak bu metin bağlayıcı olmayan ilkelerin bir ifadesiydi. Bu metin özellikle modern küçüklük düşüncesi ve sosyal devletin değerleri ile uyumluydu. Buna karşın, Birleşmiş Milletler'in 1989'da kabul ettiği ve 1990'da Fransa'nın da onayladığı Çocuk Hakları Sözleşmesi ile 1996'da imzalanan Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, farklı bir mantığa karşılık gelmektedir. New York Sözleşmesi'nin gücü, prensiplerin ilanından öteye geçerek, sözleşmeyi imzalayan devletleri maddelerde ifade edilen prensiplere uygun bir mevzuat hayata geçirmekle yükümlü kılmasıdır. Sözleşmeyi yönlendiren felsefe, çoğu gelişmiş ülkenin uyguladığı koruma sistemini sorgulanır hale getirmekte veya en azından bu sistemleri bir haklar felsefesi bağlamında yorumlamaya zorlamaktadır. Mediko-sosyal doktrin ve modern küçük anlayışı, çocuğun artık bir hukuk nesnesine indirgenemeyeceği hukuk öznesi olarak kurgulandığı bir haklar felsefesi ile değiştirilir. Daha önce sosyal koruma politikasının önemli bir parçası olarak yorumlanan, beşeri bilimler sayesinde çocuğun uyumsuzluğunu azaltması öngörülen çocuk koruma, bugün insan haklarının diliyle kodlanmaktadır.

Alexis de Tocqueville tarafından ifade edilen eşitlikçi dinamiğe göre, çocuğu kendimize eşit görmemek artık zordur. Çocuğun konumu belirlenmeden kadın nasıl kocasına eşit hale gelebilir? Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin güçlü biçimde ortaya koymuş olduğu mecburiyete göre çocuk da herkes gibi insan haklarına sahip olmalıdır. Böyle bir ifade, çocuğun fiziksel ve entelektüel yönden olgunluğa erişmemesinden dolayı haklarını kullanamayacağını öngören küçüklük ilkesini ciddi şekilde sarsmaktadır. Sözleşme'nin Fransız yazım ekibinden Jean-Pierre Rozencsveig, bu metnin gerçekleştirdiği paradigma değişimini şöyle ifade eder: "Çocuk her şeyden önce bir haklar öznesidir. Harekete geçmesini önlemek için büyük ve açık nedenler gerekmektedir: Ayırt etme gücü yoksunluğu, kamu düzeni veya başkalarının haklarının korunması. Bunlar dışında, kendi başına hareket etme ve girişimde bulunma ehliyeti küçük yaştaki çocuğa tanınmıştır. Çocuk kırılğan bir varlıktır ama tam anlamıyla bir insandır"<sup>8</sup>.

Halbuki Modernite, çocuğu kendisinden ve başkalarından korumak için ehliyetsiz ve sorumsuz bir kişi olarak görüyorken, Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuğun hukuk özneliğini tanımıştır. Ehliyetsizlik ve sorumsuzluk yerini

8 Jean-Pierre Rozencsveig, *Le Dispositif français de protection de l'enfance* (Fransız Çocuk Koruma Sistemi), Liège, Paris, 1996.

görünüşte bir ehliyet ve sorumluluğa bırakmıştır. Sözleşme'nin bu şekilde yorumlanması birçok maddesinin çocuğu bir hukuk nesnesi olarak tanımlamaya devam etmesi nedeniyle abartılıdır. Tam da “onun fiziksel ve entelektüel olgunluğunun olmaması”, onu eşitler topluluğundaki kadın gibi düşünmemizi imkansız kılmaktadır. Çocuk “doğumdan önce ve sonra özel korumaya ve özel bakıma, özellikle uygun hukuki korumaya, ihtiyaç duyar”; çocuğun kendine özgünlüğünü tanımlayan ve onu hukuk nesnesi olarak tanımlayan temel hakları şunlardır: Ebeveyninin yanında yaşama hakkı (madde 9), güvenlik ve koruma hakkı (madde 19), sağlık hakkı (madde 24) ve eğitim hakkı (madde 28).

Çocuk Hakları Sözleşmesi Fransa'da ciddi tartışmalara yol açan<sup>9</sup> bazı subjektif haklar da içermektedir. 12 ila 16 arasındaki maddeler görüş ve ifade haklarını, düşünce ve din özgürlüğünü, dernek kurma hakkını ve kişinin özel hayatına saygı hakkını ortaya koymaktadır. Çocuğun küçüklüğünden dolayı korunmasının ve subjektif haklarının aynı anda var olmasını nasıl ifade edebilirsiniz? Böylece Sözleşme, sorumluluk doğurmayan subjektif haklara sahip bireylerin ortaya çıkmasını arzulamış olmayacak mıdır?

## **Küçüklüğü Yeniden Düşünmek**

Çocuğun subjektif haklarının tanınması, modern küçüklük anlayışının zayıf yönlerini ortaya çıkarmaktadır. Modern küçüklük anlayışı, daha önce gördüğümüz gibi, çocuğu olumsuz bir tanımlamaya indirgemektedir. Çocuk, eksiklik ve yoksunlukla nitelendirilmektedir. Fiziksel olarak olgunlaşmamıştır, iradeden, akıldan yoksundur ve akla gelebilecek tek hukuki statüsü ehliyetsizlik ve sorumsuzluktur. Ancak bu olumsuz tanım hiçbir zaman tatmin edici olmamıştır. Çocuğun özneliği hiçbir zaman ortadan kaybolmadı, öyle ki hukuk, çocuk için cezai ve hukuki bir sorumluluğun varlığını tanımak zorunda kaldı. Bu bağlamda, 2 Şubat 1945 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'nin metninin ve gerekçelerinin, yargı kararlarının ve uygulamanın analizi oldukça kayda değerdir. İlginç olan, bugün doktrin tarafından yapılan yorumlar, 1945'teki kanun koyucunun niyetiyle tamamen çelişmektedir.

Daha önce gördüğümüz gibi, bu kanunun gerekçeleri muğlaklıktan uzaktır ve suçlu küçüğün sorumsuzluğu ilkesini açıkça ortaya koymaktadır. Yine de,

9 Özellikle şu metinlere bakınız: Alain Finkielkraut, “La nouvelle statue de Pavel Morozov ”, *Le Monde* du 9 janvier 1990 ; Irène Théry, “Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?”, *Esprit*, mars-avril 1992.

kanun koyucunun gerekçede kendi yazdığı kanun metninin izin verdiğiinden çok yorum yaptığı doğrudur. Sorumsuzluk ilkesi, aslında, kelimelerin bir anlamı varsa, suçlunun suçu için ceza çekmek zorunda olmadığı anlamına gelir; Ceza Kanunu 122-1. maddesine göre<sup>10</sup> delilik anındaki davranışlarda bulunan kişi de böyledir ancak o yargılanamaz da. Suçlu çocuğun durumu ise bu yönden farklıdır; deli gibi tanımlanmamıştır. Aksine, 1.maddede çocuğa yönelik bir öznellik tanınmaktadır: “Haklarında suç niteliğinde bir kabahat veya suç isnat edildiğinde, on sekiz yaşından küçük çocuklar normal mahkemelere yönlendirilemez ve yalnızca çocuk mahkemesi önünde hesap verebilir”. Halbuki, ne kadar özgün olursa olsun bir yargı mercii önünde yaptıklarından dolayı hesap verme ve daha da ötesi yaptıklarının cezasını çekebilme ihtimali belli bir öznellik gerektirir. Bir nesne, bir hayvan veya bir deli ise hiçbir şekilde hiçbir davranışından sorumlu olmaz.

Dolayısıyla, kanun koyucunun gerekçede yaptığı yorumlar kararname metnine aykırı görünmektedir. Sadece yargılanabilir olma durumu bile sorumsuzluk fikrini çürütmektedir. Kararnamenin metnine göre, her “küçük” kişi cezai olarak sorumludur, çünkü mahkeme önünde eylemlerinden ötürü hesap vermesi gerekir. Bu çelişki, 1956’da suç işleyen altı yaşında bir çocuğun durumu ile karşı karşıya kalan Yargıtay tarafından çözülmüştür. Çocuk, çocuk mahkemesine mi gönderilmeli? Kararname, metninin söylediği ve gerekçesinin daha da ileri götürdüğü gibi, tüm çocuklar için sorumsuzluk ilkesini getiriyordu. Yargıtay tarafından bulunan çözüm ise şöyledir: “2 Şubat 1945 tarihli Kararname’nin 1. ve 2. maddeleri [...] uygun ıslah edici önlemleri almak için [...] küçükleri yargılayacak yetkili mahkemeleri belirler [...] genel hukuk ilkelerine uygun olarak, bu eylemi gerçekleştirdiği sabit olan “küçüğün” yapmış olduklarını idrak etmiş olması ve bunu istemiş olması gereklidir”. Keza Yargıtay’a göre “Laboube, küçük yaşından dolayı (suçun işlendiği tarihte altı yaşında), yeterli sebep olmadığı için, kendisine isnat edilen suçtan dolayı çocuk ceza mahkemesi önünde yargılanamaz”.

1945 kanun koyucusu, çocuğun cezai sorumsuzluğunu kabul ederek, çocuk ceza hukukunu modern küçüklük anlayışıyla örtüştürdüğünü düşünmüştü. Kararnamenin metni ve yargı kararlarına bakıldığında, çocuğun özneliğini bastırmanın ne kadar zor olduğu görülmüştür. Zamana görelilik bakımından, en azından yedi yaşına girdiği andan itibaren, “irade ve akıl” dan yoksun değildir. Çocuk mahkemeleri de suçlu çocuklara sorumluluk ilkesini uygulamaktan çekinmemiştir. Kararname’nin 2. maddesi on üç yaşından küçük çocuklar için cezai mahkumiyetlerin istisnai niteliğini ifade etmesine

10 “Olay sırasında ayırt etme gücünü veya hareketlerinin kontrolünü kaybettiren ruhsal veya nöro psikiyatrik sorun yaşayan kişininin cezai sorumluluğu yoktur”.

karşın, karar incelemeleri mahkeme tarafından verilen eğitici tedbir kararları ile ceza kararlarının neredeyse eşit olduğunu göstermektedir.

Bununla birlikte, reşit olmayan çocuklar aleyhine verilen cezaların sayısının artması “küçüğün” bir hukuk öznesi olduğu şeklinde yorumlanabilirse de, çocukluğun inkarı anlamına da gelmektedir. Dahası, çocuk suçluluğuna ilişkin kararnamenin genel hukuk kurallarına, yargı organlarının ayrılması ilkesi gibi, farklılıklar getirmesi eğitici tedbir kararları verilmesini mecbur kılmak ve ceza kararı vermeye sadece istisnai durumlarda başvurulması içindir. Bu mecburiyet uygulanmadığında, suçu işlediği iddia edilen genç hakkında soruşturma dosyasını oluşturan ve onu yargılayan hakim in aynı hakim olup olmaması, çocuk koruma hakimi olup olmaması önem kazanır: Çünkü genç suçlu yetişkinlere verilen hukuki güvencelerden dahi yoksundur. Nitekim, Francis Bailleau’nun gösterdiği gibi<sup>11</sup>, çocuk mahkemelerine başkanlık eden çocuk hakimleri, çocuğun işlemiş olduğu davranışını veya eğitim tedbiri uygulanması sırasındaki davranışını değil çocuğu cezalandırma eğilimindedir. Ayrıca, Catherine Lazerges ve Jean-Pierre Balduyck’un yaptığı gibi, 1945’deki kararnamenin küçüklerin cezai sorumluluğunu onayladığını ifade etmek ancak hapis ve mahkumiyet sayılarını artırabilir. Gençliğin Yargısal Korunması birimindeki eğitimcilerin sayısının arttırılması, eğilimi tersine çevirmeyecektir. Artık uygulanmayan bir metne tutunmak yerine, “küçüklüğü” düşünerek çocuk hukukunu yeniden düşünmeye cesaret etmelidir, aksi takdirde eğitici tedbirler ortadan kalkacak ve ceza mahkumiyeti çocuk suçluluğu bakımından kural olacaktır.

Küçüklüğün hukuki statüsü korunmalıdır. Ortak yönleri irade ve akıldan yoksunluk değil, korunmaya ve eğitime ihtiyaç duyma olan on sekiz yaşın altındaki tüm çocukları ve ergenleri kapsmalıdır. Toplum, on sekiz yaşın altındaki her çocuğu, her genci (ergeni), kendi kendinden ve başkalarından, korunması gereken olarak görmelidir. Çocuk ve genç, yetişkinliğe erişebilmek için eğitime ihtiyaç duyan müstakbel yetişkinlerdir. Ancak “küçüklük” tekipleştirilmemelidir; yeni doğan ve ergen arasında bir dünya var.

Çocuğu subjektif hak sahibi gören ideologların ve onları küçümseyenlerin ortak yanılığısı, çocukluğun küçüklük ile tanımlanmasının bir fikir değil, tarihi ve hukuki bir inşa olduğunu unutmaktır. Bununla birlikte, modern küçüklük anlayışı, çocukluğu olumsuz tanıma indirgeyerek sınırlamaktadır. Bu yaşam çağının iki özelliği vurgulanmalıdır: Zamana göreliği (zamansallığı) ve özneliği.

11 Francis Bailleau, Les Jeunes face à la justice pénale (ceza yargısı karşısındaki gençler), Paris, Syros, 1996.

Çocukluk özneliktir; Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin başarısı bu anlayışı onaylayarak çocuğun olumsuz tanımından kopmasıdır. Sözleşme bunu yaparak, insan hakları felsefesinin eşitlikçi dinamikleri ile ilgili tüm sonuçları benimsemiş oldu. Ayrıca, çocuğun hissetme ve anlama yeteneğini, ehliyetini vurgulayan psikoloji ve psikanaliz keşiflerine de eğildi, onlardan faydalandı. Ancak, bu beşeri bilimlerin ortaya çıkardığı şey, çocuk hakları ideologlarının savunduğunun aksine çocuğun yetişkinle aynı olmadığıdır; aslında ortaya çıkardıkları ile sadece parlak öncüleri Jean-Jacques Rousseau'nun sezgilerini tekrarlıyor ve geliştiriyorlar: “Çocuklukta kendine özgü olan görme, düşünme, hissetme yolları vardır; bizim kendi yetilerimizi onunkiler yerine ikame etmek istememiz mantıklı değildir”<sup>12</sup>.

Çocuk hakları ideologlarının ve karşıtlarının yanılıgı, ya çocuğun yetişkinlerle aynı yeti ve yeteneklere sahip olduğunu ya da ehliyetsiz olduğunu düşünmeleridir. Fakat çocuk her insan gibi hissetse ve düşünse de, yetişkinlerden farklı hisseder ve düşünür. “Her yaş, yaşamın her durumu, kendi kusursuzluğuna, kendi olgunluğuna sahiptir”<sup>13</sup>. Zamanımızın çocuklara dair imtihanı, bu farklılığı aynılık içinde düşünmektir. Çocuklukla ilişkimizi ve çocuk hukukumuzu tanzim etmesi gereken, aynılık ve ötekilik diyalektığıdir<sup>14</sup>. Şimdiye kadar ötekilik baskındı ama artık, çocuğun çocukluğunu unutturabilecek, aynılık hüküm sürmektedir. Çocukluğa ilişkin olarak aynılık ve ötekilik diyalektığını düşünmek; çocuğa özgü zamana göreliği, çocuğun gelişimini dikkate almak demektir. Çocukluk ve ergenlik mutlak öznellik değil, özneliğe doğru harekettir. Çocuğu olumsuz ya da olumlu tanımlarla düşünmekten ziyade, özneleşme süreci içinde düşünmek başarılıdır.

Çocukluğun bu zamana göreliğini, bu özneleşme hareketini hukuk karmaşık bir şekilde dikkate almaktadır. 2 Şubat 1945 tarihli Kanun Hükmündeki Kararname'ye yargı organlarının yaklaşımını ve çocuğun hukuki statüsüne dair Medeni Kanun'da yapılan çeşitli değişiklikleri bu noktadan okumak gerekir. Çocuk hukuku felsefesinin amacı, çocuğu Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinden muaf olacağı ve Medeni Kanun'un kendisine çok büyük sorumluluklar yüklemeyeceği biçimde düşünmeye çalışmaktır.

Çocuk ceza hukuku, 2 Şubat 1945 tarihli Kararname'yi kaleme alanların felsefesinin ötesine geçmelidir. Genel hükümlerden muaf olan çocuk

12 Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, Paris, Flammarion, 1966, s. 108.

13 *Ibid.*, s.203

14 Çevirmen Notu: Paragrafın başındaki ilk iki cümledeki izahatın gösterdiği üzere Aynılık, çocuğun yetişkinden hiç bir farkı olmaması; Ötekilik ise çocuğun yetişkinden farklı, kendine özgü olması biçiminde anlaşılabilir.

in özgün bir ceza hukuku oluşturma fikri yerindeydi. Kararname'nin zayıflığı ise, küçüğün sorumsuzluğuna ve evrensel nitelik kazanmasını umdukları bir mediko-sosyal düşünceye dayanmasıdır. Çocuk suçlulara ilişkin yeni mevzuat, cezai küçüklük ilkesini yeniden teyit etme cesaretine sahip olmalıdır. Yani 18 yaşın altındaki tüm gençler, zamana görelilikleri ve büyümeleri nedeniyle, eğitimi zorunlu gören özel bir statüden yararlanmalıdırlar. Ancak bu durum sorumsuzluk, hatta azaltılmış sorumluluk değil, kademeli olarak artan sorumluluk anlamına gelmelidir. Şu anda Fransa'daki çocuğun cezai sorumluluk yaşını tam olarak söyleyemiyoruz, bazıları on sekiz, diğerleri on üç diyor. Yukarıda gördüğümüz gibi, içtihatlar altı yaşta sorumluluktan bahsetmezken, yedi ya da sekiz yaşında bir çocuk için kabul ediyor gibi görünüyor. Çocuğun cezai sorumluluk yaşını söylemeyi başaramamak, çocuğu zamana (yaşına) göre düşünmekte zorlanmanın işaretidir. Çocuğun ehliyetli ve sorumlu yetişkin statüsüne doğru hareketini hesaba katacak kademeli sorumluluk ilkesini onaylayarak bu zorluğun üstesinden gelinebilir.

Böyle bir ilke, yedi yaşındaki çocuğun sorumsuzluğunu ifade etmeyi mümkün kılar. Bu yaşın altındaki çocuklar, Yargıtay tarafından onaylandığı gibi, özneliğinden yoksun olmasa bile, "irade ve akıl" ile cezai bir eylem gerçekleştiremeyeceği için sorumlu tutulamaz. Bundan dolayı, herhangi bir yargı organı önünde ne olursa olsun hesap vermek zorunda bırakılmamalıdır. Yedi ila on üç yaş arası çocuklar çocuk hakimi veya çocuk mahkemesi önünde hesap verebilmeli, ancak hakkında yalnızca eğitim tedbirlerine dair karar alınabilmelidir. Bu olasılık zaten var, ancak on üç yaşına kadar çocukların cezai sorumsuzluğa sahip olduğu gerekçesiyle nadiren kullanılmaktadır. On üç yaşından büyük çocuklar için, müstakbel bir özne olarak tanımak ve mümkün olduğunca özgürlüğünü elinden alacak önlemlerden (hapis) korumak adına, daha sıkı eğitici tedbirler zorunlu olmalıdır. Çocuk ceza hukuku tartışmaları, "eğitici" ve "bastırıcı/cezalandırıcı" yaklaşımları arasındaki ideolojik karşıtlık tarafından zehirlendi ve bu halen devam etmektedir. Kararname'nin felsefesine dayanan "eğitici" yaklaşım, çocuk suçluya yönelik kısıtlama, zorlama ve özellikle de cezai mahkumiyet fikrini reddetmektedir. "Bastırıcı/cezalandırıcı" yaklaşım ise, böyle bir tavrın, suçlu çocuklarda cezasızlık duygusu yaratarak yeniden suç işlemeye teşvik edeceğini öne sürmektedir. Şu anlayışı kabul ederek bu yanlış tartışmadan acilen çıkmak gerekmektedir: Eğitici anlayışın gerekliliği, bunu zorunlu kılan kanuni zeminin de bulunması şartıyla, çocuk ceza hukuku alanındaki tüm aktörlerin yol göstericisi olmalıdır.

Eşitliğin sınırsız dinamiği çocuğu benzerimiz hâline getirirken, onun üzerindeki herhangi bir otoriteyi meşru olmaktan çıkarmışa benzemektedir.



Ancak dışsallık olmadan özerkliğe (otonomiye) erişilemez. Çocuk özerk doğmaz, eğitimle olur. John Locke'un ifade ettiği gibi: "Çocuğu akıl çağına gelmeden önce, tamamen özgür bırakmak, doğanın ayrıcalıklarından zevk almasına izin vermek değildir, onu kabaların hatta ondan daha da aşağıların mertebesine yani hayvanlardan çok daha aşağı bir durumda bırakmaktır"<sup>15</sup>. Özerklik, yani kendi kurallarını belirleme becerisi, ancak çocuğun dış kanunları içselleştirmeyi öğrenmesi durumunda mümkündür. Özerklik için gerekli bu dışsallık, "çocuklar için hapisane"ye dönüşen feci "islah evleri" örneğine benzemeden, çocuk suçlularının eğitime yeniden dahil edilmesi gereken bir husustur.

Medeni hukukun da kademeli sorumluluk ilkesini benimsemesi gerekir. İçtihatlar ve ardından da kanun, çocuğun hukuki sorumsuzluk durumunu azaltarak belli bir fiil ehliyeti tanımıştı. Bununla birlikte, 8 Ocak 1993 tarihli Kanun ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, aynılık ve ötekilik diyalektiğini göz önünde bulunduran çocuk hukukuna doğru yönelmiştir. 1993 Kanunu ile Medeni Kanun'un 388-1. maddesi haline gelen hükme göre:

"kendisiyle ilgili herhangi bir işlem sırasında, ayırt etme kabiliyetine sahip küçük, müdahalesini veya rızasını öngören hükümlere hanel gelmeden, hakim veya mahkeme tarafından ya da hakimin bu amaç için belirlediği kişi tarafından dinlenebilir. Küçüğün kendisinin dinlenilmesi hususunda talepte bulunması halinde, bu talep ancak özel olarak gerekçelendirilecek bir karar ile reddedilebilir. Kendi başına dinlenebileceği gibi avukatı ya da tercih edeceği bir kişi refakatinde de dinlenebilir. Eğer çocuğun bu tercihi çocuğun yararına aykırı ise, hakim başka birisinin seçilmesini sağlar. Çocuğun dinlenmesi, onu davada taraf kılmaz."

Önceleri, irade ve akıl yetersizliği olduğu iddia edilen küçüklerin kendi yararlarını değerlendiremeyeceği iddia ediliyordu. Çocuk, ebeveynleri tarafından temsil edilirdi ve eğer menfaati ebeveynininki ile çatırırsa, hakim çocuğun menfaatinin teminatı oluyordu. 388-1. maddeyle birlikte, ayırt etme gücüne sahip çocuğun söyleyecek sözünün olması yargılamaya dahil olması için yeterlidir. Böylece çocuğun özneliği göz önünde bulundurulmasına karşın özgünlüğü de inkar edilmemiştir: Çocuk, davada taraf olamayacağı için tam bir hukuk öznesi değildir. Bir danışman seçebilir, ancak çocuğun bu yetişkin tarafından manipüle edilme ihtimaline karşı hakim bu seçimi veto edebilir.

15 John Locke, *Traité du gouvernement civil* (Hükümet üzerine), çev. David Mazel, Paris, Flammarion, " GF ", 1984, § 63.

Bu kanun eleştirildi, eksiksiz olmadığı doğrudur. Diğer Avrupa ülkeleri mevzuatlarında, küçüklerin sorumluluğunu ve kademeli ehliyetini göz önünde bulundurarak daha net ve tutarlı bir yol bulmuştur. Almanya’da Medeni Kanun, ebeveynlerin çocuğun, olgunluğu düzeyinde, rızasını almasını gerekli kılar. Yalnızca yedi yaşın altındaki çocuklar hukuken ehliyetsiz sayılır. Çocuk ve genç (adolesan) arasında hukuki bir ayrım yapılır. Boşanma durumunda, on dört yaşından büyük gençler mahkemeden ebeveynleri tarafından seçilenden farklı bir bakım talebinde bulunabilir. Mahkeme, çocuğun yararına uygun bir karar vermelidir ve bu nedenle küçüğün isteğini yerine getirmek zorunda değildir. Genel olarak, on dört yaşından büyük genç bir Alman, Fransız gençten daha fazla güce, yetkiye sahiptir. Dinini özgürce seçebilir ve kendisini ilgilendiren herhangi bir konuda mahkeme kararına itiraz edebilir.

Birleşik Krallık’ta, 1989 tarihli Çocuk Kanunu’ndan bu yana, çocuk kendisiyle ilgili velayet davalarında bağımsız bir taraf olmuştur. Çocuk bu davalarda iki kişi tarafından temsil edilmektedir; kendi yaklaşımını mahkemeye sunan avukat ve mahkeme karşısında haklarının koruyucusu konumundaki temsil kayyımı (guardian ad litem). Bu ikili temsil, hem sözünü dinleyerek çocuğun özneliğini hem de kayyım atfedilen rolden anlaşıldığı üzere, çocukluğunu dikkate alır. 1993 Fransız Kanunu’nda bu rol, çocuğun menfaati ebeveynlerinin menfaatiyle çatıştığında atanması gereken temsil kayyımı (administrateur ad hoc) tarafından oynanır.

Böylece, çocukluk artık mutlak bir olumsuzluk (olumsuz özellikler üzerinden tanımlanan) olmadığı gibi, mutlak bir öznellik de değildir, aşamalı olarak sorumlu ve yetkin (ehliyetli) olur. Küçük, neyin menfaatine olduğunu hemen söyleyemez, anlamaya yardım etmesi için yetişkinlere ihtiyacı vardır. Bir menfaat çatışması ebeveynlerin doğal temsilcilik işlevlerini yerine getirmesini engelliyorsa, küçükler özel bir temsilci tarafından temsil edilmelidir. Bu, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 4. maddesinde belirtilmiştir ve daha fazla Avrupa ülkesi pozitif hukukunda yer almaktadır. Giderek çocuk ebeveynlerinden farklı bir hukuk kişisi olarak ortaya çıkmakta, özne boyutu ise daha geriden gelerek pozitif hukukta yer edinmektedir.

Bütün zorluk aynılık ve ötekiliği bir araya getirmek. Bu şekilde, çocuğun sözü, yargı süreçlerinin bir parçası olarak değerlendirilmelidir; yaşına göre gelişen belirli bir ehliyet ve aynı zamanda belli bir sorumluluk da tanınmalıdır. Ancak öte yandan, küçüğün çocukluğu da korunmalıdır, bir çocuk yetişkinden beklendiği gibi düşünemez, kendi menfaatini de her zaman hakkaniyetli bir şekilde değerlendiremez. Çocuk Hakları

Sözleşmesi'nin 3. maddesinde belirtilen şu zorunluluğu daima göz önünde bulundurmak gerekir: "Çocuklarla ilgili tüm kararlarda, [...] çocuğun yüksek yararı öncelikli bir düşünce olmalıdır".

• • •

Çocuk hukuku, sosyal devletle aynı dönemde inşa edildiği için, günümüzde çocuğun özneliğinin tanınacağı bir dönüşümle karşı karşıya kalmaktadır. Artık çocuk, subjektif hakları reddedilerek koruma ve eğitimle ilgili objektif haklar verilmekle yetinilecek ehliyetsiz ve hukuken sorumsuz kişi değildir. Aynı şekilde Çocuk Hakları Sözleşmesi eleştirmenlerinin korktuğu gibi haklara haiz ancak sorumluluğu olmayan biri de olamaz. Bu tehlike gerçektir, bugün zaten bunun bedelini ödüyoruz ancak paradoksal olarak, bu tehlike Sözleşme'nin kabul edilmesinden önce de vardı. Bu, çocukları tamamiyle sorumsuz gören ve her halükarda korunması gerektiğini düşünen bir hukukun ürünüdür. Yargısal koruma sisteminin, suç işlemiş veya tehlike altında olan çocukları hukuken sorumsuzlaştırmak gibi olumsuz etkileri olmuştur. Bir suç işledikleri, kaçtıkları veya okula gitmediklerinde, gençlerin davranışları bertaraf edilerek ve korunmaları onaylanarak öznellikleri göz ardı edilmektedir. Çocuklar, hukuki sorumlulukları olmadan haklarının olduğunu düşünabiliyorlardı. Bugün ise, en önemli risk çocuğu sorumsuz olarak kabul etmek değil, ona fazla sorumluluk vererek, onu başka bir alter ego (alt benlik) olarak kabul ederek, çocuğa karşı sorumluluklarımızı, özellikle de eğitim görevimizi, hafifletmektir. Bu, küçüklerin cezai sorumluluğu dayatıldığında veya çocuğun çocukluğunun adli yargıda unutulduğu durumlarda kendini gösterir.

İnsan haklarının mantığı, tüm doğal farkları azaltıp her insanı eşit görmektir. Böyle bir azaltma bilindiği üzere kadınların özgürleştirilmesini mümkün kıldı; bu prensibi çocuğa da uygulama eğilimi görülmektedir. Bununla birlikte, yetişkinle aynı ölçüde çocuğa hukuk öznesi statüsünün tanınması, insan hakları fikrinin ihlali olacaktır, çünkü eğitim olmadan özerk bir birey olamaz. Çocuk hukuku, insan hakları felsefesine sadık kalmak istiyorsa, çocuğa özgü korumayı ve çocuğun özneleşme yolculuğunu uzlaştırma konusunda çaba göstermelidir.



\*\* Dominique Youf (1951-2018)

"Çocuk Hakları Felsefesine Giriş" [1997] isimli doktora tezinin sahibi ve Fransız Adalet Bakanlığı Gençliğin Yargısal Korunması Ulusal Okulu'nda uzun yıllar çalışmış, hem teorik hem de pratik alana hakim değerli isim.

