

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEK HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA ÇOCUĞUN
KATILIM HAKKI**

Doktora Tezi

GAYE TUĞ LEVENT

İstanbul, 2022

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEK HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA ÇOCUĞUN
KATILIM HAKKI**

Doktora Tezi

GAYE TUĞ LEVENT

DANIŞMAN: Prof. Dr. İpek SAĞLAM

İstanbul, 2022

GENEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Gaye TUĞ LEVENT
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Danışmanı : Prof. Dr. İpek SAĞLAM
Tez Türü ve Yılı : Doktora- 2022
Anahtar Kelimeler : Çocuk
Katılım
Katılım Hakkı
Ayırt etme gücü
Sınırlı ehliyetsiz

ÖZET

Katılım kavramı, kişinin kendi yaşamını ve içerisinde yaşadığı topluluğun yaşamını etkileyen kararları paylaşma sürecinde kullanılan temel bir vatandaşlık hakkı olarak tanımlanabilir. Çocuğun katılım hakkı ise çocuğu ilgilendiren her meselede, karar sürecine çocuğun aktif şekilde dahil edilmesi, dinlenilmesi ve görüşlerinin dikkate alınmasının sağlanmasıdır. Genel demokrasi anlayışı ile aile içi demokrasinin olmazsa olmaz koşulu olan katılım hakkı aynı zamanda çocuğun onurlu ve özerk bir birey olarak kişiliğinin gelişmesine de katkı sağlamaktadır. Çocuğun katılımı, çocukla ilgili her işlemde göz önünde bulundurulması gereken çocuğun üstün yararının belirlenmesinde de hayati önem taşımaktadır. Çocuğun üstün yararının belirlenebilmesi ve korunabilmesi için çocuğun bilgilendirilmesi ve görüşlerini ifade edebilmesi gereklidir. Çocuğun katılım hakkı, kendisini ilgilendiren iş ve işlemlerde görüşünü bildirme ve kendisini ilgilendiren yargılamalarda temsil edilme hakkı olmak üzere iki temel konu üzerinden ifade edilebilir. Dört bölümden oluşan bu tez çalışmasında, Türk Medeni Hukuku'nda çocuğun katılım hakkı bu iki temel konu üzerinden ele alınmıştır.

GENEL KNOWLEDGE

Name Surname : Gaye TUĞ LEVENT
Field : Private Law
Supervisor : Assoc. Dr. İpek SAĞLAM
Type of Thesis- Year: Doctorate- 2022
Keywords : child
participation
right to participate
maturity

ABSTRACT

The concept of participation can be defined as a basic citizenship right used in the process of sharing decisions that affect one's own life and the life of the community in which they live. The child's right to participate, on the other hand, is to actively involve the child in the decision-making process, to be listened to and to ensure that his views are taken into account. The right to participation, which is an indispensable condition of democracy within the family with the general understanding of democracy, also contributes to the development of the child's personality as an honorable and autonomous individual. The child's participation is also vital in determining the best interests of the child, which should be considered in any child-related action. In order to determine and protect the best interests of the child, it is necessary for the child to be informed and able to express his/her views. The child's right to participate can be expressed through two basic issues: the right to express his/her opinion in the affairs and proceedings that concern him/her and the right to be represented in the proceedings that concern him/her. In this thesis, which consists of four parts, the child's right to participate in Turkish Civil Law is discussed over these two basic issues.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAM VE İLKELER

I. ÇOCUK KAVRAMI	4
A. Genel Olarak	4
B. Medeni Hukukta Çocuk Kavramı.....	5
1. Çocukluğun Başlangıcı	6
a. Tam Doğum	6
b. Sağ Doğum	7
c. Ceninin ve Henüz Ana Rahmine Düşmemiş Olanların Durumu	8
2. Çocukluğun Sonu	9
a. Normal Erginlik	10
b. Evlenmeyle Kazanılan Erginlik.....	10
c. Mahkeme Kararıyla Kazanılan Erginlik.....	13

3. Çocuğun Ehliyeti.....	14
a. Hak Ehliyeti	14
b. Hukuki İşlem Ehliyeti	16
aa. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuk	
Yönünden.....	16
bb. Ayırt Etme Gücüne Sahip Çocuk	
Yönünden.....	18
C. Uluslararası Sözleşmelerde Çocuk Kavramı	20
1. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Kapsamında	
Çocuk Kavramı	20
2. Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi	
Kapsamında Çocuk Kavramı	22
3. Değerlendirme	23
II. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ KAVRAMI	25
A. Genel Olarak	25
B. Gelişimi ve Tarihçesi.....	26
C. İlkenin Tanımlanamazlığı, Hukuki Niteliği ve Önemi.....	29
D. Belirlenmesinde Temel Alınacak Ölçütler	31
1. Çocuğun Dinlenilmesi.....	31
2. Uzman Görüşünün Alınması.....	33
3. Çocukla İlgili Bilgi Toplanması.....	33
4. Çocuğun Uzun Vadedeki Yararı	34
5. Yaşadığı Yerin Arka Plan Bilgisi.....	35
6. Çatışan Hakları Dengeleme.....	36

III. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI KAVRAMI	36
A. Genel Olarak	36
B. Gelişimi ve Tarihçesi.....	38
C. Uluslararası Sözleşmelerde Çocuğun Katılım Hakkı.....	40
1. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme.....	41
2. Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi	44
D. Çocuğun Katılım Hakkının Hukuki Kapsamı	45
1. Çocuğun Kendisini İlgilendiren Konularda Görüşlerini	
Açıklaması.....	47
a. Çocuğun Görüşlerini Oluşturma Yeteneğine Sahip	
Olması	49
b. Çocuğun Görüşlerini Özgürce İfade Etme	
Hakkı	50
c. Çocuğun Yaşı ve Olgunluk Derecesi.....	52
2. Çocuğun Kendisini İlgilendiren Yargılamalara Doğrudan ya da	
Temsilci Aracılığıyla Katılımı	53
E. Çocuğun Katılım Hakkı Kavramı ile Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi	
Arasındaki İlişki.....	56

İKİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAPSAMINDA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI

I. VELAYET KAVRAMI.....	59
--------------------------------	-----------

A. Genel Olarak	59
B. Velayetin Hukuki Niteliği	61
II. VELAYETE SAHİP OLANLAR	63
A. Anne ve Baba	64
1. Anne ve Babanın Evli Olarak Velayeti Kullanması.....	64
2. Evlilik Birliğinin Ölüm İle Sona Ermesi Durumunda Velayetin Kullanılması	65
3. Anne Babanın Ayrılması Durumunda Velayetin Kullanılması	65
4. Anne Babanın Boşanması Durumunda Velayetin Kullanılması.....	66
5. Anne ve Babanın Evli Olmaması Durumunda Velayetin Kullanılması	68
B. Evlat Edinen	71
III. VELAYET ALTINDA OLANLAR	73
IV. VELAYETİN KULLANILMASI	74
A. Çocuğun Yüksek Yararına Uygun Kullanılması.....	74
B. Çocuğun Görüşlerinin Dikkate Alınması	75
C. TMK m.339: Velayetin Kapsamı	77
V. VELAYET HAKKININ İÇERİĞİNİN ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI YÖNÜNDEN ANALİZİ	79
A. Çocuğun Kişi Varlığı Haklarının Velayet ve Çocuğun Katılım Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi.....	79
1. Çocuğun Yaşam, Sağlık ve Vücut Bütünlüğü.....	79
a. Yaşam	81
b. Sağlık.....	83

c. Vücut Bütünlüğü.....	84
d. Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahaleler.....	88
aa. Çocuğa Yönelik Tıbbi Müdahaleler.....	88
bb. Çocuğun Organ ve Doku Nakli	98
cc. Çocuk Üzerinde Klinik Araştırmalar	101
2. Çocuğun Özel Hayatının Gizliliği.....	103
3. Çocuğun Onur ve Saygınlığı	107
4. Çocuğun Resim ve Sesi.....	108
5. Çocuğun Adı	111
6. Çocuğun Kişisel Verileri.....	117
B. Çocuğun Mal Varlığı Haklarının Velayet ve Çocuğun Katılım Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi.....	122
C. Çocuğun Katılım Hakkı Yönünden Velayetin Sınırı	126
VI. VELAYET HAKKI BAĞLAMINDA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI	
İHLALLERİNİN BELİRLENMESİ.....	128
A. Uygulamadaki Durum.....	128
B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum	131
C. Görüş ve Önerilerimiz	135

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VESAYET HAKKI KAPSAMINDA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI

I. VESAYET KAVRAMI.....	139
--------------------------------	------------

A. Genel Olarak	139
B. Velayet-Vesayet İlişkisi, Arasındaki Farklar	141
II. ÇOCUĞUN VESAYET ALTINA ALINMA NEDENLERİ.....	144
A. Ana-Babanın Ölümü	144
1. Evlilik Devam Ederken	144
2. Boşanmadan Sonra.....	145
3. Evli Olmayan Ana ya da Babanın Ölümü	146
4. Evlat Edinenin Ölümü.....	146
B. Ana ya da Babanın Kayıplığı	147
C. Velayetin Kaldırılması	147
III. VASİ SEÇİMİNDE ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ ANALİZİ.....	149
A. Çocuğa Vasi Atanmasında Aranılan Uygunluk Sebepleri	151
B. Çocuğun ya da Anne veya Babasının İsteği	151
C. Çocuğun Yakınlarının Öncelik Hakkı	152
IV. VASİ GÖREVİNİ İFA EDERKEN ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ	
DEĞERLENDİRİLMESİ	153
A. Genel Olarak	153
B. Vesayet Altındaki Çocuğun Görüşünün Alınması	155
C. Vasi ile Vesayet Altındaki Çocuğun Görüşünün Çatışması.....	157
D. Koruma Amacıyla Vesayet Altındaki Çocuğun Özgürlüğünün	
Kısıtlanması	159
E. Vesayette Çocuğun Katılım Hakkı İhlallerinin Belirlenmesi.....	162

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	
ÇOCUĞUN KENDİSİNİ İLGİLENDİREN YARGILAMALARA	
KATILIM HAKKI	
I. ÇOCUĞUN TEMSİLİ	166
A. Genel Olarak	166
B. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuğun Temsili	167
C. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Temsili	169
II. ÇOCUĞU TEMSİL HAKKINA SAHİP OLANLAR	172
A. Veli.....	172
B. Vasi.....	175
III. ÇOCUĞUN BAĞIMSIZ TEMSİLİ.....	176
A. Genel Olarak	176
B. Kayyım	178
C. Avukat	180
IV. ÇOCUĞUN BAĞIMSIZ TEMSİLİNDE BİR YÖNTEM MÜMKÜN	
MÜ?	182
A. Çocuğun Bağımsız Temsilinin Önemi	182
B. Çocuğun Bağımsız Temsilinde Yöntem Önerisi.....	185
V. MEDENİ YARGILAMADA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKINI	
KULLANMASI BAKIMINDAN ÇOCUĞUN YAŞI	188

A. Genel Olarak	188
B. TMK Düzenlemesi	189
C. Yargıtay’ın Konuya Yaklaşımı	192
D. Karşılaştırmalı Hukukta Durum.....	195
E. Türk Aile Hukukundaki Uyuşmazlık Konularının Değerlendirilmesi.....	197
1. Velayetin Düzenlenmesi	197
2. Kişisel İlişki Kurma	204
3. Evlat Edinme	207
SONUÇ	210
KAYNAKÇA.....	216

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Art: Artikel

ASBÜ: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBF: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

AKDHFD: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AYM: Anayasa Mahkemesi

b.: bent

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

BGE: Bundesgericht (Schweiz)

bknz.: bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

BMMYK: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği

C.: Cilt

CAC: Child Advonacy Centers

CD.: Ceza Dairesi

CEDAW: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination
Against Women

COPPA: Children's Online Privacy Protection Act

CRIN: Child Rights International Network

Çev.: Çeviren

ÇHDAS: Çocuk Haklarına Dair Avrupa Sözleşmesi

ÇHS: Çocuk Hakları Sözleşmesi

ÇKK: 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn.: dipnot

E.: Esas No

Ed.: Editör

E.T.: Erişim Tarihi

MK: Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

f.: fıkra

FamFG: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den
Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

GÜHFD: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GVKT: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğu

Hacettepe HFD: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi

HD.: Hukuk Dairesi

HGK.: Hukuk Genel Kurulu

HMK: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İHEB: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnÜHFD: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi

İTOBİAD: İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi

K.: Karar No

KDK: Kamu Denetçiliği Kurumu

KVKK: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

m.: madde

MHAD: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

MÜHF-HAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk
Araştırmaları Dergisi

N.: Numara

NCAC: National Children's Advocacy Center

No: Sayı

para.: paragraf

RG: Resmî Gazete

s.: sayfa

ss.: sayfa sayısı

S.: Sayı

T.: Tarihli

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

TMK: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

UNICEF: United Nations International Children's Emergency Fund

UNFPA: United Nations Fund for Population Activities

V/Vol: Volume

Y.: Yargıtay

YHGK: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

ZPO: Schweizerische Zivilprozessordnung

ÖNSÖZ

Çocuğun onurlu ve özerk bir birey olarak kişiliğinin gelişmesine katkı sağlayan ve toplumdaki rolünü güçlendiren katılım hakkı, çocukla ilgili her meselede göz önünde bulundurulması gereken ve çocuğun üstün yararının belirlenmesinde temel ölçüt olarak kabul edilen bir kavramdır. Türk Medeni Hukuku kapsamında çocuğun katılım hakkını incelediğimiz bu doktora tez çalışması yazım süreci devam ederken hayatını kaybederek aramızdan ayrılan önceki danışman hocam Sayın Prof. Dr. Serap Helvacı'yı öncelikle saygı ve rahmetle anıyorum. Saygın hatırası hep bizimle yaşayacak olan hocamızın bıraktığı eserleri, bilim yolumuzu aydınlatacaktır.

Çalışmanın yazım sürecinde en başından beri desteklerini esirgemeyen, kıymetli vaktini ve bilgisini paylaşan, disiplinli ve özverili çalışmasıyla her daim örnek aldığım ve almaya da devam edeceğim danışman hocam Sayın Prof. Dr. İpek Sağlam'a her şey için çok teşekkür ederim.

Tez izleme sürecinde bulunmayı kabul ederek beni onurlandıran hocalarım Sayın Prof. Dr. M. Tufan Öğüz ve Sayın Prof. Dr. Burak Özen'e değerli eleştiri, katkı ve destekleri için çok teşekkür ederim. Tez savunmasında yaptıkları eleştiri ve yorumlarla farklı bir bakış açısı kazanmamı sağlayan Sayın Prof. Dr. Faruk Acar'a ve Doç. Dr. Özge Uzun Kazmacı'ya da ayrıca teşekkür ederim.

Doktora sürecinin her aşamasında yanımda olan ve desteğini esirgemeyen mesai arkadaşım Arş. Gör. Özge Ersezer'e çok teşekkür ederim. Her daim yanımda olan aileme, varlık sebeplerim annem Hamiyet Tuğ ve babam Güven Tuğ'a çok teşekkür ederim.

Zorlu doktora sürecinin tamamlanmasında destek ve sevgileriyle hep yanımda olan eşim K. Çağlar Levent'e ve oğlum Ersagun Ateş Levent'e de ayrıca çok teşekkür ederim.

GİRİŞ

Katılım kavramı, kişinin kendi yaşamını ve içerisinde yaşadığı topluluğun yaşamını etkileyen kararları paylaşma sürecinde kullanılan temel bir vatandaşlık hakkı olarak tanımlanabilir. Çocuğun katılım hakkı ise çocuğu ilgilendiren her meselede, karar sürecine çocuğun aktif şekilde dahil edilmesi, dinlenilmesi ve görüşlerinin dikkate alınmasının sağlanmasıdır.

Genel demokrasi anlayışı ile aile içi demokrasinin olmazsa olmaz koşulu olan katılım hakkı aynı zamanda çocuğun onurlu ve özerk bir birey olarak kişiliğinin gelişmesine de katkı sağlamaktadır. Çocuğun katılımı, çocukla ilgili her işlemde göz önünde bulundurulması gereken çocuğun üstün yararının belirlenmesinde de hayati önem taşımaktadır. Çocuğun üstün yararının belirlenebilmesi ve korunabilmesi için çocuğun bilgilendirilmesi ve görüşlerini ifade edebilmesi gereklidir.

Çocuğun katılım hakkı ilk kez Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini ifade etme hakkı vardır. Çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerine gereken önem ve özen gösterilmelidir. Ayrıca çocuğu ilgilendiren herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun doğrudan ya da temsilci aracılığıyla dinlenilmesinin özellikle sağlanması gerekmektedir. Sözleşmeye taraf olan devletler çocukların kendilerini ilgilendiren her konuya katılım hakkını uygulamak ve yasal mevzuatlarını buna uygun düzenlemekle yükümlüdürler.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin, çocuğun katılım hakkını düzenleyen 12. maddesi, sözleşmenin en radikal ve geniş kapsamlı düzenlemesidir. Ayrıca, neredeyse her alanda en yaygın şekilde ihlal ve göz ardı edilen hükümlerinden biri olduğu da bilinmektedir. Bunun en temel sebeplerinden biri; toplumdaki çocuğu birey ya da işlemin öznesi olarak görmeyen, çocuğu nesneleştiren anlayışın, çocuğu dinleme ve görüşlerine saygı duyma konusundaki duyarsızlığıdır.

Çocuğun katılım hakkı, kendisini ilgilendiren iş ve işlemlerde görüşünü bildirme ve kendisini ilgilendiren yargılamalarda temsil edilme hakkı olmak üzere iki temel konu üzerinden ifade edilebilir. Biz de dört bölümden oluşan bu tezimizde, Türk Medeni Hukuku'nda çocuğun katılım hakkını bu iki temel konu üzerinden ele alacağız. Çalışmamız içerisinde hem 'çocuk' hem de 'küçük' kavramları ile 'ana baba' ve 'ebeveyn' kavramlarının bir arada kullanılmasının sebebi, Türk Medeni Kanunu'nda küçük ve çocuk kavramları ile ana-baba kavramının yer alması, uluslararası metinlerde ise genellikle çocuk ve ebeveyn kavramlarına yer verilmesinden kaynaklıdır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, çocuk ve çocuğun katılım hakkıyla ilgili temel kavram ve ilkeler anlatılmıştır. Toplumdaki çocukluk kavramının gelişimi, Medeni Hukuk'taki çocuk kavramı, çocuğun ehliyeti ve uluslararası sözleşmelerdeki çocuk kavramı ele alınmıştır. Çocuğun yüksek yararı ilkesi ile birlikte çocuğun katılım hakkı kavramı, uluslararası sözleşmeler kapsamında gelişimi ve tarihçesi ve hukuki kapsamı incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, velayet kapsamında çocuğun katılım hakkı incelenmiştir. Bu bölümde çocuğun katılım hakkı kapsamında kendisini ilgilendiren işlerde görüşünü ifade etme hakkı incelenmiştir. Velayet kavramı, hukuki niteliği ve velayetin kullanılmasına yer verilmiştir. Çocuğun kişi varlığı ve mal varlığı değerlerinin korunması velayetin içeriği başlığı altında, çocuğun katılım hakkı nazara alınarak analiz edilmiştir. Bölüm sonunda velayet kapsamında çocuğun katılım hakkı ihlalleri ve yasal düzenlemedeki eksiklikler tespit edilmiş, yabancı hukuk düzenlemelerinden verilen örneklerle velayet kapsamında çocuğun katılım hakkını etkin bir şekilde kullanmasına yönelik görüş ve öneriler kısmına yer verilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, vesayet kapsamında çocuğun katılım hakkı incelenmiştir. Bu bölümde de çocuğun katılım hakkının görüşünü ifade etme boyutu incelenmiştir. Vesayet kavramı ele alınmıştır, velayet ve vesayet arasındaki ilişkiye yer verilmiştir. Çocuğun vesayet altına alınma nedenleri ile vasi seçiminde çocuğun karara katılımı, görüşünü bildirmesi değerlendirilmiştir. Vasi görevini ifa ederken çocuğun katılım hakkı, vesayet altındaki çocuğun görüşünün alınması, vasi ile vesayet altındaki çocuğun görüşünün çatışması hali incelenmiştir. Vesayette çocuğun katılım hakkı

ihlalleri, bu durumlarda başvurulabilecek mekanizmalar, yasal düzenlemelerdeki eksiklikler ile görüş ve önerilere yer verilmiştir.

Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde ise çocuğun katılım hakkının ikinci boyutu olan çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalara katılımı incelenmiştir. Bu bölümde öncelikle ayırt etme gücüne sahip olan ve olmayan çocuğun temsili, yasal temsilciler olan veli ve vasi ile mevcut hukuk düzenimizde çocuğun yasal temsilcisi dışındaki temsilcileri olan kayyım ve avukatın, çocuğun bağımsız temsilcisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyecekleri, çocuğun bağımsız temsilinin önemi ve gerekliliği değerlendirilmiştir. Çocuğun bağımsız temsilinde uzmanlaşmış bir rol model olup olamayacağı konusu tartışılmıştır. Medeni yargılamada çocuğun katılım hakkını kullanması bakımından çocuğun yaşı; mevzuat, uygulama ve yüksek mahkeme kararları ışığında incelenmiş, yabancı hukuk sistemlerinden örnekler verilmiştir. Son olarak Türk Aile Hukuku'ndaki çocuğu ilgilendiren başlıca uyuşmazlık konuları olan velayetin düzenlenmesi, kişisel ilişki tesisi ve evlat edinme yargılamalarında çocuğun konumu, kayyımla temsili, görüşünün alınmasına ilişkin uygulamadaki durum, yasal düzenlemedeki eksiklikler ve yüksek mahkeme kararları analiz edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAM VE İLKELER

I. ÇOCUK KAVRAMI

A. Genel Olarak

Çocuk, ana-babadan türeyen kişi, insan yavrusu olarak tanımlanabilir. Tarih boyunca çocuk biyolojik ve doğal özellikleri kapsamında, gelişmekte olan, yetişkin olmayan yurttaş olarak görülmekte, zihinsel ve bedensel gelişimi ölçüt alındığında bebeklikten yetişkinliğe kadar olan dönem çocukluk dönemi olarak kabul edilmektedir¹.

Toplumların çocuğa yaklaşımı ise kültürel, toplumsal ve ekonomik özellikler çerçevesinde değişkenlik göstermiştir. Antik Yunan'da çocukları ve gençleri ifade etmek için ayrı bir sözcük kullanılmamış, yine ortaçağda Rönesans dönemine kadar çocukluk ayrı ve özel bir evre olarak kabul edilmemiştir². Öyle ki, Batı'da ortaçağdan önce yetişkinlikten tamamen bağımsız olarak kabul edilen bir çocukluk fikrinin olmadığı ve günümüz çocukluk kavramının modern bir keşif olduğu söylenebilir³.

Çocukluk kavramına ilişkin düşünceler 17. yüzyılla birlikte gelişmeye başlamış, kentleşme ve sanayileşme ile birlikte ailenin yapısının ve toplumdaki rolünün değişmesi çocuğa ilişkin anlayışın gelişmesine katkı sağlamıştır⁴. Bununla birlikte çocukluk kendine has doğası olan ayrı bir kategori olarak algılanmaya başlamış ve çocuğun biricik

¹ **ALVER**, Füsün, Neil Postman'ın Çocukluğun Yok Oluş Sürecinde İletişim Teknolojisi Eleştirisinin Eleştirisi, İletişim Araştırmaları Dergisi, 2004, Güz (2), s. 130- 131.

² **POSTMAN**, Neil, Çocukluğun Yok Oluşu, (çev. Kemal İnal), Ankara, İmge Yayınları, 1995, s. 16.

³ **ARIES**, Philippe, Centuries of Childhood: A Social History of Family Life, Newyork, Vintage Book, 1962, s. 398.

⁴ **FRANKLIN**, Bob Çocuk Hakları, (çev. Alev Türker), İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1993, s. 24.

ve bağımsız bir varlık olarak yetişkinlerden ayrı ve özel bir muameleye gereksinimi olduğu fikri önem kazanmıştır⁵. Çocukluk kavramı, her dönemin tarihsel ve toplumsal koşullarıyla belirlenen tarihsel bir kurgu olduğundan evrensel bir kategoriye sahip değildir⁶. Bu nedenlerledir ki çocuk ve çocukluğa yönelik tanımlama çabaları güçlükler içermektedir⁷. Farklı coğrafyalara ve kültürlerle göre değişik yaklaşımlar mevcuttur⁸.

Ulusal devletlerin vatandaşlarına uygulamakla yükümlü oldukları refah politikaları ve insan hakları devletler hukukunu etkilediğinden, 19. yüzyılın başlarından itibaren tek tek bireylerin geliştirilmesi ve bunun sonucu olarak da insan hakları devletler hukukunun önemli konularından olmuştur⁹. Son yıllarda ise çocukların birey olarak kabul edilip, insan haklarına sahip olduğu konusunda fikir birliği mevcut olmakla birlikte, bu hakları bağımsız olarak kullanma konusundaki yasal kapasiteleri halen tartışmalıdır¹⁰.

B. Medeni Hukukta Çocuk Kavramı

Medeni hukukta çocuk kavramı soy bağıını belirtmek için kullanılır. Yine belirli bir yaştan altındaki kişiler çocuk olarak kabul edilirler. Yaş sınırının belirlenmesi günümüzde bedensel ya da cinsel olgunlukla değil zihinsel olgunluğa erişmekle açıklanabilir. Genel olarak kişilerde zihinsel olgunluğa erişme yaşı on sekizinci yaş olarak kabul edilir¹¹. Medeni hukukumuzda da on sekiz yaşın altındaki, ergin olmayan kişileri ifade etmek için genellikle “küçük” kavramı kullanılır.

⁵ **ÖZTAN**, Güven Gürkan, Türkiye’de Çocukluğun Politik İnşası, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019, s. 21.

⁶ **TAN**, Mine, Çocukluk: Dün ve Bugün, Toplumsal Tarihte Çocuk, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1993, s. 18; Postman, s. 7; Franklin, s. 22- 27; Ozansoy, s. 43- 44.

⁷ **OZANSOY**, Cüneyt, Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/1, s. 43.

⁸ **İNAN**, Ali Naim, Çocuk Hukuku, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 3, 1968, s. 3 vd.

⁹ **AKYÜZ**, Emine, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, Pegem Akademi, 2018, s. 5.

¹⁰ **VERHELLEN**, Eugene, Children’s Rights in Europe, The International Journal of Children’s Rights 1, 1993, s. 358.

¹¹ Türk Medeni Kanunu m. 11: Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.

1. Çocukluğun Başlangıcı

Türk Medeni Kanunumuza (TMK) göre kişiliğin kazanılmasıyla çocukluk başlamaktadır. Kişiliğin kazanılması, kişinin hak ve yükümlülük sahibi olması ve korunması bakımından önem arz etmektedir¹². TMK m. 28/ f. 1’de kişiliğin çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu andan itibaren başladığı düzenlenmiştir. Buna göre kişiliğin kazanılması için tam doğum ve sağ doğum olmak üzere iki koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir¹³.

a. Tam Doğum

Tam doğum, doğumun tamamlanmış olması, çocuğun bütün organlarıyla ana vücudundan ayrılmış ve anadan bağımsız olarak varlık kazanması demektir¹⁴. Kişiliğin başlangıcı için çocuğun ana rahminden tamamen ayrılıp, bağımsız bir varlık olarak yaşamaya başlamış olması gerekir.

Doğumun normal yoldan ya da doktor müdahalesi ile gerçekleşmesinin veya göbek kordonunun kesilmemiş olmasının kişiliğin başlangıcına bir etkisi yoktur¹⁵. Çocuğun göbek kordonu kesilmeden, anasının vücudundan bütün organlarıyla canlı olarak ayrılması kişiliğin başlangıcı için yeterlidir.

¹² ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s. 10-11.

¹³ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 10-13; HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 25; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 17; ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 15; İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980, s. 352; ZEVLİLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 195; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Hukuk, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 197; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt I, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s. 241; KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, İstanbul, İktisadi ve Ticari İlimler Yayını, 1968, s. 162- 163; ZEVLİLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s.73; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Medeni Hukuk, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s.111; ÖZTAN, s. 10; AKYÜZ, s. 103; İNAN, s. 12.

¹⁴ HELVACI, s. 25- 26, DURAL/ÖĞÜZ, s. 17, HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 12; İNAN, s. 12- 13.

¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s. 17; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 12; HELVACI, s. 26; ÖZSUNAY, s. 15; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 111.

b. Sağ Doğum

Medeni Kanunumuzun kişiliğin, dolayısıyla çocukluğun başlangıcı için aramış olduğu ikinci koşul olan sağ doğum, çocuğun ananın bedeninden yaşayarak ayrılmasıdır. Çocuğun ana bedeninden ayrıldıktan sonra kısa bir an bağımsız yaşaması kişiliğin başlangıcı için yeterlidir¹⁶.

Kişiliğin başlamış sayılabilmesi için tam doğum yeterli olmayıp, çocuğun sağ olarak da doğmuş olması gereklidir. Çocuğun ana bedeninden tamamen ayrıldıktan sonra kısa bir süre içinde olsa sağ doğmuş olması, hukuki anlamda bazı hakların ve borçların kazanılması bakımından önemlidir.

Sağ doğumun gerçekleştiğinin kabulü için nefes alma, kalp atışı veya ağlama gibi hangi belirtilerin arandığı konusunda öğretide bir görüş birliği mevcut değildir. Doktrinde sağ doğumun gerçekleşmesi için çocuğun nefes almasının yeterli olduğu yönünde görüş¹⁷ olduğu gibi, mutlaka kalp atışı ve nefes almanın bir arada bulunmasını arayan yazarlar da bulunmaktadır¹⁸. Bu ölçütlerden birinin ya da bir kaçının kesin olduğuna dair yapılan değerlendirme doğru olmayacaktır. Çünkü bu ölçütlerden birinin ya da bir kaçının kişiliğin başlangıcı için yeterli olduğunu ileri sürebileceğimiz durumlarda tıp bilimi bunun tam tersi bir durumu saptayabilir. Örneğin, görünüşte ölüm anlamına gelen tıp dilinde “Scheintod” olgusunun, kişiliğin kazanılmasında öngörülen ölçütlerden biri ile açıklanması mümkün olmayacaktır¹⁹. Çünkü görünüşte ölüm denilen bu halde çocuğun kalp atışı olmasına rağmen solunumu bulunmamaktadır. Çocuğun solunumu tıbbi müdahale ile sağlanmaktadır²⁰. Tıp bilimi bu durumu sağ doğum olarak kabul etmektedir²¹. Öğretideki sadece nefes almanın yeterli olduğu ya da hem kalp atışı hem de

¹⁶ AKYÜZ, s. 103; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 196.

¹⁷ İNAN, s. 12; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 241.

¹⁸ ÖZSUNAY, s. 17; HATEMİ/KALKAN-OĞUZTÜRK, s. 12; KÖPRÜLÜ, s. 163; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 207.

¹⁹ AYDIN ÜNVER, Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2011, s. 9- 10.

²⁰ Bu durumda, gerekli tıbbi müdahaleler yapıldıktan sonra çocuk tam hayat belirtilerine kavuşursa doğduğu andan itibaren kişilik kazanmış sayılacaktır. Eğer müdahale sonucunda çocuk tam hayat belirtilerine kavuşamazsa, sonradan ölmüş kabul edilecektir. Aksinin kabulü halinde, yani müdahale sonrası yaşam belirtisi gösterdiğinden itibaren kişiliğin kazanıldığının kabulü, doğumla müdahale sonrası belirti gösterdiği zaman arasında ölü olması gibi tuhaf bir durum olacağı yönünde bkz. ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 7; DURAL/ÖĞÜZ, s. 17.

²¹ AYDIN ÜNVER, s. 10.

nefes almanın arandığı durumlarda kişiliğin kazanılacağına kabulü halinde, görünüşte ölüm gibi durumlarda sağ doğumun gerçekleşmediği ve buna bağlı olarak kişiliğin kazanılmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu nedenle bizim de katıldığımız ve doktrinde de hakim olan görüşe göre, yaşam belirtilerinin neler olduğu ve sağ doğumun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti tıp bilimi tarafından yapılması gereken bir iştir²². Sağ doğumun gerçekleştiğinin kabulü için çocuğun, tıp biliminin kabul ettiği her hangi bir yaşam belirtisini göstermesi yeterlidir. Konuyla ilgili çıkan uyuşmazlıklarda hekim bilirkişiye başvurulması gereklidir.

Alman ve İsviçre Medeni Kanunu'nda çocuğun kişilik kazanabilmesi için yaşama kabiliyetine sahip olması aranmamaktadır²³. Fransız hukukunda ise sağ doğmak için yaşama kabiliyetine sahip olma şartı aranmaktadır²⁴. İspanyol hukukunda ise kişiliğin kazanılması, ceninin insan biçiminde olması ve ana vücudundan ayrıldıktan itibaren yirmi dört saat hayatta kalma yeteneğine sahip olunmasına bağlanmıştır²⁵. Medeni Kanunumuz ise kişiliğin kazanılması için tam ve sağ doğmak koşulu dışında başka bir şart aramamıştır²⁶. Çocuğun, yaşama kabiliyetine sahip olması, insan biçiminde olmaması veya organlarından birinin ya da bir kaçının eksik olması kişiliğin kazanılmasına engel teşkil etmeyecektir.

c. Ceninin ve Henüz Ana Rahmine Düşmemiş Olanların Durumu

Cenin, anne karnında doğuma yönelik gelişmekte olan dölüte verilen addır²⁷. TMK m. 28/ f. 2'ye göre çocuk, sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanacaktır. Yani çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine

²² HELVACI, s. 26; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 196; DURAL/ÖĞÜZ, s. 18; ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 224; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 12.

²³ AYDIN ÜNVER, s. 11.

²⁴ AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 209.

²⁵ HELVACI, s. 27, dn. 28.

²⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 12.

²⁷ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 199.

düştüğü andan itibaren elde edecektir. Bu nedenle hak ehliyeti, cenin yönünden geciktirici şarta bağlı kılınmıştır²⁸.

Cenin, kişiliğin başladığı an olan sağ ve tam doğum gerçekleşene kadar hak ehliyetine sahip olmayacaktır. Sağ ve tam doğumun gerçekleşmesiyle birlikte, ana rahmine düştüğü andan itibaren kendisine hak ehliyeti tanınması onu korumak amaçlıdır. Öyle ki; TMK m. 582'ye göre cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacaktır. Burada ceninin birtakım malvarlığı menfaatlerinden yoksun kalmasını önlemek amacıyla, kanun koyucu mirasın taksimini ceninin doğmasına bırakmış ve cenin yararı görülüyorsa ona kayyım tayin edileceği düzenlenmiştir²⁹.

Tüp bebek uygulaması ya da yapay dölleme adıyla bilinen “invitro fertilizasyon” yöntemi ile hamile kalınması durumunda hak ehliyeti sahibi olma anı, henüz ana rahmine düşmemekle birlikte, embriyonun oluştuğu andır³⁰. Embriyonun oluştuğu an dölleme anı olarak kabul edilir. Embriyo anne rahmine transfer edilerek tam ve sağ doğmak şartıyla dölleme anından itibaren hak sahibi olma ehliyetini kazanacaktır³¹. Bu durum anne rahmine yerleştirilmeden önce embriyonun hukuki bir varlık kazandığı anlamına gelmeyecek, bunun için diğer çocuklarda olduğu gibi tam ve sağ doğum şartı yine aranacaktır. Tam ve sağ doğan çocuğun, dölleme anından itibaren hak ehliyeti sahibi olması, ona anne karnına yerleştirilmeden önce veya o sırada yapılan uygulamalar sonucu verilen zararların tazminini talep etme hakkı tanımaktadır.

Henüz ana rahmine düşmemiş olanlarla ilgili Medeni Kanun'da genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, velayet hakkının kaldırılması ve mirasçılıkla ilgili konularda çeşitli düzenlemeler mevcuttur³². TMK m. 348'de hakimın verdiği velayetin kaldırılmasına yönelik kararın henüz doğmamış, ilerde doğacak çocukları da kapsadığı belirtilmektedir. TMK m. 513'de aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarmada saklı pay özgülemesinin doğacak çocukları da kapsadığı düzenlenmiştir. TMK m. 583'de ise henüz

²⁸ HELVACI, s. 27; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 19; DURAL/ÖĞÜZ, s. 21; TEKİNAY, s. 208; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 243; AYDIN ÜNVER, s. 17.

²⁹ ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek, Miras Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s. 323.

³⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 15; KILIÇOĞLU, s. 201.

³¹ HATEMİ/KALKAN-OĞUZTÜRK, s. 13.

³² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 19.

doğmamış olanların, art mirasçı, art vasiyet alacaklısı ya da üçüncü kişi yararına sözleşmede yararlanan olarak düzenlenmeleri mümkündür.

2. Çocukluğun Sonu

Çocukluk, kişinin fikirsel olgunluğa erişmesiyle yani ergin olmasıyla sona ermektedir³³. Ergin olma yaşı kanun koyucu tarafından belirlenir. Erginlik yaşının belirlenmesinde toplumun sosyal, kültürel, ekonomik ve iklim gibi biyolojik gelişmede etkili çeşitli faktörleri değerlendirilir³⁴. Bu nedenle belirlenen erginlik yaşı ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir.

Medeni Kanunumuz çocukluğun sonu olarak kabul edilen erginliği belirli bir yaştan doldurulmasıyla kazanılmasının yanı sıra evlenme ile ergin olma ve mahkeme kararı ile ergin kılınma olmak üzere üç şekilde düzenlemiştir.

a. Normal Erginlik

Medeni Kanun'un 11. maddesine göre, “erginlik on sekiz yaştan doldurulmasıyla başlar. Ülkemizde on sekiz yaşını dolduran herkes başka hiçbir işleme gerek kalmadan kanunen ergin sayılmaktadır.

Kanun koyucu tarafından belirlenen normal erginlik yaşı ülke şartları göz önüne alınarak belirlenmiştir. Genellikle normal erginlik yaşı çeşitli hukuk sistemlerinde 18- 23 yaş arası değişmektedir³⁵.

b. Evlenmeyle Kazanılan Erginlik

Medeni Kanunumuz bazı durumlarda normal erginlik yaşı olan on sekiz yaşından daha erken de erginliğin kazanılabileceğini düzenlemiştir. Bunlardan birincisi evlenme ile kazanılan erginliktir.

³³ AKYÜZ, s. 105.

³⁴ İNAN, s. 13; ONUR, Bekir, Türkiye’de Çocukluğun Tarihi, Ankara, İmge Kitabevi, 2005, s. 24.

³⁵ AKYÜZ, s. 105- 106.

Normal erginlik yaşının düzenlendiği TMK m. 11 devamında “evlenme kişiyi ergin kılar” denilmektedir. Burada evlenme ile kazanılan erginlik kesin nitelikte olup, evliliğin sonrasında boşanma, ölüm ya da gaiplik kararıyla sona ermesi durumunda bile erginlik devam edecektir³⁶.

TMK m. 124’de ise evlenme yaşı düzenlenmiştir. Buna göre normal evlenme yaşı erkek ve kadın için on yedi yaşının tamamlanmasıdır. Bu yaşı tamamlamış çocuklar veli ya da vasilerinin izni ile evlenebilirler. Veli sıfatını anne ve baba birlikte üstlenmişse, her ikisinin onayı gerekmektedir.

TMK m. 124/ f. 2’de olağanüstü durumlarda, pek önemli bir sebebin varlığı halinde on altı yaşını bitiren kadın ve erkeğin evlenmesine imkan tanınmıştır. Burada bir kimseye genel olarak bir evlenme izni verilmemekte, belirli bir kimse ile evlenmesi için istisnai olarak mahkemece izin verilmektedir³⁷. Hakimin evlenmeye izin vermesi, olağanüstü bir durumun ve önemli bir nedenin varlığı ile on altı yaşın doldurulmasına bağlıdır. Olağanüstü bir durum ve önemli bir nedenin olup olmadığını hakim takdir edecek, çocuğun yüksek yararını gözetecektir³⁸. Hakim evlenmeye izin vermeden önce ayırt etme gücüne sahip küçüğü dinlemeli, evlenmek için gerekli kişiliğe, bedeni ve fikri olgunluğa erişip erişmediğini gözlemlmeli ve gerekirse bu konularda uzman bilirkişilerden gerekli raporları almalıdır³⁹. Olağanüstü bir durumun ve önemli bir nedenin varlığı ahlaki ve sosyal görüşlere göre belirlenecektir. Genellikle evlilik dışında çocuğun gebe kalması durumunda evlenmeye izin verildiği görülmekteyse de olağanüstü durum bundan ibaret de değildir⁴⁰. Nişanlılardan birinin ölüm tehlikesi içerisinde olması, karı koca gibi yaşama, çocuğun kimsesiz ve yoksul olması, evlenmeyle bu durumdan kurtulacak olması gibi durumlar da sayılabilir⁴¹. Ancak bunlar her somut olayın özelliğine

³⁶ AKYÜZ, s. 106; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 64- 65.

³⁷ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 51; SAĞLAM, İpek, Turkish Family Law (Engagement, Marriage, Divorce and the Consequences of Divorce), İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2022, s. 61.

³⁸ AKYÜZ, s.106; SAĞLAM, Family Law, s. 60- 61; ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 52.

³⁹ AKINTÜRK, Turgut/ATES, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, İstanbul, Beta Yayınları, 2020, s. 68.

⁴⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 51.

⁴¹ AKYÜZ, s.106; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 51.

göre hakim tarafından değerlendirileceğinden her zaman olağanüstü durum veya pek önemli bir neden olarak kabul edilmeyebilir⁴².

Düzenlemenin devamında “olanak bulundukça karardan önce ana, baba veya vasi dinlenir” denilmektedir. Buna göre hakim evlenmeyle ilgili izin kararını vermeden önce ana ve babayı ya da vasiyi dinleyecek fakat rızalarını aramadan kararı kendi takdir edecektir. Ayrıca veli ya da vasiyin dinlenilmesi zorunluluk teşkil etmemektedir.

Kanunen düzenlenen evlenme yaşının, normal erginlik yaşından daha düşük bir yaş olarak öngörülmesi tartışmalara yol açmıştır. Bir kimsenin ergin olmadığı için pek çok hukuki işlemi veya sözleşmeyi tek başına yapabilecek tam fiil ehliyetine sahip değilken, kendisine maddi ve manevi ağır sorumluluklar yükleyen evlilik kurumuna ilişkin iradesini ortaya koyup evlilik sözleşmesi konusunda ehil olduğunun kabulü mantıkla bağdaşmamaktadır⁴³. Ancak kanun koyucunun, genel erginlik yaşından daha erken bir yaşı evlenme yaşı olarak saptamasının, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve kültürel durum ile ahlaki ve sosyal kaygılar gereği alınan tedbirlerin bir sonucu olduğu görüşü de mevcuttur⁴⁴.

Evlenme yaşının, genel erginlik yaşından daha erken bir yaş olarak belirlenmesi sonucunda yapılan erken evliliklerin özellikle kız çocuklarının sağlığını, eğitimini ve ekonomik bağımsızlığını olumsuz yönde etkilediği, Dünya Sağlık Örgütü’nün bu konuda yayınladığı raporunda da vurgulanmıştır⁴⁵. Ayrıca çocuk yaşta ve erken evlilikler; evlenen çocuğun beden ve ruh sağlığı açısından zarar verici olmasının yanı sıra, anne - çocuk ölümleri gibi yaşam hakkı ihlaline kadar uzanan aynı zamanda da halk sağlığını tehdit

⁴² (...) 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 124/2. maddesiyle "... Ancak, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir." hükmü getirilmiştir. Hakim tarafından evlenme izni verilebilmesi için on altı yaşını doldurmuş olmak koşulunun yanı sıra olağanüstü durumların ve pek önemli bir nedenin varlığı zorunludur. Tarafların birlikte olup, karı koca gibi yaşamalarının, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 124. maddesinde de belirtilen olağanüstü durum olarak kabulüne imkan bulunmamaktadır. Bu yön gözetilmeden, yazılı şekilde evlenmeye izin verilmesi doğru görülmemiştir (...) Y. 2. HD. 06.05.2015 Tarih, E. 2015/3626, K. 2015/9331 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁴³ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 65; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol, Journal of Yasar University, Cilt 8, Sayı özel, 2013, s. 2180. (Erişim adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasari/issue/19146/203213>. Erişim tarihi: 26.01.2021)

⁴⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, s.65; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 69.

⁴⁵ SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 119.

eden bir dizi riski içermektedir⁴⁶. Bu durum evlenme yaşına ilişkin yasal düzenlemelerin daha net olması ihtiyacını gündeme getirmekte ve çocukların erken yaşta evlendirilmelerini önleme çalışmaları kapsamında evlenme yaşının istisna gözetilmeksizin yasal olarak 18 yapılması, bu alandaki güncel uluslararası metinlerin başlıca önerilerinden birini oluşturmaktadır. Yine, ülkemizce de onaylanan CEDAW⁴⁷ (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi) ve Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁴⁸, genel erginlik yaşının evlilik yaşı olarak da benimsenmesi ve bu yönde yasal düzenleme getirilmesi bakımından bağlayıcı düzenlemelerdir⁴⁹. Medeni Kanunumuza kaynak teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu'nda evlenme yaşı, genel erginlik yaşı ile paralel olarak düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda aynı yönde bir düzenleme mevcuttur. Bu doğrultuda, evlenme yaşının istisna gözetilmeksizin genel erginlik yaşı ile aynı olacak şekilde, ülkemizin de onayladığı ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen uluslararası sözleşmeler ile de uyumlu bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

c. Mahkeme Kararıyla Kazanılan Erginlik

Medeni Kanunumuz bazı şartların sağlanması durumunda çocuğun normal erginlik yaşına gelmeden mahkeme kararıyla ergin kılınmasını düzenlemiştir. TMK m. 12 uyarınca, on beş yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızasıyla ergin kılınabilir⁵⁰.

⁴⁶ Çocuk Yaşta, Erken ve Zorla Evliliklerin Sağlık Riskleri ve Sonuçlarına Çok Sektörlü Yaklaşım Raporu, UNFPA, Ekim 2020, s. 39. (Erişim adresi: https://turkey.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa_cyeze_sagliksonuclariraporu_turkce.pdf, erişim tarihi: 17.02.2020)

⁴⁷ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren, taraf devletlere kadına yönelik ayrımcılığın her biçimini ortadan kaldırma yükümlülüğü getiren uluslararası bir sözleşmedir.

⁴⁸ Convention on the Rights of the Child, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş, 2 Eylül 1990 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 2181

⁵⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 66; HELVACI, s. 52.

Mahkeme kararıyla küçüğün ergin kılınması için öncelikli şart on beş yaşın tamamlanmasıdır. Mahkemeye başvuru anında değil, karar anında on beş yaşın tamamlanmış olması gerekir⁵¹.

Ergin kılınmayı isteme kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve bu hak çocuğa ait olup bizzat çocuğun kendisi tarafından kullanılır⁵². Kurucu unsur niteliğinde olan çocuğun istemi olmaksızın, mahkeme ergin kılınmasına hükmedemeyecektir⁵³.

Mahkeme kararıyla ergin kılınmayı isteyen küçük, velayet altında ise velisinin izni, vesayet altında ise vesayet makamı olan sulh mahkemesinin izni ve denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinin onayı gerekmektedir. Burada bahsedilen velinin ya da vesayet makamının izni ergin kılınma isteminde bulunmak için değil ergin kılınma kararının verilebilmesi için gereklidir⁵⁴.

Ergin kılınma kararı çocuğun yararına uygun olmasına rağmen, velisinin haklı bir sebebi olmaksızın rıza göstermekten kaçındığı durumlarda velayet hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır⁵⁵.

TMK m. 12’de mahkemece ergin kılınma için gerekli şartların yerine getirilmesi durumunda mahkemece erginlik kararı verilebilmesi için hakimın takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Hakim erginlik kararını verirken çocuğun yüksek yararına uygun olup olmadığını araştırarak karar verecektir⁵⁶.

Mahkeme kararı ile birlikte ergin kılınan çocuk, erginliğin bütün hukuki sonuçlarından yararlanacaktır. Ancak kanunun belirli bir işlemin yapılması için özel bir

⁵¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 55.

⁵² AKYÜZ, s. 106.

⁵³ “...nüfus kaydına uygun gelişimli, halen 15 yaşını bitirmiş 16 yaşı içerisinde bulunan, bedensel, ruhsal bir hastalık bulgu veya belirtisi görülmediği, zeka geriliği belirtisine rastlanmadığı, psikolojik gelişiminin yaşı ile uyumlu olduğunun bildirildiği, velisi anne ve babanın duruşmada alınan imzalı beyanları ile kazai rüşt kararı verilmesine izin verdiklerini bildirmeleri karşısında küçük U'nun da bu konudaki isteği zapta geçirilmek suretiyle, isteğinin olumlu olması durumunda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir.” Y. 18. HD. 21.02.2013 Tarih, E. 2012/13948, K. 2013/2247 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁵⁴ AKYÜZ, s. 107.

⁵⁵ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 249; ÖZSUNAY, s. 46; AKYÜZ, s. 107.

⁵⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 68

yaş şartı öngördüğü, evlenme gibi durumlarda, mahkeme kararıyla kazanılan erginlik, o işlem için öngörülen özel yaşı yerine geçemeyecektir⁵⁷.

3. Çocuğun Ehliyeti

a. Hak Ehliyeti

Çocuğun haklara ve borçlara sahip olabilmesi, hak ehliyeti olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Hak ehliyeti, pasif bir ehliyet türü olduğundan çocuğun hak ehliyetine sahip olabilmesi için her hangi bir işlem yapmasına ya da her hangi bir irade açıklamasında bulunmasına gerek yoktur⁵⁹.

TMK m. 8 gereğince her insan hak ehliyetine sahiptir ve hakları ile borçlarına sahip olma konusunda eşittirler. Çocuk da kişi olmanın gereği hak ehliyetine sahiptir. Gerçek kişiler tam ve sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştükleri andan itibaren, tüzel kişiler ise geçerli olarak kurulmalarıyla hak ehliyetine sahip olurlar⁶⁰. Çocuklar da sağ ve tam doğmak üzere ana rahmine düştükleri andan itibaren hak ehliyetine sahip olurlar. Yaş küçüklüğü veya ayırt etme gücüne sahip olma yeteneği hak ehliyetine sahip olmanın unsurlarından değildir.

Kişiler TMK m. 8 gereği haklara sahip olma konusunda eşit olmakla birlikte, kanundan doğan bazı sınırlamalar da mevcuttur. TMK m. 502 gereği vasiyetname yapabilmek için on beş yaşın doldurulması yaş bakımından uygulanan sınırlamaya, çocuk ile soybağının ana ile doğumla, baba ile tanıma, evlilik veya hakim hükmüyle kurulması da (TMK m. 282/ f. 1-2) cinsiyet bakımından yapılan sınırlamalara örnektir⁶¹.

⁵⁷ HELVACI, s.55; AKYÜZ, s. 107.

⁵⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 40; ÖZSUNAY, s. 27; HELVACI, s. 43; İMRE, s. 359; KÖPRÜLÜ, s. 130; ZEVLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 82; DURAL/ÖĞÜZ, s. 39; KILIÇOĞLU, s. 213; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 118.

⁵⁹ ZEVLİLER/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 82; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 118; ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 236.

⁶⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 39; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 42; HELVACI, s. 43; İMRE, s. 358; KÖPRÜLÜ, s. 186-187; TEKİNAY, s. 202; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 40-41.

⁶¹ ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 237-238.

b. Hukuki İşlem Ehliyeti

TMK m. 9’da düzenlenen fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle hak sahibi olabilme ve borç altına girebilmesi anlamına gelmektedir. Fiil ehliyeti hak ehliyetinden farklı olarak pasif değil aktif bir ehliyettir, kişi doğumdan itibaren hak ehliyetine sahip olurken, fiil ehliyeti doğumla birlikte başlamamaktadır. TMK m. 10 ve m. 14 gereğince kişinin tam fiil ehliyetine sahip olabilmesi için, ergin olma, ayırt etme gücüne sahip olma ve kısıtlı olmama şartlarını taşıması gerekir⁶². Fiil ehliyetinin kapsamını hukuka uygun fiillerde bulunabilme ehliyeti ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulma ehliyeti oluşturmaktadır⁶³. Hukuki işlem ehliyeti de hukuka uygun fiillerde bulunabilme ehliyeti içerisinde yer alır⁶⁴.

Çocuğun hukuki işlem ehliyeti hukuksal işlemleri yapabilme konusundaki yetkinliği anlamına gelir. Çocuğun hukuki işlem ehliyetine sahip olması ayırt etme gücüyle ilişkili olarak değişmektedir. Ayırt etme gücü kavramı ise bir kişinin fiil ve işlemlerinin etkisini, amacını, neticesini ve kapsamını seçebilme ve bu yönde uygun hareket edebilme yeteneğine sahip olmasıdır⁶⁵. Ayırt etme gücü, düşünsel yeteneğe sahip olma ve buna uygun davranma anlamına geldiğinden hem kişiden kişiye hem de duruma göre değişen göreceli bir kavramdır⁶⁶. Çocuk eğer ayırt etme gücüne sahipse sınırlı ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip değilse tam ehliyetsiz grubuna girecektir.

aa. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuk Yönünden

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk tam ehliyetsiz olduğundan yaptığı hukuki işlemin bir hükmü olmaz⁶⁷. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar ve yasak işlemler⁶⁸ haricinde

⁶² HELVACI, s. 50.

⁶³ KILIÇOĞLU, s. 216; ZEVLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 85; ÖZSUNAY, s. 33.

⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 49- 50.

⁶⁵ AKİPEK, G. Jale, AKINTÜRK, Turgut, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku Cilt I, İstanbul, 2007, s. 288.

⁶⁶ SEROZAN, s. 92; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 288.

⁶⁷ SEROZAN, s. 99; HELVACI, s. 44.

⁶⁸ TMK m. 343’e göre çocuğun hukuksal işlem ehliyeti vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir. TMK m. 449’a göre Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır.

kalan işlemlerde çocuğu yasal temsilcisi temsil ederek, çocuğun adına ve hesabına işlemi yapar. Ayırt etme gücü olmayan çocuğun şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamayacak olması, bu haklara yönelik temsil yasağı nedeniyle haktan yoksun kalmasına neden olacağı sonucunu önlemek için şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar arasında mutlak ve nisbi hak ayrımı yapılmaktadır⁶⁹.

Öğretide bu ayırım genellikle yasal temsilcinin, ayırt etme gücü olmayan çocuk adına bizzat hakkı kullanıp kullanmayacağı hususunda yapılmaktadır⁷⁰. Başka bir görüşe göre ise bu hakların kullanılıp kullanılamayacağı konusunda bir tespit yapılırken kişide bazı özelliklerin bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapmak gerekmektedir⁷¹. Bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılabilmesi için kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasının aranmadığı durumlar vardır ve bu durumlarda bu haklar kişinin yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir⁷². Bazı haklar ise kanunun açık ifade ettiği üzere veya hakkın niteliği gereği sadece hak sahibi tarafından kullanılabilmesi için yasal temsilcinin çocuk adına hareket ederek onu temsili mümkün değildir⁷³. Evlenme, nişanlanma, ölüme bağlı tasarrufta bulunma gibi haklarda kanunda ayırt etme gücünün arandığı açıkça düzenlendiğinden bu işlemler yönünden temsil yasağının bulunduğu açıktır⁷⁴. Bu haklar mutlak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar olarak kabul edilip ancak hak sahibinin kendisi tarafından kullanılabilen haklar iken, kişiliği koruyucu davaları açma ve tanımaya itiraz gibi nisbi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar ayırt etme gücü olmayan çocuk adına yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir⁷⁵.

Bazı şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasının aranmadığı durumlarda bu haklar kişinin yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir⁷⁶. Nitekim, yasada düzenlenen temsile ilişkin hükümlerin amacı da temsil altındaki kişinin korunmasıdır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilci kural

⁶⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 75; ERTAŞ, Şeref, “Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 106, 2000, s. 9. <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/HukukDergileri.aspx>, E.T. 13.02.2021

⁷⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 76.

⁷¹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 319.

⁷² ERKAN, Vehbi Umut/ YÜCER, İpek, “Ayırt Etme Gücü”, AÜHFD, 60 (3), 2011, s. 512. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/624387> E.T. 10.02.2021

⁷³ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 319.

⁷⁴ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 319.

⁷⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s. 75.

⁷⁶ ERKAN/YÜCER, s. 512.

olarak kullanmasa da çocuğun kişiliğinin korunması gibi bazı durumlar bu hakların temsilci tarafından kullanılmasında haklı neden olarak kabul edilebilir⁷⁷. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüş uyarınca, her somut olay özelinde ayrı ayrı değerlendirme yaparak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin menfaatinin ve korunmasının gerektiği, kişiye bağlılığın çok sıkı olmadığı hallerde yasal temsilcinin şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabileceğinin kabulü gerekmektedir⁷⁸.

bb. Ayırt Etme Gücüne Sahip Çocuk Yönünden

Ayırt etme gücüne sahip çocuk sınırlı ehliyetsiz grubundadır ve bazı işlemleri tek başına yapabilir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı, karşılıksız kazandırmaların kabulü, yönetimi kendisine bırakılan serbest mallara ilişki ve başkasının temsilcisi olarak hareket ettiği hukuki işlemleri sınırlı ehliyetsiz çocuk tek başına yapabilecektir.

Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar kural olarak temsil yasağı söz konusu olan mutlak haklar olarak tanımlanmaktadır⁷⁹. Bu haklar kişi varlığı haklarındandır ve hak sahibinin kişiliğinden ayıramaz⁸⁰. Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuk şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını, TMK m. 16 gereğince tek başına kullanabilme hakkına sahiptir. Kanunda bazı şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı yasal temsilcinin rızasına bağlandığı durumlarda yasal temsilcinin rızası çocuğun rızası yerine geçmemekte, çocuğun irade açıklamasını tamamlayıcı işlev görmektedir⁸¹. Çocuk kendi iradesiyle şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanmakta ve buna ek olarak yasal temsilcisinin izni aranmaktadır. Yasal temsilcinin, ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuk adına onun şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanması suretiyle çocuğu temsili mümkün değildir⁸².

Ayırt etme gücü olan çocuk karşılıksız kazandırmaları da kabul ederken TMK m. 16 gereğince yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duymayacaktır. Çocuğa hiçbir şekilde borç

⁷⁷ SEROZAN, s. 94; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 366-367; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127-128.

⁷⁸ ERKAN/YÜCER, s. 513; DURAL/ÖĞÜZ, s. 78.

⁷⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 74.

⁸⁰ ERTAŞ, s. 2.

⁸¹ ERTAŞ, s. 6.

⁸² AKİPEK/AKINTÜRK, s. 325; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 318; DURAL/ÖĞÜZ, s. 77; ERTAŞ, s. 7.

yüklemeyen kazandırmalar karşılıksız nitelikte olduğu kabul edilir⁸³. Bununla birlikte doktrinde TMK m. 16/ f. 2 hükmünün çocuğun tek başına yapabildiği işlemler yönünden dar kaldığı, ayırt etme gücü olan çocuğun karşılıksız kazandırmaların yanı sıra kendisi için sakınca olmayan alacağı tahsil etme, edimi kabul veya ihtar çekme işlerinde de tek başına hareket edebilmesi gerektiği yönünde görüş de mevcuttur⁸⁴.

TMK m. 357/ f. 2 gereğince yönetimi çocuğa bırakılan karşılıksız kazandırmalarda, açıkça aksi öngörülmedikçe, ebeveynler bunlar üzerinde yönetim hakkına sahip olacaklardır. TMK m. 359 gereğince ise bir meslek veya sanatla uğraşması için anne ve baba tarafından çocuğa kendi mal varlığından verilen kısım üzerinde veya çocuğun kişisel kazancında yönetim ve yararlanma hakkı çocuğun kendisindir.

Ayırt etme gücü olan çocuk ebeveynlerinin veya başkasının temsilcisi olabilir, onun adına ve hesabına hukuksal işlem yapabilir. Temsilcide aranılan özellik ayırt etme gücüne sahip olmasıdır, hukuki işlem ehliyetinin tam olması aranmamaktadır⁸⁵. Çocuğun vasi, kayyım ya da yasal danışman olarak atanması ise mümkün değildir⁸⁶.

TMK m. 16 gereğince ayırt etme gücü olan sınırlı ehliyetli çocuk yasal temsilcisinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremez⁸⁷. Burada yasal temsilcinin rızası hukuki işlemin geçerlilik koşuludur. Yapılan bir hukuki işlemde yasal temsilcinin rızası yoksa, çocuk yapılan işlemle bağlı olmazken diğer tarafı bağlamaktadır⁸⁸. Yasal temsilci yapılan işlemi onamazsa ancak diğer taraf işlemle bağlı olmaktan kurtulabilir.

⁸³ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 323.

⁸⁴ SEROZAN, s. 280.

⁸⁵ REİSOĞLU, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 131; Hukuksal işlem ehliyetinin tam ehliyetli olmasının doğrudan temsilde aranmadığı, ancak dolaylı temsilde aranması gerektiği konusunda bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 164.

⁸⁶ HELVACI, s. 57.

⁸⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 80- 81.

⁸⁸ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 329- 330.

C. Uluslararası Sözleşmelerde Çocuk Kavramı

Çocuk kavramı ekonomik, kültürel ve sosyal yönden toplumdan topluma farklılık göstermiştir. Zamana bağlı tüm bu değişkenlere rağmen, uluslararası düzenlenen sözleşmelerde çocuk kavramı tanımının hangi sınırlar dahilinde yapılabileceği konusunda düzenlemeler mevcuttur.

Çocukların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen, kişilik değerlerini korumaya yönelik birçok uluslararası sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşmelerden çalışmamızın konusu itibarıyla de önem arz edenleri çocuk kavramı yönünden incelenmiştir.

1. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Kapsamında Çocuk Kavramı

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından hazırlanan Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Convention on the Rights of the Child) 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiştir. 196 ülkenin taraf olduğu sözleşme, en fazla ülkenin imzaladığı insan hakları belgesi olarak nitelendirilmektedir. Ülkemiz, sözleşmeyi 09.12.1994 tarihinde onaylamış ve 27.1.1995 tarihinde yayınlanarak⁸⁹ iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme bugüne kadar çocuk hakları konusunda hazırlanmış en kapsamlı belge özelliğinde olup, çocukların yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarını tam anlamıyla kullanabilmeleri için sözleşmeye taraf devletlere yükümlülükler getirmektedir⁹⁰.

Sözleşme ayrıca uluslararası hukuk açısından çocuklara yönelik tutum ve davranışlara yönelik evrensel ölçü ve ilkeleri düzenleyen, bağlayıcı güce sahip bir

⁸⁹ Türkiye, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 17., 29. ve 30. Maddelerine Anayasa hükümleri ve Lozan Antlaşması çerçevesinde çekince koymuştur. RG. 27.01.1995 T. – 22184 Sayı. (www.resmigazete.gov.tr)

⁹⁰ **TOPUZOĞLU**, Aşkın, B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s. 327.

hukuksal metin olarak kabul edilmektedir⁹¹. İç hukukumuz açısından da sözleşme Anayasa m. 90 düzenlemesine göre kanun hükmündedir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde çocuk tanımı yapılmıştır. Buna göre; “Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” düzenlemesi mevcuttur. Madde hükmü incelendiğinde çocukluğun başlangıç anı için kesin bir düzenleme olmamakla birlikte, çocukluğun sonu için on sekiz yaş olarak genel bir yaş belirlemesi yapıldığı söylenebilir. Sözleşme hazırlanırken çocuk kavramının tanımı, özellikle çocukluğun başlangıcı konusunda doğum anından itibaren mi yoksa ana rahmine düşme anının mı esas alınacağı konusunda ciddi tartışmalara yol açmıştır⁹². Ancak sözleşmeyi hazırlayan komite çocukluğun başlangıç anına ilişkin kesin bir ifade kullanmaktan kaçınmıştır. Bunun sebebi mümkün olduğunca fazla devletin sözleşmeye taraf olmasını sağlamak ve tarafsızlığı sağlamak adına, çocukluğun başlangıcı konusunda çeşitli yorumlara izin verilmiş ve tanımı bilinçli olarak belirsiz bırakılmıştır⁹³. Ancak, sözleşmenin başlangıç kısmına çocuğun doğumdan sonra olduğu kadar doğum öncesinde de hukuksal konumdan yararlanacağı yönünde bir ifade eklenmesiyle, ceninin hukuksal konumu sorunu çözülmüştür denilebilir⁹⁴. Ancak yine de sözleşme hükümlerinden bu sonucu destekleyen net bir ifadeye de rastlanmamaktadır⁹⁵. Sonuç olarak sözleşme, çocukluğun başlangıç anının taraf devletlerin her birinin kendi yasal düzenlemelerine göre belirlemesini esas olarak kabul etmiştir⁹⁶.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, çocukluğun sonunu tanımlarken daha belirleyici bir dil kullanmıştır. On sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır, düzenlemesiyle çocukluk döneminin sonu için genel bir yaş düzenlemesi belirlenmiştir. Sözleşme aynı

⁹¹ AKYÜZ, s. 47.

⁹² TANRIBİLİR, Feriha Bilge, Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 51.

⁹³ BROUGHTON, Fiona, Overstepping the Mark? The UN Committee on the Rights of the Child's Recommendations to Decriminalise Abortion in Ireland and the Meaning of “Child” within the Convention on the Rights of the Child, International Journal Of Children's Rights, 24, 2016, s. 688.

⁹⁴ AKILLIOĞLU, Tekin, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 13, 1995, s. 4

⁹⁵ OZANSOY, s. 56.

⁹⁶ HODGKIN, Rachel/ NEWELL, Peter, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı (UNICEF), Tercüme: Şebnem Akipek, 2003, s. 4; TANRIBİLİR, s. 52.

zamanda taraf devletlerin on sekiz yaşından daha önceki bir yaşı ergin olma yaşı olarak belirlemeleri durumunda, on sekiz yaşından küçük çocuklara ilişkin yükümlülüklerinin devam edeceğini de belirtmiştir⁹⁷.

2. Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Çocuk Kavramı

Çocuk haklarının uygulanmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi 25 Ocak 1996 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Ülkemiz bu sözleşmeyi 9 Haziran 1999 tarihinde imzalamış ve 1 Şubat 2001 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir⁹⁸.

Sözleşmenin kapsamı ve amacı sözleşmenin birinci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; “bu sözleşmenin amacı, çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır.” Bu kapsamda ülkemizin Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesini uygulayacağını taahhüt ettiği davalar; boşanma, velayet, ayrılık, ana-baba çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalardır⁹⁹.

Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, özel hukuka ilişkin davalarda çocukların adli merciler önünde temsil edilmelerine, bilgilendirilmelerine imkan tanıyan hükümler içermektedir. Ayrıca çocukların davalara katılmalarına izin, bağımsız temsilci ve görüşlerinin alınmasına dair düzenlemelere yer vermektedir.

Sözleşme içeriğinde açık bir çocuk tanımlaması yapılmamıştır. Özellikle B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de olduğu gibi çocukluğun başlangıcına yönelik bir düzenleme de mevcut değildir. Ancak çocukluğun sonuna ilişkin genel bir yaş belirlemesi yapılmıştır. Çocuk Haklarının Uygulanmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 1’de “bu sözleşme on sekiz yaşını henüz tamamlamamış çocuklara uygulanacaktır” denilmektedir.

⁹⁷ HODGKIN/NEWELL, s. 4.

⁹⁸ RG. 01.02.2001 Tarih – 24305 Sayı. (www.resmigazete.gov.tr)

⁹⁹ TOPUZOĞLU, s. 331.

Sonuç olarak, bu sözleşme kapsamında da on sekiz yaşın altındaki her birey çocuk olarak kabul edildiği gibi, çocukluğun başlangıç anının belirlenmesinde taraf devletlerin kendi yasal düzenlemelerinin esas alınacağı söylenebilir.

3. Değerlendirme

Uluslararası sözleşmelerde çocuk tanımının açık bir şekilde yapılmadığı, özellikle çocukluğun başlangıcına yönelik bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Çocukluğun sonuna yönelik ise genel bir yaş belirlemesi yapıldığı ve on sekiz yaşın altındaki her bireyin çocuk olarak kabul edildiği belirtilmiştir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin başlangıç metninde “Çocuk Hakları Bildirisi’nde de belirtildiği gibi çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de uygun yasal korumayı da içeren özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğu” belirtilmiştir¹⁰⁰. Böylece sözleşmenin başlangıç kısmında ceninin durumuna yer verilmiş, doğumdan sonra olduğu gibi önce de hukuksal korumadan yararlanacağı öngörülmüştür. Ancak ne Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ne de Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nde bunu destekleyici düzenlemelere yer verilmemesi eleştiri konusu olmuştur. Her iki uluslararası sözleşmede de çocukluğun başlangıcının açık bir şekilde belirlenmesinden özellikle kaçınılmıştır. Bunun başlıca nedeni, kürtaj gibi doğum öncesi konularda taraf olmak istememek ve böylece sözleşmelerin çok sayıda ülke tarafından imzalanmasını sağlamaktır¹⁰¹. Doğum öncesi konularda haklar üzerinde uluslararası bir uzlaşıya varılmasının zorluğu da dikkat çekicidir. Bu nedenle uluslararası sözleşmeler çocukluğun başlangıç anını, taraf devletlerin yasal düzenlemelerine bırakmıştır.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ni onaylayan taraf devletlerin sayısının fazlalığı ile belirlenen amaca ulaşıldığı söylenebilir. Ayrıca, çocukluğun başlangıcının taraf devletlerin yasal düzenlemelerine bırakılması da ÇHS’ nin 41. maddesi ile de uyumlu görünmektedir. Madde düzenlemesine göre, sözleşmede yer alan hiçbir husus, çocuk haklarının

¹⁰⁰ <https://www.unicef.org/turkiye/en/convention-rights-child>

¹⁰¹ BROUGHTON, s. 688.

gerçekleştirilmesinde daha çok imkan sağlayan ulusal mevzuatın veya taraf olunan başka bir uluslararası sözleşmenin hükümlerini etkilemeyecektir.

Yaşam hakkının düzenlendiği başka bir uluslararası sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁰² m. 2’de de herkesin yaşam hakkının yasayla korunacağı belirtilmiştir. Ceninin bu korumadan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda sözleşmede açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin de vermiş olduğu kararlarda, ceninin de yaşam hakkının sağladığı korumadan yararlanması yönünde açık bir tavır alma konusunda çekinceli davrandığı görülmektedir¹⁰³. Ceninin hukuki anlamda yaşam hakkına sahip insan veya kişi olarak kabul edilmesi ile hukuki anlamda koruma altına alınması farklı durumlardır¹⁰⁴. Ceninin kişi sayılıp sayılmadığı, yaşam hakkına sahip olup olmadığı konusunda uluslararası alanda bir uzlaşma olmasa da hukuken korunması gerektiği tereddütsüz kabul edilmektedir¹⁰⁵. Her şeyden önce ceninin potansiyel yaşamın başlangıcı olmasından dolayı insan onuru adına hukuken korunması gerekmektedir. Çocukluğun başlangıcının belirsizliği noktasında, uluslararası sözleşmeler çocuğa doğum öncesi hukuki güvence sağlama konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle ceninin hukuki statüsünü, yaşamın başlangıcını belirleyici yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

¹⁰² European Human Rights Convention, 4 Kasım 1950’de Avrupa Konseyi üyeleri tarafından imzalanan uluslararası sözleşmedir.

¹⁰³ “..AİHM Büyük Dairesi’nin 08.07.2004 tarihli Vo/Fransa kararında, cenine zarar verme olayının sözleşmenin 2. maddesi kapsamında bir suç olarak değerlendirilmesinin gerekip gerekmeyeceği tartışılmıştır. Somut olayda, altı aylık hamile olan ve Fransızca konuşamayan başvuru, rutin bir check-up için hastaneye gitmiş, hastane personelinin hastaların soyadlarını karıştırması nedeniyle yapılan hatalı müdahale sonucunda, başvuru ileri bir tarihte çocuğunu aldırarak zorunda kalmıştır. Ulusal hukukta başvuru, doktorlara karşı adam öldürme davası açamamıştır, çünkü Fransız hukukuna göre ceninin taksirle öldürme suçunun mağduru olması mümkün değildir. AİHM ceninin yaşama hakkının korunmasından yararlanıp yararlanmayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçınmıştır. Mahkeme’nin vardığı sonuç, o an itibarıyla henüz doğmayan çocuğun AİHS m. 2 kapsamında bir kişi sayılıp sayılamayacağı konusunda soyut bir cevap vermenin mümkün olmadığı şeklindedir. Yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi olduğundan mahkeme somut olayda hamileliğin sona erdirilmesinin m. 2 kapsamına girip girmediğini incelemeyi gereksiz bulmuştur.” ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, Yaşama Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 103, Kasım 2012, ss. 137- 168, s. 162- 163.

¹⁰⁴ TACİR, Hamide, Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt 19, Sayı 2, ss. 1301-1320, 2013, s. 1303. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48280/623848> E.T. 04.03.2021

¹⁰⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s. 143; TACİR, s. 1304.

II. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI İLKESİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Çocuğun yüksek yararı kavramı genel olarak bir çocuğun menfaatini ve esenliğini ifade etmektedir. Çocuğu ilgilendiren her iş ve işlemde, düzenlemede göz önünde bulundurulması gereken bir kavram olma özelliği taşır. Bu nedenledir ki, çocuk ile ilgili ulusal ve uluslararası düzenlemelerin temelini oluşturmaktadır.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin yapı taşıdır denilebilir. Sözleşme bu ilke çerçevesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yasama organları, idari makamlar, mahkemeler, sosyal yardım kuruluşları ve ebeveynler tarafından çocuklarla ilgili olarak yapılan tüm faaliyetlerde çocuğun yararı esas alınmalıdır¹⁰⁶. Çocuğun kendisini ilgilendiren her durum ve olay karşısında karar alırken, mutlak suretle çocuk için mümkün olan en iyi çözümün tercih edilmesini gerektirir¹⁰⁷. Somut olayda çocuğun yararı öncelikli düşünce olarak göz önüne alınır¹⁰⁸.

Çocuğun yararı kavramı öğretide, kanunlarda ve ÇHS'de tanımlanmamıştır¹⁰⁹. Bunun sebebi kavramın içeriğinin belirlenmesinde yaşanan güçlülüdür. Bununla birlikte sözleşmeyi hazırlayanların bilinçli tercihi olarak görülmektedir¹¹⁰. Kavramın esnekliği ve ihtiyaçlara göre şekillenebilen dinamik niteliği bunu gerekli kılmıştır. Öyle ki, çocuğun üstün yararındaki bu esnek nitelik, her somut olay özelinde çocuğun bireysel durumuna bağlı olarak adapte olabilen bir karar alma mekanizması sağlamaktadır¹¹¹.

¹⁰⁶ **TOPUZOĞLU**, Aşkın/ **DEMİRKALE**, Ayşenur/ **DEMİR**/ Selmin Cansu, Çocuk Hakları Mevzuatı, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi, İstanbul Barosu Yayınları, 2018, s. 597; **HODGKIN/NEWELL**, s. 40.

¹⁰⁷ **ÖZER TAŞKIN**, Özden, Velayette Çocuğun Üstün Yararı İlkesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2006, s. 19; **ÖZTAN**, Aile Hukuku, s. 510.

¹⁰⁸ **ŞİRİN**, Memduh Cemil, Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış, Çocuk ve Medeniyet Dergisi, S. 2, ss. 219-240, 2019, s. 221. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1335781> E.T. 05.04.2021

¹⁰⁹ **AKYÜZ**, s. 53; **DEDE**, İsmail, Çocuğun Velayet İlişkisinde Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 54.

¹¹⁰ **DEDE**, s. 54.

¹¹¹ **ÇELEBİ**, Özgün, Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (1), 27-77, 2021, s. 38. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1734768> E.T. 07.08.2022

Çocuk haklarının güvence altına alınmasında temel ilke görevi üstlenen çocuğun üstün yararı kavramı, çocuk adaleti alanında bu kavramın tanımının, çocuğun yaşı, biyolojik ve sosyal durumu dikkate alınarak yargı süreçlerinde bir katılımcı olarak hayatı ve sosyal ihtiyaçlarının güvence altına alınması için yalnızca genel bir kılavuz olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹¹².

Çocuğun yüksek yararı kavramıyla anlatılmak istenen çocuğun kısa vadeli, dar bencil menfaati değil, aksine uzun vadeli, geniş kapsamlı ve gelecekteki sosyal çevre içerisindeki çocuk yararırır¹¹³. Bu yönüyle de unsurlarının belirlenmesi açısından çok bilimli bir çalışmayı gerektiren bir kavram olma özelliğindedir. Aynı zamanda çocuğun yüksek yararı kavramı çerçevesi esnek, hakimin takdirine açık ve her bir somut olayın özelliklerine uyarlanması gereken hakkaniyet kavramı olma özelliği de taşımaktadır¹¹⁴. Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuğa daha fazla odaklanan ve çocuk merkezli kararların alınmasına imkan tanımaktadır. Hakimler, çocuğu ilgilendiren bir meselede karar alırken gerçekten çocuk merkezli bir karar verebilmeleri için takdir yetkilerini kullanacaklardır. Çocuk merkezli yaklaşım, her çocuğun benzersiz bir birey olduğu temeline dayanmaktadır. Bu hususta hakimin sahip olduğu takdir yetkisi, çocuklar arasındaki bireysel farklılıkları hesaba katmasına ve belirli bir çocuğun farklı özelliklere sahip olduğu durumlarda tipik ihtiyaçlardan sapma esnekliğine imkan tanımaktadır¹¹⁵. Çocuğun bireyselliğinin göz önüne alınması, asıl amacı çocuğun birey olarak refahının korunması olan yüksek yararın belirlenmesinde oldukça önemlidir.

B. Gelişimi ve Tarihçesi

Çocuğun yüksek yararı ilkesi kavramı zaman içerisinde çocuk haklarının ve çocuğun korunmasına yönelik yaptırımların gelişimi ile şekillenmiştir. Çocukluk kavramı evrensel bir kategori olmayıp, tanımlandığı dönemin tarihsel ve toplumsal koşullarıyla

¹¹² VESELOV, Mykola, “Administrative And Legal Ensure Of “The Best Interests Of The Child”In The Field Of Junior Justice”, Public Administration and Law Review, (3), ss. 49- 56, 2020, s. 55. <https://public.scnchub.com/palr/index.php/palr/article/view/43/26> E.T. 10.05.2021

¹¹³ SEROZAN, s. 65; DEDE, s. 57; VESELOV, s. 52; ÇELEBİ, s. 38- 39.

¹¹⁴ AKYÜZ, s. 53; SEROZAN, s. 65.

¹¹⁵ KRUTZINNA, Jenny, “Who is ‘The Child’? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making”, The International Journal of Children's Rights, (30) 2022, ss. 120-145, s. 140-141. https://brill.com/view/journals/chil/30/1/article-p120_7.xml?ebody=pdf-60564 E.T. 12.08.2022

belirlenen kültürel bir kurgudur¹¹⁶. İlkel toplumlarda ailesine ekonomik yarar sağlayan bir varlık olarak görülen çocuk, ekonomik bunalım dönemlerinde bir yük haline gelmekteydi¹¹⁷. Ortaçağda yetişkinlerden ayrı bir kavrama sahip olmayan çocukluğun ayrı bir kategori olarak belirlenmesi, Aydınlanma dönemi ve sonrasında ortaya çıkan tarımsal ekonomiden kapitalizme doğru bir dönüşüme girilmesi, orta sınıfın güçlenmesi, üretim ilişkilerindeki dönüşümün devlet ve bireyi yeniden tanımlama işlevi ile gerçekleşmiştir¹¹⁸.

Çocuk haklarının hukuksal bir kurum çerçevesinde ele alınmasına yeniçağda başlanmıştır¹¹⁹. Çocuk haklarının gelişmesi, çocuğun korunması fikrinin ortaya çıkışı ile başlamış, çocuğun korunmasının kapsamı ve şekli ise tarihsel süreçte toplumun ekonomik, kültürel, sosyal gelişim ve örgütlenmesine bağlı olarak değişiklik göstermiştir¹²⁰. Orta çağdan beri Batı Ülkelerinde yayılmaya başlayan hümanist düşünceler, doğal hukuk anlayışı ve Fransız Devrimi çocukları korunması fikrinin geniş kitlelerce benimsenmesinde etkili olmuştur¹²¹.

Uluslararası alanda çocukların korunmasına ilişkin bir örgütün kurulması düşüncesini ilk olarak 1894 yılınca Jules de Jeune ortaya atmıştır¹²². Çocukların korunması alanında uluslararası bir merkez kurulması girişimi ilk olarak 1912 yılında İsviçre’de görülmüş ancak Birinci Dünya Savaşı’nın çıkmasıyla birlikte bu çalışmalara ara verilmiştir. Savaş sonunda Cenevre’de kurulan Uluslararası Çocuklara Yardım Birliği tarafından hazırlanan 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi¹²³, çocuk haklarının

¹¹⁶ VESELOV, s. 52; TAN, s. 11- 12; OZANSOY, s. 45; GALEŞ, Narcisa/FLOREA, Dumitrita, “Best Interests of the Child – the Legal Determination of the Principles”, European Journal of Law and Public Administration, V. 8, I. 2, 2022, ss. 15- 25, s. 16- 17, <https://970e22ceb1309b85a3bb416ee262012c4031f684-ebshost.vetisonline.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=ba2ca754-4e2c-4570-82e8-1f440c7e8719% E.T. 15.08.2022>

¹¹⁷ AKYÜZ, s. 21; OZANSOY, s. 45.

¹¹⁸ OZANSOY, s. 45- 46; KRUTZINNA, s. 123- 124; GALEŞ/FLOREA, s. 18.

¹¹⁹ AKYÜZ, s. 27; TAN, s. 12; OZANSOY, s. 46; ÖZER TAŞKIN, s. 5.

¹²⁰ FRANKLIN, s. 24; ÖZER TAŞKIN, s. 4- 5; İNAN, s. 3- 7; AKYÜZ, s. 65; GALEŞ/FLOREA, s. 21.

¹²¹ ÖZER TAŞKIN, s. 16; AKYÜZ, s. 27; İNAN, s. 81; OZANSOY, s. 52- 53.

¹²² DOLGİN, Janet L., “Why Has the Best-Interest Standard Survived?: The Historic and Social Context”, Children Legal Rights Journal (16), 1996, s. 2, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clrj16&div=5&id=&page E.T. 24.04.2021; İNAN, s. 86; AKYÜZ, s. 42.>

¹²³ Orjinal adı “Declaration of the Rights of the Child” olan Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi 1924 yılında Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilmiştir.

uluslararası alanda düzenlenmesine yönelik ilk somut adım olarak kabul edilir¹²⁴. Bildirge beş ilkedен oluşmaktaydı ve bağlayıcı olmaktan ziyade çocukların korunması ve çocuklara yardım çalışmaları için yol gösterici bir niteliğe sahipti. Öyle ki; Çocuk Hakları Bildirgesi'nde çocuk başkalarına haklarını ileri sürme yeterliliğine sahip aktif bir süje yerine pasif bir obje olarak tasvir edilmiştir¹²⁵.

Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi, 1959 yılında Birleşmiş Milletler tarafında gözden geçirilip geliştirilerek Çocuk Hakları Beyannamesi hazırlanmıştır. Böylece hazırlanan bu beyanname ile 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin fikri temellerinin atıldığı söylenebilir¹²⁶.

Çocuk Hakları Beyannamesi ile tespit edilen ilkelerin geliştirilerek kapsamlı bir sözleşme haline getirilmesi ve uluslararası hukukta bir güvence mekanizması sağlanması yönünde 20 Kasım 1989 tarihinde Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu sözleşme uluslararası hukukta çocuk haklarını düzenleyen temel yasal metin olarak kabul görmektedir¹²⁷. Böylece daha önce yasalarda sadece çocuğun yararı, iyiliği biçiminde ifade edilen kavram ilk kez Çocuk Hakları Beyannamesi'nde ve daha sonra bağlayıcı nitelikte olan Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde çocuğun yüksek yararı kavramına ve bir kurala dönüşmüştür¹²⁸.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin temelini oluşturmaktadır. Çocuğun yüksek yararı kavramı, esasen şefkat ilkesi olarak başlayıp, bir yetişkinin yalnızca çocuğun deneyim ve muhakeme eksikliği nedeniyle bir çocuk adına karar verebilecek durumda olduğunun kabul edilmesinden

¹²⁴ AKYÜZ, s. 42- 43; OZANSOY, s. 53; DOLGIN, s. 2- 3.

¹²⁵ TANRIBİLİR, s. 46; ÖZER TAŞKIN, s. 17

¹²⁶ VAN BUEREN, Geraldine, The International Law on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, s. 10- 11.

(https://books.google.com.tr/books?id=xEAmkaqn8lMC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&ad=0#v=onepage&q&f=false) E.T. 16.05.2021

¹²⁷ AKYÜZ, s. 45; VAN BUEREN, s. 11.

¹²⁸ YÜCEL, Özge, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, Aralık 2013, s. 117- 137, s. 118; DOLGIN, s. 3.

kaynaklanan, yetişkin gücünün kendi kendine koyduğu bir sınırlama olarak kabul edildi¹²⁹.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de düzenlenen haklar çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda düzenlendiğinden, ilke bu hakların yorumlanması ve kullanılmasında bir çatı görevi üstlenmektedir. Sözleşmeye taraf devletler de iç hukuk düzenlemelerini bu ilke doğrultusunda yapmakla yükümlü tutulmuşlardır. Yerel düzeyde çocuğun yüksek yararının ne olduğu konusu bir yana çocuğun çıkarlarının nelerden oluştuğu konusunda bir anlaşma eksikliği mevcuttur¹³⁰. Bu nedenle iç hukuk uygulamalarında somut olayın özelliğine göre yüksek yararın belirlenmesinde yargıca geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

Sonuç olarak denilebilir ki; çocuğun yüksek yararı ilkesi tarihsel süreçte çocuk haklarının gelişimi konusunda bir denge işlevi görmüş ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin bu ilke temelinde şekillenmesi ağırlığın çocuk lehine kaydırılmasında etkili olmuştur.

C. İlkenin Tanımlanamazlığı, Hukuki Niteliği ve Önemi

Çocuğun yüksek yararı ilkesi Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde tanımlanmamıştır. Sözleşmenin temel ilkesi kabul edilen çocuğun yüksek yararı üçüncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir.¹³¹” Bu doğrultuda çocuğu ilgilendiren her iş ve işlemde çocuğun menfaatinin gözetilmesi gerekmektedir. Ancak bu ilkenin nasıl uygulanacağı konusunda da sözleşme özel bir açıklama yapmamıştır. Çünkü çocuğun yararı değişik durumlarda ve çeşitli bakımlardan söz konusu olduğu için tüm uygulama durumlarını kapsayan genel bir tanımlama yapmak mümkün olmadığı gibi her somut olayın özelliğine göre belirlenmesi gereken bir kavram olma özelliği taşır. Bu nedenle kanun koyucular, çocuğun yararı

¹²⁹ VAN BUEREN, s. 45- 46; AKYÜZ, s. 45.

¹³⁰ VAN BUEREN, s. 46.

¹³¹ TOPUZOĞLU/DEMİRKALE/DEMİR, s. 597.

kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunu uygulamadaki somut koşullara, psiko-sosyal bilimlerin gelişen ve değişen verilerine uygun bir biçimde yorumlanmasına imkan sağlamak üzere hakimın takdirine bırakmışlardır¹³². Çocuğun yararı, ‘haklı neden’ kavramı gibi soyut olması nedeniyle hakimın takdir yetkisi ile somut olayın özelliklerine uyarlanabilecek esnek bir kavramdır¹³³.

Çocuğun üstün yararı, deneyim ve muhakeme eksikliği nedeniyle sadece bir yetişkinin çocuk adına karar verebilecek konumda olduğu düşüncesinin, çocuklar üzerindeki kontrolsüz gücünü sınırlamak adına geliştirilmiş bir ilkedir¹³⁴. Bu aynı zamanda temelde yatan bir yetersizlik karinesinden ziyade bir yeterlilik karinesi olarak ispat yükünü çocukların haklarını kullanmasını reddedenlere kaydırır¹³⁵. Böylece velayetin sınırlarının belirlenmesi amacıyla kullanılan bir kavram olarak ortaya çıktığı da söylenebilir¹³⁶.

Çocuğun yüksek yararı, çocuğa tanınmış asli bir hakkın temelini oluşturmaktadır¹³⁷. Öyle ki, bu asli hak, sözleşmenin çocuğa ilişkin alınacak bir kararda çocuğun yüksek yararı ilkesinin uygulanmasının garantisine sahip olma hakkı olarak kendini gösterir. Bu yönde sözleşme, taraf devletlere ilkeyi temel alan mekanizmaları kurma ve mevzuat düzenleme yükümlülüğü yüklemektedir.

Çocuğun yararının asli bir hak olarak nitelendirilmesi, yüksek yararın çocuk haklarıyla eşit tutulabileceğini göstermektedir¹³⁸. Birleşmiş Milletler Komitesi, sözleşmede yüksek menfaatleri asli bir hak olarak açıkça nitelendirmenin yanı sıra, çocuğun yüksek menfaati kavramının sözleşmede tanınan tüm haklardan hem tam ve

¹³² AKYÜZ, s. 53.

¹³³ ERLÜLE, Fulya, “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 3-4, ss. 181- 200, 2010, s. 187. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1275> E.T. 22.06.2021

¹³⁴ ZERMATTEN, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, International Journal of Children’s Rights 18 (2010) 483–499, s. 485- 486.

¹³⁵ VAN BUEREN, s. 51.

¹³⁶ ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereği, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt:1, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2010, s. 830; ERLÜLE, s. 192- 193.

¹³⁷ ZERMATTEN, s. 485.

¹³⁸ SORMUNEN, Milka, Understanding the Best Interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights, Human Rights Law Review, Volume 20, Issue 4, December 2020, Pages 745–768.

etkili bir şekilde yararlanılmasını hem de hukukun bütüncül gelişimini sağlamayı amaçladığını vurgulamaktadır. Bu nedenle çocuğun en yüksek çıkarlarını hak temelli bir anlayışla sözleşme temelinde değerlendirilmesi ve belirlenmesi gerekecektir.

Çocuğun yüksek yararı kavramının hukuki niteliği, asli bir hak olmasının yanı sıra bir usul kuralı olarak da ifade edilmektedir¹³⁹. Karar verme aşamasında, çocuğun yüksek yararına usule ilişkin bir yaklaşım farklı vaka gruplarında tutarlı bir şekilde uygulanmasına imkan sağlayacaktır¹⁴⁰. Öyle ki kavram usule ilişkin bir yükümlülük olarak algılandığında, çocuklarla ilgili tüm işlemlerde en yüksek yararı gözetme yükümlülüğü merkezi hale gelmektedir.

Kavram aynı zamanda çocukların hakları ve yükümlülükleri üzerinde daraltıcı ve genişletici etki yapan bir yorum aracı olma özelliği de taşımaktadır¹⁴¹. Bir hüküm bir kaç şekilde yorumlanabiliyorsa, çocuğun yüksek yararına en etkili şekilde hizmet eden yorum seçilmelidir. Çocuğun yüksek yararı kavramının yorumlama işlevi, aynı çocuğun iki hak ya da çıkarının çatıştığı ya da yarıştığı durumlarda hangisinin uygulanacağı konusunda uygulama alanı bulur. Ancak bu noktada yüksek yararın ne olduğu konusunda kavramın muğlaklığı sorun yaratsa da yüksek yarar değerlendirilmesi yapılırken göz önüne alınacak unsurların önemi göze çarpmaktadır. Bir başka sorun da dengeleme haklarıyla ilgili olarak bir çocuğun çıkarlarının, ebeveynlerin, başka çocukların veya devletin çıkarlarıyla çatıştığı durumda hangisine ne ölçüde öncelik verileceği konusundadır¹⁴². Böyle bir durumda, çocuğun yüksek yararının üstün tutulması gerekmektedir. Yüksek yararın belirlenmesi, somut olayın özelliğine göre kararı verecek yargıcın takdirine kalmaktadır¹⁴³. Bu noktada da kavramın göreceliği ve belirsizliği yargıcın takdir yetkisini oldukça genişletmekte ve tutarsız içtihatlarla yol açma riski taşımaktadır¹⁴⁴. Karar verme aşamasında, çocuk yetişkin bir kişi olsaydı, kendisini ilgilendiren herhangi bir konuda

¹³⁹ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 118; Velayetin kurulmasında, velayetin eşlerden birine bırakılmasında veya velayetin kaldırılmasında ilk dikkate alınan çocuğun yararadır, UZUN KAZMACI, Özge, “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, ss. 171- 186, Haziran 2018, s. 173, <https://jurix.com.tr/article/18137> E.T. 23.03.2021

¹⁴⁰ SORMUNEN, s. 767.

¹⁴¹ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 118; ZERMATTEN, s. 489.

¹⁴² ZERMATTEN, s. 495.

¹⁴³ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 118.

¹⁴⁴ ELÇİN GRASSINGER, s. 831; AKYÜZ, s. 53; YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 118; ZERMATTEN, s. 495.

kendi yararı için nasıl bir karar verecek idiyse, çocuk için karar verme konumunda olan kişinin de aynı yönde karar vermesi sağlanabiliyorsa, çocuğun yüksek yararı korunmuş olacaktır¹⁴⁵.

D. Belirlenmesinde Temel Alınacak Ölçütler

1. Çocuğun Dinlenilmesi

Çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde temel alınacak ölçütlerin başında çocuğun dinlenilmesi yani görüşüne başvurulması, çocuğun istek, duygu ve düşüncelerinin çocukla görüşülerek ya da farklı uygun bir yolla iletişim kurularak öğrenilmesidir¹⁴⁶. Çocuğun görüş ve düşüncelerini açıkça ve net bir şekilde ifade etmesi yaşına göre değişim gösterir. Dolayısıyla çocukla iletişim kurmanın yolları yaşına göre farklılaşacak ve uzman desteğine ihtiyaç duyulabilecektir. Oyun terapisi gibi resim, şarkı, şiir çocukla iletişim kurmanın yollarını oluştururlar.

Kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip her çocuk, kendisini etkileyen her konuda bu görüşlerini özgürce ifade etme hakkına sahiptir¹⁴⁷. Kendi görüşlerinin oluşturma becerisine sahip çocukların görüşüne başvurulmasında mülakatlar önemli rol oynamaktadır. Her somut olayın özelliğine göre, önerilen bir durumun çocuğun yararı üzerindeki etkilerini doğru bir şekilde değerlendirebilmek için çocuğun düşüncelerini, fikirlerini ve görüşlerini bilmek çok önemlidir¹⁴⁸.

Çocuğun görüşlerinin kendini rahat hissedeceği bir ortamda dinlenmesi, çocuğa yöneltilen soruların kısa, açık ve anlaşılır olması, çocukla farklı yöntemler kullanılarak iletişim kurulması çocuğun görüşlerinin öğrenilmesi konusunda yardımcı olacaktır¹⁴⁹. Aynı şekilde çocuğa konuyla ilgili olası farklı seçenekler hakkında bilgi vermek, cevap

¹⁴⁵ AKYÜZ, s. 54.

¹⁴⁶ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 119.

¹⁴⁷ BMMYK, Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair BMMYK Kılavuz İlkeleri, Mayıs 2008, s. 36. (Erişim adresi: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa69594>, erişim tarihi: 09.11.2020)

¹⁴⁸ BMMYK, Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair BMMYK Kılavuz İlkeleri, s. 36.

¹⁴⁹ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 119.

vermeyi reddetme ve “hayır” deme hakkı olduğunu hatırlatmak ve düşüncelerini değiştirmelerine izin vermek yüksek yararın belirlenmesinde önemlidir¹⁵⁰.

2. Uzman Görüşünün Alınması

Çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde alanında uzman kişilerin de sürece dahil edilmesi gerekir. Hem çocuğun duygu, düşünce ve isteklerinin tespitinde hem de yüksek yarar belirlemede izlenecek yolun çocuğun sağlığı, gelişimi ve ihtiyaçları bakımından yeterli ve uygun olup olmadığının analizi noktasında uzman görüşünün alınması gereklidir.

Günümüzde çocuğun yararı temel bir hukuk ilkesi olmakla birlikte kökeni bakımından hukuki değil felefi bir kavramdır¹⁵¹. Aynı zamanda çocuk hukukuna ilişkin konular çok disiplinli çalışmayı gerektirdiğinden, özellikle çocuğun yararı konusunda bir değerlendirme yaparken psiko- sosyal bilimlerin esaslarına göre bu alanlarda uzman kişilerin görüşlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle çocukların ihtiyaçlarını düşünürken kullanılan psikolojik ve gelişimsel kavramların, en yüksek yarar standardı kapsamında değerlendirilmesi için sürekli ve ciddi olarak disiplinler arası çalışma grupları oluşturulmalıdır¹⁵².

Yüksek yararın belirlenmesinde uzman görüşünün alınması hem değerlendirme sürecinde çocuğun zarar görmesini engellemekte hem de konuyla ilgili çocuğun gerçek iradesini ortaya koymada önemli rol oynamaktadır¹⁵³. Alanında uzman kişi, çocuğun yararına neyin uygun olup olmayacağı konusunda sadece bilimsel ve objektif esaslara göre değerlendirme yapmalıdır. Yargılama aşamasında ise konuyla ilgili son kararı verme

¹⁵⁰ BMMYK, Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair BMMYK Kılavuz İlkeleri, s. 37.

¹⁵¹ AKYÜZ, s. 55.

¹⁵² KELLY, Joan B., The Best Interests Of The Child A Concept In Search Of Meaning, Family And Conciliation Courts Review, Vol. 35 No. 4, October 1997, 377- 387, Sage Publications, Inc. s. 386.

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.174-1617.1997.tb00480.x> E.T. 03.04.2021

¹⁵³ POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin, Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi, TBB Dergisi 2015 (118), 243- 254, s. 252- 253. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-118-1479> E.T. 15.04.2021

yetkisi hakime ait olacaktır. Hakim, takdir yetkisi dahilinde, uzman görüşünü serbestçe değerlendirmekle yükümlüdür.

3. Çocukla İlgili Bilgi Toplanması

Çocuğun yüksek yararı belirlenirken çocuğun yakınlarıyla olan ilişkilerinin gözlemlenmesi ve yakınlarının görüşlerine başvurulması gerekir. Çocuğun evdeki diğer çocuklarla ilişkileri, okula gidiyorsa öğretmeni ve arkadaşlarıyla olan ilişkileri, kendisiyle yakından ilgilenen kişilerle birlikte anne ve babasıyla olan ilişkileri de ayrı ayrı gözlemlenmesi gerekir¹⁵⁴.

Yüksek yararın belirlenmesinde çocuğu en iyi tanıyanlardan, anne babanın görüşleri önemlidir. Medeni Kanunumuz mahkeme kararıyla ergin kılınma gibi durumlarda ise anne babanın görüşü veya rızasını gerekli görmektedir. Anne babanın yanı sıra somut olayın özelliğine göre çocuğa yakın başka kişilerin de görüşlerine başvurulabilir. Özellikle kardeşlerden, varsa koruyucu aileden ve vasilerden elde edilecek bilgiler çok önemlidir¹⁵⁵.

4. Çocuğun Uzun Vadeli Yararı

Çocuğun yüksek yararı kavramıyla, çocuğun kısa vadeli, dar ve bencil yararı anlaşılmamalıdır. Bu kavram ile çocuğun uzun vadeli, geniş kapsamlı, gelecekteki ve toplumsal çevre içerisindeki yararı kastedilmektedir¹⁵⁶. Yüksek yarar değerlendirmesi yaparken sadece çocuğun tespit anındaki şartları değil gelecekteki konumu da göz önüne alınmalıdır. Öyle ki hakim karar verirken, çocuğun bir yetişkin olduğunda ve geriye dönüp baktığında hangi kararı isteyeceğinin değerlendirmesini yapmalıdır¹⁵⁷.

¹⁵⁴ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 120.

¹⁵⁵ BMMYK, Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair BMMYK Kılavuz İlkeleri, s. 38.

¹⁵⁶ AKYÜZ, s. 54; SEROZAN, s. 65.

¹⁵⁷ PARKER, Stephen, The Best Interests of The Child Principles And Problems, International Journal of Law and the Family 8, (1994), 26- 41, s. 30. <http://lawfam.oxfordjournals.org/> E.T. 18.05.2021

Çocuğun yüksek yararı belirlenirken, çocuk için iyi olan herhangi bir seçenek değil en iyi seçeneği belirlemek gerekir. Bu nedenle her somut olayın özelliğine göre geniş kapsamlı bir değerlendirme yapmak gereklidir.

5. Yaşadığı Yerin Arka Plan Bilgisi

Yüksek yarar belirlenirken her çocuğun yaşadığı yerin, toplumun sosyal, kültürel ve ekonomik koşullarının göz önüne alınması gerekir. Çocuklarla ilgili kararlar farklı kültürlerde alındığından, çocuğun yüksek yararı kavramı kültürel değerlere göre değişebilen bir kavramdır¹⁵⁸. Örneğin, bizim kültürümüzde geniş aile yapısı egemen olduğundan, çocukla kişisel ilişki tesisine dayalı kararlarda çocuğun yararının belirlenmesinde etkili olacaktır.

Çocuğun yaşadığı yerin toplumsal ve kültürel özelliklerinin önemi Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de belirtilmiştir. Ancak bu kültürel farklılıklar, sözleşme tarafından güvence altına alınmış hakların inkar edilmesine yol açmamalıdır¹⁵⁹. Sözleşmenin başlangıç metninde, “çocuğun korunması ve uyumlu gelişmesi bakımından her halkın kendine özgü geleneklerinin ve kültürel değerlerinin taşıdığı önemi göz önünde tutarak ve özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki çocukların yaşama koşullarının iyileştirilmesi için uluslararası işbirliğinin taşıdığı önemin bilincinde olduğu” belirtilmiştir¹⁶⁰.

Çocuğun yararının belirlenmesinde toplumsal değerler araştırılırken çocuğun anne babasının kültürel değerlerinin ve ahlaksal yargılarının da araştırılması, bir karşılaştırma yapabilmek ve çocuğun uyumlu yetişip yetişmeyeceğinin anlaşılması için zorunludur¹⁶¹.

6. Çatışan Hakları Dengeleme

Çocuğun yüksek yararı bazı durumlarda, toplumdaki bazı kişilerin veya grupların yüksek yararlarıyla çatışabilir. Bu tür durumlarda çocuğun yararına üstünlük tanınması

¹⁵⁸ PARKER, s. 27.

¹⁵⁹ HODGKIN/NEWELL, s. 40.

¹⁶⁰ <https://www.unicef.org/turkiye/en/convention-rights-child>

¹⁶¹ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 121.

gerekir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3/b. 1’de yer alan “çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir” düzenlemesi de çocuğun yararının düşünülmesi gereken ilk konu olması gerektiği yönündedir¹⁶².

Çocuğun yararı ile birlikte çocuk hakkıyla anne veya babanın hakkı çatışabilir. Örneğin, hekimin sır saklama yükümlülüğü kapsamında donörün kimliğinin gizli tutulması isteği ile çocuğun babasını tanıma hakkının karşı karşıya gelmesi gibi. Bu tür durumlarda çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında çocuğun anne ve babasını tanıma hakkı, annenin, evlat edinenlerin, hekimlerin ve donörlerin gizli kalma hususundaki çıkarlarının üstünde kabul edilmektedir¹⁶³.

Çocuğun yüksek yararı kavramı, her durumda hakkı sınırlayıcı etkiye sahip olmayıp hakların birbiriyle bağdaştırılmasını, hakların gerçekten uygulanabilir ve saygı duyulabilir kılınmasını sağlayıcı bir etkiye de sahiptir¹⁶⁴. Örneğin, ebeveynlerin velayet hakkı ile çocuğun hakları çatıştığında, çocuğun yüksek yararı ilkesi gereğince çocuğun hakları üstün tutulacaktır. Kimi zaman ise ebeveynlerin hakkıyla çocuğun hakkı çatıştığında çocuğun yüksek yararı ilkesi gereğince verilen karar her iki hakka da saygı duyarak çocuğu korumayı amaçlayacaktır¹⁶⁵.

III. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI KAVRAMI

A. Genel Olarak

Katılım bir hareketliliğin veya faaliyetin parçası olma anlamına gelen geniş bir kavramdır. Katılım kavramı, kişinin kendi yaşamını ve içerisinde yaşadığı topluluğun yaşamını etkileyen kararları paylaşma sürecinde kullanılan temel bir vatandaşlık hakkı olarak tanımlanabilir¹⁶⁶. Çocuğun katılımı ise çocuğu ilgilendiren karar verme süreçlerinin her aşamasına çocuğun aktif katılımının ve görüşlerinin dikkate alınmasının

¹⁶² BMMYK, Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair BMMYK Kılavuz İlkeleri, s. 45.

¹⁶³ SEROZAN, s. 66- 67.

¹⁶⁴ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 119.

¹⁶⁵ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 119.

¹⁶⁶ HART, Roger A., Children’s Participation: From Tokenism To Citizenship, UNICEF Innocenti Essays No: 4, Florence, 1992, s. 5. https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens_participation.pdf (Erişim tarihi:09.02.2021)

sağlanmasıdır¹⁶⁷.Çocuğun katılımı, doğduğu andan itibaren ağlaması, mimikleri ve hareketleriyle olayları etkileyebileceğini anladığı zaman başladığını söyleyebiliriz¹⁶⁸. Böylece çocuk kendisini ilgilendiren konularda karar alma sürecine dahil olmaktadır¹⁶⁹. Çocuk kendisini ilgilendiren günlük olaylarda dahi, duygu ve düşüncelerini ifade edebileceği bir ortama sahip olması gerekir. Katılım hem karar alma sürecini hem de sürece etki ederek sonucu belirleyen bir kavramdır.

Katılım hakkı ise bireyin kendi yaşamını ve içinde yaşadığı topluluğu ilgilendiren karar alma süreçlerinin bir parçası olması anlamına gelmektedir¹⁷⁰. Katılım hakkı aile içi demokrasinin, genel demokrasi anlayışının ve çocuğun onurlu ve özerk bir birey olarak kişiliğinin oluşabilmesinin olmazsa olmaz koşuludur¹⁷¹. Çocuğun aktif bir vatandaş olarak toplumdaki rolünü edinebilmesi, bilgilenmesi ve kendini demokratik sınırlar dahilinde ifade edebilmesi için katılım hakkı önemlidir¹⁷². Çocuğun katılım hakkı, kendisini ilgilendiren iş ve işlemlerde görüşünü bildirme ve kendisini ilgilendiren yargılamalarda temsil edilme hakkı olmak üzere iki temel konu üzerinden ifade edilebilir. Çocuğun yüksek yararının korunması kapsamında, çocuğun katılım hakkı büyük önem taşımaktadır.

Katılım ile danışma birbirinden farklı kavramlardır. Öğretide danışmanın, çocuk katılımının bir alt kategorisi olduğu ya da ayrı bir kategori olduğuna dair görüşler mevcuttur¹⁷³. Katılımın amacı, etkin bir şekilde çocuğun karar alma sürecine dahil olması ve bir değişiklik getirmesi olsa da uygulamada daha çok katılım kavramı edilgen anlamıyla dinlenilmek ve danışılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir¹⁷⁴. Çocuk katılımı

¹⁶⁷ **ALDERSON**, Priscilla, *Young Children's Rights: Exploring Beliefs, Principles and Practice*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2008, s. 79- 80.

¹⁶⁸ **HART**, s. 4.

¹⁶⁹ **ALDERSON**, s. 80; **HART**, s. 5; **ŞAHİN**, Sultan/ **POLAT**, Oğuz, "Türkiye'de ve Dünyadaki Gelişmiş Ülkelerde Çocuk Katılım Hakkı Algısının ve Uygulamalarının Karşılaştırılması", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, C. 4, N. 1, 2012, ss. 275-282, s. 276. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/85277> E.T. 18.04.2021

¹⁷⁰ **AKYÜZ**, s. 60; **HART**, s. 6

¹⁷¹ **ALDERSON**, s. 80; **AKYÜZ**, s. 60.

¹⁷² **ŞAHİN/ POLAT**, s. 276.

¹⁷³ **NIGEL**, Thomas, "Towards a Theory of Children's Participation", *International Journal of Children's Rights*, V. 15, 2017, ss. 199- 218, s. 199, https://www.researchgate.net/publication/270694374_Towards_a_Theory_of_Children's_Participation E.T. 18.04.2021

¹⁷⁴ **SINCLAIR**, Ruth, *Participation in practice: making it meaningful, effective and sustainable*, *Children and Society*, V. 18, I. 2, ss. 106- 118, 2004, s. 110. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/chi.817> E.T. 18.04.2021

yönünden olması gereken etkin katılımıdır. Katılımın, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda karar süreçlerine dahil olması anlamına geldiği, danışmanın ise katılımdan farklı olarak bir fikir arayışı olduğu yönündeki görüş ise danışmayı ayrı bir kategori olarak değerlendirmektedir¹⁷⁵. Çocuğun karar alma sürecine dahil olmasını sağlamak, sadece çocuğun süreç içerisinde olma isteğini yerine getirmek değil, çocuğun bu süreci anlamasına, hak ve sorumluluklarının bilincinde olmasına da destek olmak demektir¹⁷⁶. Bu da ancak çocuğun süreç ile ilgili bilgilendirilmesi ile mümkün olacaktır.

Katılım hakkı olarak nitelendirilen çocuğun bu aktif demokratik hakkı ya salt görüşünü bildirme yoluyla ya da bunun bir üst aşaması olarak bir işe veya işleme olur verme yoluyla olmak üzere iki şekilde kullanılabilir¹⁷⁷. Çocuğun katılım hakkı kapsamında konuyla ilgili görüşlerini ifade edebilmesi için neyin söz konusu olduğunu anlayabilecek, olayları ayırt edebilecek yeteneği gelişmiş şekilde ayırtım gücüne sahip olması gerekir¹⁷⁸. Ayrıca görüşüne başvurulanan çocuğun, ilgili konu ya da adli uyuşmazlık hakkında anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi de gereklidir. Bu doğrultuda çocukların katılımı kendi seçimleriyle olmalı, aydınlatılmış rızaya dayanmalı ve katılmama haklarına saygı duyulmalıdır¹⁷⁹.

Katılım hakkı aynı zamanda çocukların yeteneklerinin gelişmesine katkı sağladığı gibi, sorumluluk almaları ve özerk kişiliklerinin gelişmesinde de önemli rol oynamaktadır¹⁸⁰. Böylece, katılım hakkı sadece çocukların seslerini duyurmalarıyla kalmamakta, sosyal ve psikolojik yönden de sağlıklı bireylerin yetişmesine vesile olmaktadır.

¹⁷⁵ **HILL**, Malcolm/ **DAVIS**, John/ **PROUT**, Alan Prout/ **TISDALL**, Kay “Moving the Participation Agenda Forward”, *Children and Society*, Vol. 18, I. 2, ss. 77- 96, 2004, s. 83, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/chi.819> E.T. 18.04.2021

¹⁷⁶ **TUHAN BOZ**, Reyhan, “Fail-Mağdur Uzlaştırmasında Ayırt Etme Gücüne Sahip Çocuğun Katılım Hakkı ve Kanuni Temsili”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2021, ss. 734- 802, s. 754, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2016528> E.T. 15.06.2022

¹⁷⁷ **SEROZAN**, s. 68.

¹⁷⁸ **ELÇİN GRASSİNGER**, *Medeni Kanun Hükümleri Kapsamında Çocuğun Aile İçerisinde Velisine Karşı Korunması*, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı, Cilt 1, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 122.

¹⁷⁹ **SINCLAIR**, s. 111; **NIGEL**, s. 200; **TUHAN BOZ**, s. 754.

¹⁸⁰ **HART**, s. 34- 35; **HILL/DAVIS/PROUT/TISDALL**, s. 84.

B. Gelişimi ve Tarihçesi

Çocuğun yüksek yararı ilkesi doğrultusunda çocuğun katılım hakkının sağlanması temel kuraldır. Çocuk haklarının uluslararası alanda düzenlenmesi konusunda ilk somut adım olarak nitelendirilen 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi'nde çocuğun katılım hakkına yer verilmemiştir¹⁸¹. 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Çocuk Hakları Bildirgesi'nde ise on iki ilke yer almıştır. Çocukların yetişkinlerden farklı fiziksel, davranış ve psikolojik özellikleri olduğu, sürekli olarak büyüme ve gelişme göstermeleri nedeniyle çocuk bakımının bir toplum sorunu olduğu ve bilimsel temelde herkesin bu sorumluluğu yüklenmesi yönünde bilincin oluşması gerektiği düşüncesiyle hazırlanan bu ilkeler arasında çocuğun katılım hakkına yer verilmemiştir. Çocuk haklarının zaman içerisinde gelişmesiyle çocuğun katılım hakkı kavramı da önem kazanmıştır. Ancak Çocuk Haklarına Dair Sözleşme öncesine kadar olan dönemde çocuğa yönelik çalışmaların daha çok yardım şeklinde, özellikle zayıf ve korunmaya muhtaç çocuklar üzerinde yoğunlaştığı görülmüştür¹⁸².

Çocuğun katılım hakkı ilk kez Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini ifade etme hakkı vardır. Çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerine gereken önem ve özen gösterilmelidir. Ayrıca çocuğu ilgilendiren herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun doğrudan ya da temsilci aracılığıyla dinlenilmesinin özellikle sağlanması gerekmektedir. Sözleşmeye taraf olan devletlerden hiç biri çocuğun katılım hakkının düzenlendiği 12. maddeye çekince de koymamıştır. Bu nedenle, ÇHS'ye taraf olan ülkeler çocukların

¹⁸¹ Bildiri beş maddeden oluşmaktadır. Bunlar;

1- Çocuğa hem maddi hem de manevi olarak normal gelişimi için gerekli araçlar verilmelidir.

2- Aç olan çocuk doyurulmalı, hasta çocuk emzirilmeli, geri kalmış çocuğa yardım edilmeli, kusurlu çocuğa sahip çıkılmalı, yetim ve kimsesizlere barınma ve yardım edilmelidir.

3- Çocuk, sıkıntı zamanlarında ilk yardım alan kişi olmalıdır.

4- Çocuk geçimini sağlayacak bir konuma getirilmeli ve her türlü sömürüye karşı korunmalıdır.

5- Çocuk, yeteneklerinin hemcinslerinin hizmetine adanması gerektiği bilinciyle yetiştirilmelidir.

Metin için bkz. <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> 04.05.2022

¹⁸² MONTÀ, Chiara Carla/ CARRİERA, Lucia/ BİFFI, Elisabetta, "The United Nations Convention on the Rights of the Child: a milestone for a pedagogical reflection on the meanings of childhood and democracy", Educação e Pesquisa 46 (2), ss. 1- 17, 2020, s. 6- 7.

https://www.researchgate.net/publication/347801458_The_United_Nations_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_a_milestone_for_a_pedagogical_reflection_on_the_meanings_of_childhood_and_democracy E.T. 04.05.2022

kendilerini ilgilendiren her konuya katılım hakkını uygulamak ve ulusal mevzuatlarını buna uygun düzenlemekle yükümlü kılınmışlardır¹⁸³.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun katılım hakkının özellikle; aile ortamında, genel politikaların belirlenmesinde, çevrenin korunması ve sürdürülebilir kalkınmada, medyada ve okul ortamında teşvik edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁴.

Sözleşmenin madde metninde “katılım hakkı” kavramı bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen son yıllarda madde hükmünün uygulanması amacıyla yürütülen çalışmalar neticesinde “katılım hakkı” şeklinde bir kavram ortaya çıkmış ve yaygınlaşmıştır.

Çocuğun katılım hakkının düzenlendiği ve koruma altına alındığı bir başka uluslararası sözleşme de Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’dir. Bu sözleşme kapsamında özel hukuka ilişkin davalarda çocukların adli merciler önünde temsil edilmeleri, bilgilendirilmeleri, davalara katılmalarına izin, bağımsız temsilci tayini ve görüşlerinin alınmasına dair düzenlemeler ile çocukların haklarına yer verilmiştir¹⁸⁵.

¹⁸³ Ancak uygulamada durum ne yazık ki böyle değildir. Çocuk Hakları Uluslararası Ağı’nın (CRIN) çocukların adli mekanizmaya erişimi ile ilgili dünya üzerinde her ülkeyi dahil ettiği bir araştırmada 55 ülkenin çocuğun katılım hakkını tanıdığı fakat uygulamada, adli yargılamada, bu hakka kişiler tarafından başvurulmadığı, 84 ülkenin bazı hukuk davaları için uygulamada da bu hakkı tanıdığı, 58 ülkenin ise çocuğun katılım hakkına hiç yer vermediği sonucuna ulaşıldığı konusunda bkz. Rights, Remedies & Representation: Global Report On Access To Justice For Children, CRIN, 2016, s. 18. https://archive.crin.org/sites/default/files/crin_a2j_global_report_final_1.pdf (Erişim Tarihi: 20.02.2021). Türkiye’de de çocuğun katılım hakkının etkili bir şekilde uygulandığını söylemek güçtür. 2007 yılında 7 ile 18 yaş aralığında 10.000 çocuk ile görüşülerek yapılan bir araştırmada; kız çocukların evde kendilerini ilgilendiren bir konuda söz sahibi olmaları %9,7 iken, erkek çocukları için bu oran %13,5’dir. Okuldaki katılım oranları ise evdeki katılım oranlarına göre hem kız hem erkek çocukları için daha düşük olduğu belirlenmiştir. Bununla birlikte, erkek çocuklarının kendi yaşamları ile ilgili evde ve okulda söz sahibi olma oranlarının kız çocuklarına göre daha yüksek olduğu belirlenmiştir. İllere göre yapılan araştırmada ise çocuk katılım oranının en yüksek olduğu il Mersin, en düşük olduğu il ise Şanlıurfa olduğu, bu ili takip eden iller ise Van ve Diyarbakır olduğu yönünde bkz. **ŞAHİN, Sultan/ POLAT, Oğuz**, “Türkiye’de ve Dünyadaki Gelişmiş Ülkelerde Çocuk Katılım Hakkı Algısının Ve Uygulamalarının Karşılaştırılması”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 4, N. 1, ss. 275- 282, 2012, s. 279, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/85277> E.T. 20.02.2021

¹⁸⁴ **ERBAY**, Ercüment, “Çocukların Katılım Hakkı Üzerine Bir Türkiye Değerlendirmesi”, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 1, ss. 38- 54, 2013, s. 40,

¹⁸⁵ **TOPUZOĞLU**, s. 330.

Ülkemizin de taraf olduğu 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme¹⁸⁶ ile 2006 tarihli Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi¹⁸⁷’nde de çocuğun katılım hakkına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 1990 tarihli Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı ile 2008 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Gözden Geçirilmiş Avrupa Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelerde de çocuğun katılım hakkına yer verilmiştir.

Çocuğun katılım hakkı kapsamında BM Çocuk Hakları Komitesi’ne çocukların bireysel başvuruda bulunmaları, BM Genel Kurulu’nun 19.12.2011 tarih ve 66/138 sayılı kararı ile mümkün olmuştur. BM Genel Kurulu almış olduğu bu kararla Çocuk Hakları Sözleşmesi Bireysel Şikayete İlişkin Seçmeli Protokolü’nü kabul etmiştir. 45 ülkenin imzaladığı Protokol¹⁸⁸ 2014 yılından itibaren yürürlüğe girmiştir.

C. Uluslararası Sözleşmelerde Çocuğun Katılım Hakkı

Tarihsel süreçte çocuk haklarının gelişmesine paralel olarak çocuğun katılım hakkı da çeşitli uluslararası sözleşmelerde düzenleme alanı bulunmuştur. Çalışmamız kapsamında inceleyeceğimiz sözleşmelerden biri, çocuğun katılım hakkının ilk defa düzenlendiği ve çocuk hakları alanında en kapsamlı belge olma özelliği taşıyan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS)’dir. Diğer bir sözleşme ise yine ülkemizin taraf olduğu ve özellikle özel hukuka ilişkin davalarda çocuğun katılım hakkının sağlanmasına yönelik ayrıntılı düzenlemeleri içeren Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’(ÇHDAS) dir. Bu iki sözleşmenin çocuğun katılım hakkını nasıl düzenlediği

¹⁸⁶ Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı tarafından kabul edilen Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme 25.10.1980’de imzaya açılmıştır. 01.12.1983’te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 21.01.1998’de imzalamış, sözleşme Türkiye’de 01.08.2000’de yürürlüğe girmiştir. Madde 13/b: “...Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir...” <https://www.hcch.net> (Erişim tarihi: 03.03.2020)

¹⁸⁷ BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, 13 Aralık 2006’da imzalanmıştır, 03.05.2008’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 30.03.2007’de imzalamış, 28.09.2008’de yürürlüğe koymuştur. Madde 7/3: “Taraf Devletler engelli çocukların kendilerini etkileyen her konuda diğer çocuklarla eşit koşullar altında görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına sahip olmalarını, yaşları ve olgunluk seviyelerine göre görüşlerine önem verilmesini ve onlara bu hakkın tanınması için engeline ve yaşına uygun destek sunulmasını sağlar” <https://treaties.un.org> (Erişim tarihi:03.03.2020)

¹⁸⁸ Türkiye bu Protokolü 24.09.2012’de imzalamış, 26.11.2017’de yürürlüğe girmiştir. <https://www.ohchr.org> (Erişim Tarihi: 03.03.2020)

ve taraf devletlerin yükümlölüklerinin neler olduğu analiz edilecek, çalışmamızın diğerk bölümlerinde ulusal mevzuat ve uygulama alanında değerklendirmeler yapılacaktır.

1. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Çocuğunk katılım hakkı, uluslararası alanda ilk kez Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğunk kendini ilgilendiren konularda görüşlerini ifade etme hakkı vardır. Çocuğunk görüşlerine yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak önem verilmelidir. Ayrıca düzenlemeye göre çocuğunk ilgilendiren adli ya da idari işlemlerde çocuğunk doğrudan ya da temsilci aracılığıyla dinlenilmesine fırsat verilmeli ve sözleşmeye taraf devletler bu yönde düzenlemeler yapmakla yükümlü tutulmuşlardır.

Çocuğunk katılım hakkını düzenleyen sözleşmenin 12. maddesi, bir yandan yetişkinlerin tam özerkliğine sahip olmayan öte yandan ise hakların öznelere konumunda olan çocukların yasal ve sosyal statüsünü ele alan, bir insan hakları sözleşmesinde bulunan benzersiz bir hüküm olarak nitelendirilir¹⁸⁹. ÇHS, insana saygı yaklaşımı ile çocukların yalnızca bakımı, korunması ve şefkate ihtiyacı ile ilgilenmekle yetinmemiş aynı zamanda çocuğunk kişiliğinin gelişmesine yönelik toplum içindeki kişisel ve duygusal gelişimini destekleyici biçimde çocuğunk katılımını da düzenlemiştir¹⁹⁰. ÇHS başlangıç metninde de “Birleşmiş Milletler halklarının, insanın temel haklarına ve bireyin, insan olarak taşıdığı haysiyet ve değere olan kesin inançlarını Birleşmiş Milletler Antlaşmasında bir kez daha doğrulamış olduklarını ve daha geniş bir özgürlük ortamında toplumsal ilerleme ve daha iyi bir yaşam düzeyi sağlama yolundaki kararlılıklarını hatırla tutmaları gerektiğini” belirtmiştir¹⁹¹.

¹⁸⁹ BM Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye İlişkin Genel Yorumları, Elli birinci Oturum Cenevre, 25 Mayıs- 12 Haziran 2008, Genel Yorum No.12 (2009) Çocuğunk Görüşlerinin Dinlenilmesi Hakkı N.1, s. 1. www.unicef.org (Erişim Tarihi: (15.07.2020))

¹⁹⁰ **ROBERTA**, Bosisio, “Children's Right to be Heard: What Children Think”, International Journal of Children's Rights, S: 20, ss. 141-154, 2012, s. 143.

https://www.researchgate.net/publication/269837271_Children's_Right_to_Be_Heard_What_Children_Think

¹⁹¹ <https://www.unicef.org/turkiye/en/convention-rights-child>

Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun katılım hakkını sözleşmenin dört temel ilkesinden biri olarak belirlemiştir. Diğer ilkeler ise, ayırım görmeme, yaşam ve gelişim hakkı ile çocuğun üstün yararının öncelikli düşünülmesi hakkıdır.

ÇHS m. 12 hükmüyle çocuklara katılım hakkının tanınmasının yanı sıra bu hükmün çocuğun diğer tüm haklarının yorumlanması ve uygulanmasında da dikkate alınması gerekmektedir¹⁹². Sözleşme'nin 12'nci maddesi ile çocuklara tanınan katılım hakkı, taraf devletlere bu hakkı tanıma ve çocukların görüşlerini dinleyerek ve bu görüşlere uygun ağırlığı vererek bu hakkın uygulamasını sağlama konusunda açık bir yasal yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülük taraf devletlerin, kendi yargı sistemleri açısından, ya bu hakkı doğrudan teminat altına almalarını, ya da bu hakkın çocuk tarafından tam olarak kullanılabilmesi için gerekli hukuki düzenlemeleri yapmalarını veya mevcut hukuki düzenlemelerinde gerekli değişiklikleri yapmalarını gerektirmektedir¹⁹³.

ÇHS m. 12 hükmü yönünden farkındalığın az olması, bu hükmün uygulanmasının önündeki mevcut engellerden birisi olarak görülmektedir¹⁹⁴. Bu durum aynı zamanda ÇHS m. 42'nin ihlali olarak da değerlendirilmektedir¹⁹⁵. Öyle ki m. 42 hükmü uyarınca taraf devletler, sözleşme ilke ve hükümlerinin uygun ve etkili araçlarla yetişkinler kadar çocuklar tarafından da yaygın biçimde öğrenilmesini sağlamayı taahhüt etmektedirler.

Çocuğun katılım hakkının düzenlendiği 12. madde hükmü iki yönlüdür. Birincisi, kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olan çocukların kendilerini ilgilendiren her hususta görüşlerine başvurulmasını gerekli kılar ve çocukların görüşlerini özgürce ifade etme hakkına sahip olduklarını ve ifade ettikleri görüşlerine çocuğun yaşı ve olgunluğu doğrultusunda önem atfedilmesi gerektiğini düzenlemektedir¹⁹⁶. Ancak çocuk görüşlerini dile getirme hakkını kullanmama hakkına da sahiptir. Öyle ki; görüşlerini serbestçe ifade

¹⁹² 12 No'lu Genel Yorum, N. 2.

¹⁹³ 12 No'lu Genel Yorum, N. 15.

¹⁹⁴ **ÖCAL APAYDIN**, Bahar/ **HİŞİM**, Selin, Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s. 289.

¹⁹⁵ **LUNDY**, Laura, 'Voice' Is Not Enough: Conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, British Educational Research Journal, Vol. 33, No. 6, pp. 927-942, 2007, s. 930.

https://www.jstor.org/stable/30032800?seq=1#metadata_info_tab_contents E.T. 05.11.2021

¹⁹⁶ **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa/ **RUHİ**, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 24.

etme çocuk için bir yükümlölük değil, bir tercihtir¹⁹⁷. Bu doğrultuda sözleşmeye taraf devletler çocuğun yüksek yararına uygun bir karar alması için gerekli olan tüm bilgi ve tavsiyeleri almasını sağlamaları gerekir.

ÇHS m. 12 düzenlemesinin ikinci yönü ise çocukların kendilerini etkileyen her tür adli ve idari yargılamada kendilerini ifade etme ve temsil edilme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir¹⁹⁸. Düzenlemede çocuğa tanınan bu hak konu sınırlaması olmaksızın çocuğu ilgilendiren her türlü adli ve idari kovuşturmalar ile alternatif ihtilaf çözüm mekanizmalarını da içermektedir¹⁹⁹. Sözleşme kapsamında taraf devletler çocuğun temsiline ilişkin usule yönelik düzenlemelerini yapmakla yükümlü kılınmışlardır.

2. Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

25 Ocak 1996 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (ÇHDAS), 1 Şubat 2001 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak ölkemizde yürürlüğe girmiştir. Çocuk haklarına ilişkin Avrupa’da gerçekleştirilen en önemli aşama olarak nitelendirilir²⁰⁰. Bu sözleşmenin temel amacı ÇHS’nin daha etkin bir şekilde yaşama geçirilmesidir.

ÇHDAS çocukların öncelikle kendilerini ilgilendiren aile içi işlemlerinde olmak üzere kendisine tanınan hakları kullanma imkanına sahip olması gereğini kabul etmiş ve çocukların kendilerini ilgilendiren davalara katılımının sağlanması gerekliliğini öngörmüşür²⁰¹.

Sözleşme, ÇHS’de belirtilen ilkeler doğrultusunda özel hukuka ilişkin davalarda çocukların, adli merciler önünde temsil edilmeleri, bilgilendirilmeleri, davalara katılmalarına izin, bağımsız temsilci tayini ve görüşlerinin alınmasına dair düzenlemeler ile çocukların haklarına yer vermektedir²⁰².

¹⁹⁷ 12 No’lu Genel Yorum, N. 16.

¹⁹⁸ ÖZDEMİR/RUHİ, s. 24.

¹⁹⁹ 12 No’lu Genel Yorum, N. 32.

²⁰⁰ SEROZAN, s. 24.

²⁰¹ ÖCAL APAYDIN/HİŞİM, s. 296.

²⁰² TOPUZOğLU, s. 330; ÖCAL APAYDIN/ HİŞİM, s. 296.

Sözleşmenin 3. maddesinde, iç hukuk tarafından görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğu düşünülen çocuğa, adli makamlar karşısında kendisini etkileyen yargılamalarda ilgili tüm bilgileri edinme, görüşlerine başvurulması ve görüşlerini ifade etme ve bu görüşlere uyulması ile her hangi bir kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirilmesi hakkı ve bunları talep etme yetkisi verilmektedir. Yine sözleşmenin 5. maddesinde adli makamlar karşısında çocuğa görüşlerini ifade etmekte kendisine yardımcı olması için, kendi seçimi olan uygun bir kişi tarafından yönlendirilme konusunda başvurma hakkı, bizzat ya da diğer kişiler veya organlar yoluyla kendisine özerk bir temsilci, uygun olduğu durumlarda avukat tayin etme hakkı, kendi temsilcilerini atama hakkı ve bu tür yargılamalarda tarafların sahip olduğu hakların bir kısmından ya da tümünden yararlanma hakkı da tanınmıştır.

Çocuğun taraf olmadığı ancak çocuğu etkileyen yargılamalarda, velayet hakkına sahip olan kişilerin çocuğu temsil etmelerinin, çocuğun yararına ters düştüğü için, iç hukuk tarafından engellendiği durumlarda adli makamlar yargılamalar için çocuğa özel ve özerk bir temsilci atama yetkisine sahip olduğu da sözleşmede düzenlenmiştir²⁰³.

Sözleşmeye taraf devletler sözleşmeyi imzaladıklarında, bu sözleşmenin kendi iç hukuklarında geçerli olacağı, adli makamlar karşısında gerçekleştirilen en az üç farklı dalda aile hukukuna ilişkin dava türü belirtmekle yükümlü tutulmuşlardır²⁰⁴. Bu düzenleme kapsamında Türkiye ÇHDAS'ı uygulamayı taahhüt ettiği beş dava türü belirlemiştir. Bu davalar; boşanma, ayrılık, velayet, ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalardır²⁰⁵. Bu davalarda, çocuğun temsil edilmesi ilgili sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada maalesef sözleşme hükümlerinin uygulandığını göremiyoruz. Konuyla ilgili içtihat örnekleri, mevzuat düzenlemesi ve

²⁰³ TOPUZOĞLU, s. 333.

²⁰⁴ ÇHDAS m. 1/4: “Her Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdiî sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine muhatap bir beyanla, bir adli merci önünde bu Sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyuşmazlığını belirlemelidir.”

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf (Erişim tarihi: 22.02.2021)

²⁰⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4620.html>

uygulamadaki problemler çalışmamızın sonraki bölümlerinde ayrıntılı olarak analiz edileceğinden burada sadece belirtmekle yetinmekteyiz.

D. Çocuğun Katılım Hakkının Hukuki Kapsamı

Çocuğun katılım hakkının pozitif hukuka yansımaları ilk kez ÇHS m. 12 düzenlemesi ile görülür. Böylece çocuklara kendilerini ilgilendiren her konuda söz sahibi olması gereği ve görüşlerini özgürce ifade etme hakkı tanınmıştır. Çocuğun katılım hakkı yine aynı düzenleme ile koruma altına alınmıştır. Katılım hakkı, çocuğu duyguları, istek ve düşünceleri olan bireyler olarak kategorize ettiği için aynı zamanda çocuğun kendisini geliştirmesine de imkan sağlayan bir kavram olarak kabul edilir²⁰⁶. Katılım, çocuğun kendisini geliştirdiği gibi toplumun gelişmesine de fayda sağlamaktadır. Bununla birlikte katılımın amacı sadece çocuğun ergin olduktan sonraki gelecekteki yetişkin rolüne hazırlama olduğu düşünülmemeli, hali hazırdaki çocuğun sosyal ve ekonomik durumunu geliştirmede de katılımın önemli bir işlevi olduğu unutulmamalıdır²⁰⁷.

ÇHS m. 12 hükmü, sözleşmenin en radikal ve geniş kapsamlı bir düzenlemesi olarak yorumlanmasının yanı sıra neredeyse her alanda en yaygın şekilde ihlal ve göz ardı edilen hükümlerden biri olarak tanımlanmıştır²⁰⁸. Bu noktada çocukların görüşlerine saygı duymanın daha büyük bir farkındalığa ihtiyacı vardır. Sadece iyi bir pedagojik uygulama veya politika modeli oluşturma değil, yasal olarak bağlayıcı yükümlülük gerektirmektedir²⁰⁹. Yine bu doğrultuda sözleşmeye taraf devletlere, çocukların kendilerini etkileyen kararlara, aile ve toplum içinde dahil olmalarını kolaylaştırmak için başka mekanizmalar kurma olasılığını göz önünde bulundurmaları da önerilmektedir²¹⁰.

²⁰⁶ **WILLOW**, Carolyn, Children Right to be Heard and Effective Child Protection: A Guide for Governments and Children's Rights Advocates on Involving Children and Young People in Ending All Forms of Violence, Sweden, Save the Children, 2010, s. 8, <https://resourcecentre.savethechildren.net/> E.T. 05.11.2021

²⁰⁷ **HART**, Jason/ **NEWMAN**, Jesse/ **ACKERMANN**, Lisanne/ **FEENY**, Thomas, Children Changing Their World: Understanding and Evaluating Children's Participation in Development, London, Plan, 2004, s. 4- 5. <https://decid.co.uk/resource/children-changing-their-world-understanding-and-evaluating-childrens-participation-in-development/> E.T. 05.11.2021

²⁰⁸ **SHIER**, Harry, Pathways to Participation: Openings, Opportunities and Obligations A New Model for Enhancing Children's Participation in Decision-making, in line with Article 12.1 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, Children & Society V.15, 2001, s. 108. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/chi.617> E.T. 05.11.2021

²⁰⁹ **LUNDY**, s. 390.

²¹⁰ **SHIER**, s. 108; **LUNDY**, s. 390.

Çocuğu dışlamayan, sürece dahil eden kapsayıcı çözümler söz konusu olması gerekir. Çocukların kapasitelerinin ve potansiyel katkılarının anlaşılmadığı yetişkin kültürü, çocuğun katılım hakkının etkin şekilde uygulanmasının önündeki en büyük engeldir²¹¹.

Çocuğun katılım hakkının düzenlendiği ÇHS m. 12 hükmü iki yönlüdür. Şöyle ki;

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

(2) Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır”²¹².

Birinci paragrafta taraf devletler çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını “tanırırlar” demektedir. Bu ifade ile taraf devletlere madde hükmünü uygulamaları için bir takdir hakkı tanınmamıştır. Buna uygun olarak, sözleşmeye taraf devletler düzenlemeyi tüm çocuklar için tam olarak uygulamak üzere uygun tedbirleri alma konusunda katı bir yükümlülük altındadırlar. Bu yükümlülük, kendilerini etkileyen her konuda çocuğun görüşüne başvurmak ve bu görüşlere uygun ağırlığı vermek için mekanizmaların uygulamaya konmuş olmasını sağlamak şeklinde iki öge içermektedir²¹³.

İkinci paragrafta ise çocukların kendilerini ilgilendiren her türlü adli veya idari işlemlerde kendilerini ifade etme hakkına sahip olduklarını kabul etmektedir. Adli ve idari işlemlerin konusu bakımından bir sınırlama yoktur, çocuğun kendisini ilgilendiren her tür yargılama bu düzenleme kapsamına dahildir. Çocuk ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun makam yoluyla dinlenecektir.

²¹¹ COLLINS, Tara M., “A child’s right to participate: Implications for international child protection”, The International Journal of Human Rights, Vol. 21, No. 1, ss. 14- 46, 2017, s. 22,

https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13642987.2016.1248122?casa_token=BpBprTDfOyMAAAAAA:v38F-5MpGrUezlXk-eNM79cZ6M_6eZn208MLMW6BknY6DDtrMs_bl2De3CwOQMBlW7E_wsd1vvgB5w E.T.

05.11.2021

²¹² TOPUZOĞLU/DEMİRKALE/DEMİR, s. 600.

²¹³ 12 No’lu Genel Yorum, N. 19.

1. Çocuğun Kendisini İlgilendiren Konularda Görüşlerini Açıklaması

Çocuk kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini açıkça ifade etme hakkına sahiptir. ÇHS çocukların görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına ilişkin konu bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Görüşlerini sözlü olarak ifade edemeyen çok küçük çocuklar veya engelli bazı çocukların düşüncelerini ifade etmeleri resim, şiir, şarkı veya oyun gibi yollarla sağlanabilir²¹⁴. Böylece çocuğun görüşlerini ortaya koyma hakkı her durumda güvence altına alınmalıdır. Bu nedenle sözleşmeye taraf devletler, çocuğu serbest bir görüş oluşturma yönünde teşvik etmeli ve çocuğun dinlenilme hakkına uygun imkan sağlamakla yükümlü kılınmışlardır.

Çocuğun görüşünü ifade edebilmesinin ön koşulu olarak, meselenin çocuğu etkileyip etkilemediğinin mutlaka açıklığa kavuşturulması gerekir²¹⁵. Çocuğu etkileyen bir durum söz konusuysa çocuğun görüşüne başvurulmalıdır. Çocuğun görüşlerini açıklayacağı, kendini ifade edileceği güven ortamının sağlanması, düşüncelerine saygı duyulduğunun ve değer verildiğinin hissettirilmesi, çocuğun kişisel durumuna uygun şekilde iletişim yöntemi belirlenmesi, çocuğun yetişkinlerden farklı olan zihin dünyasına ulaşmada önemli rol oynamaktadır²¹⁶.

Çocuğun görüşüne başvurulmadan önce çocuğun konuyla ilgili bilgilendirilmesi de gereklidir. Çocuğun görüşlerini ifade etme hakkının hayata geçirilmesi çocuğun ilgili konular, seçenekler ve alınacak olası kararlar ve bunların sonuçları hakkında, çocuğu dinlemekten sorumlu kişilerce ve çocuğun ebeveynleri veya vasisi tarafından bilgilendirilmesini gerektirir²¹⁷. Çocuk ayrıca kendisinden hangi koşullar altında görüşlerini ifade etmesinin isteneceği konusunda da bilgilendirilmelidir. Bu bilgilendirilme hakkı önemlidir, zira çocuğun netliğe kavuşturulmuş kararlar alabilmesinin ön koşulunu oluşturur.

²¹⁴ AKYÜZ, s. 60; MACKAY, Glynne, "To know, to decide, to act: the young child's right to participate in action for the environment", Environmental Education Research, Vol. 18, No. 4, ss. 473- 484, 2012, s. 479, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13504622.2011.634494?needAccess=true> E.T. 05.11.2021

²¹⁵ ÖCAL APAYDIN/HİŞİM, s. 291.

²¹⁶ ŞAHİN, Sultan/ ARAL, Neriman, "Aile İçi İletişim", Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 1, S. 3, ss. 55- 66, 2012, s. 62, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbid/issue/38415/445607> E.T. 05.11.2021

²¹⁷ 12 No'lu Genel Yorum, N. 25.

Çocuğun dinlenilme hakkı sözleşmeye taraf devletlere, çocuklar için uygun bilgiye, yeterli desteğe, gerektiğinde görüşlerine verilen ağırlık hakkında geri bildirim ve şikayet, başvuru veya tazminat usullerine erişim sağlamak üzere mekanizmalar başlatmak için mevzuatlarını gözden geçirme veya tadil etme yükümlülüğünü yüklemektedir²¹⁸.

a. Çocuğun Görüşlerini Oluşturma Yeteneğine Sahip Olması

ÇHS m. 12/1, çocukların katılım hakkını kullanmalarını kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olmalarına bağlamıştır. Burada çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olması bir yeterlilik ölçütü olarak kabul edilebilir. Buradaki yeterlilik ölçütü, ayırt etme gücü ölçütüne yakın olmakla birlikte daha esnek olduğu söylenebilir²¹⁹. Görüşlerini az da olsa oluşturabilen çocukların, ayırt etme gücüne sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın, kendileriyle ilgili kararlara katılımlarının sağlanması gerekir.

Çocuğun görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olması çocuğun katılım hakkını sınırlandıran bir ifade olarak anlaşılmamalı, aksine taraf devletlere çocuğun özerk bir görüş oluşturabilme kapasitesini değerlendirme yükümlülüğü getirmektedir²²⁰. Bu durum taraf devletlerin bir çocuğun kendi görüşlerini ifade etme yeteneğine sahip olmadığı varsayımıyla yola çıkamayacağı anlamına gelmektedir. Çocuğun önce yeteneğini kanıtlaması zorunluluğu yoktur, aksine, taraf devletler bir çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğunu varsaymalı ve çocuğun bu görüşleri ifade etme hakkına sahip olduğunu kabul etmelidirler.

ÇHS, çocuğun görüşlerini ifade etme hakkına hiçbir yaş sınırı getirmemiştir. Ayrıca Çocuk Hakları Komitesi de, taraf devletleri hukukta veya uygulamada çocuğun kendini ilgilendiren her türlü konuda dinlenilme hakkını kısıtlayacak yaş sınırları getirmemeye de teşvik etmektedir. Erken çocukluk dönemindeki yaşça küçük çocuklar

²¹⁸ 12 No'lu Genel Yorum, N. 48.

²¹⁹ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 128.

²²⁰ LANSDOWN, Gerison, Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12, Save the children UK, 2011, s. 20- 21.

<https://resourcecentre.savethechildren.net/node/5259/pdf/5259.pdf> E.T. 05.11.2021

da görüşlerini ifade etme ve bu görüşlerin dikkate alınması hakkına sahiptirler, taraf devletler adil yargılamalar da dahil olmak üzere her alanda bu hakkı sağlamakla yükümlüdürler²²¹. Erken çocukluk dönemindeki çocuklar konuşma ya da yazma dilini kullanmasalar da çeşitli yollarla görüş oluşturabilme yeteneğine sahiptirler. Öyle ki tercihlerini oyun, beden dili, resim, çizim gibi yollarla ifade edebilirler²²². Bunların doğru yorumlanmasında uzman yardımı alınması gereklidir.

ÇHS m.12'nin çocuğun görüşlerini ifade etme hakkına sağladığı güvence ayırım yapılmaksızın tüm çocuklar için geçerli olacaktır. Taraf devletler, seslerini duyurmakta zorluk çeken çocuklar için de bu hakkın uygulanmasını sağlamak ve buna yönelik gereken önlemleri almakla yükümlü tutulmuşlardır. Örneğin, engelli çocuklar görüşlerini ifade etmelerini kolaylaştırmak için gerekli olan her türlü iletişim olanağı ile donatılmalı ve bu çocukların söz konusu iletişim yollarını kullanabilmelerine olanak verilmelidir²²³. Yine azınlıklar, yerli ve göçmen çocuklar ve çoğunluk dilini konuşmayan diğer çocuklar için de görüşlerini ifade etme hakkının tanınması gereklidir.

Çocuğun görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olması bakımından kendini etkileyen konunun tüm yönleri hakkında kapsamlı bir bilgiye sahip olmasının gerekli olup olmadığı hususu da önemlidir. BM Çocuk Hakları Komitesi, bir konu hakkında kendi görüşünü uygun şekilde oluşturabilmek için çocuğun yeterli anlayışa sahip olmasını yeterli görmektedir²²⁴.

b. Çocuğun Görüşlerini Özgürce İfade Etme Hakkı

Çocukların görüşlerini serbestçe ifade etme hakları vardır. ÇHS m. 12, çocuklara görüşlerini ifade yükümlülüğü getirmemiştir²²⁵. Dolayısıyla çocuk bu hakkını kullanıp kullanmayacağını kendisi seçecektir. Çocuğun sessiz kalma hakkı da saklıdır. Madde düzenlemesinde geçen “serbestçe” ifadesi çocuğun görüşlerini hiçbir baskı olmaksızın

²²¹ BM Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye İlişkin Genel Yorumları, Kırkıncı Oturum Cenevre, 12-30 Eylül 2005, Genel Yorum No. 7 (2005) Erken Çocukluk Döneminde Çocuk Haklarının Uygulanması, N. 14, s. 10- 11. www.unicef.org E.T. 05.11.2021

²²² LANSDOWN, s. 14; MACKEY, s. 479.

²²³ 12 No'lu Genel Yorum, N. 21.

²²⁴ 12 No'lu Genel Yorum, N. 21.

²²⁵ AKYÜZ, s. 61; TANRIBİLİR, s. 73.

ifade edebilmesi ve dinlenilme hakkını kullanmak isteyip istemediğine karar verebilmesi anlamına gelmektedir. Aynı zamanda bu ifade görüşlerini ifade edecek çocuğun yönlendirilmemesi ve uygunsuz etki veya baskılara maruz bırakılmaması gerektiği anlamına da gelmektedir²²⁶. Çocuğun görüşlerini özgürce ifade etmesi bakımından, yetişkinler tarafından fırsat tanınması ve desteklenmesi gerekir²²⁷.

Çocuk görüşlerini ifade ederken cezalandırılma ya da eleştirilme korkusu yaşamamalıdır²²⁸. Başkalarının değil, kendi görüşlerini ifade etme hakkına sahiptir. Bu durum doğası gereği çocuğun kendi bakış açısıyla ilişkili bir durumdur.

Bu düzenleme çerçevesinde sözleşmeye taraf devletler, çocuğun bireysel ve sosyal durumuna tekabül eden görüşlerin ifade edilmesi için gereken koşulları ve çocuğun görüşlerini serbestçe ifade ederken saygı gördüğünü ve güvende olduğunu hissettiği bir ortamı sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır²²⁹.

Çocuğun dinlenilmesi, özellikle zarar verici olayların incelendiği durumlarda, çocuk üzerinde travmatik etkileri olabilecek zor bir süreçtir. Bu nedenle komite, bir çocuğun gerekli olandan daha fazla kez görüşmeye alınmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

Çocuğun görüşünü serbestçe ifade etmesi istenen konu hakkında bilgilendirilme hakkı vardır²³⁰. Çocuk kendisini ilgilendiren konular, seçenekler ve alınacak olası kararlar hakkında, uygun bir dille ve anlayacağı bir şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Bilgilendirme yükümlülüğü olanlar, çocuğu dinlemekten sorumlu olan kişiler, çocuğun ebeveynleri ve vasisidir. Ayrıca çocuk kendisini ilgilendiren bir konuda hangi koşullar altında görüşlerini ifade etmesi isteneceği hususunda da bilgilendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda çocuğun görüşlerini serbestçe ifade edebilmesi için bilgilendirilme hakkı,

²²⁶ 12 No’lu Genel Yorum, N. 22.

²²⁷ AKYÜZ, s. 61; MONTÀ/ CARRIERA/ BIFFI, s. 9; COLLINS, s. 20.

²²⁸ LANSDOWN, s. 22.

²²⁹ 12 No’lu Genel Yorum, N. 23.

²³⁰ 12 No’lu Genel Yorum, N. 25.

çocuğun aydınlatılmasının ve netlik kazanan kararlar alabilmesinin ön şartı olduğundan önemlidir.

c. Çocuğun Yaşı ve Olgunluk Derecesi

Çocuğun görüşlerini oluşturabilmesi ve bunu dile getirmesi başlı başına yeterli değildir. Çocuğun görüşlerinin dikkate alınması, bu hakkın yerine getirilmesi bakımından önem arz edecektir. ÇHS m. 12’de çocukların görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar, demektedir. Burada sözleşme taraf devletlerin uygulayıcılarına takdir yetkisi tanımakta, çocukların görüşlerine gereken önemin yaş ve olgunluk derecesine göre verileceği belirtilmektedir²³¹.

Madde düzenlemesinde geçen olgunluk kavramı, kişiden kişiye değişkenlik gösteren göreceli bir kavramdır. Bu nedenle de tanımlanması güç bir terimdir. Daha çok bir çocuğun bireysel yeteneğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Olgunluk, bir çocuğun belli bir konunun doğurduğu anlam, etki ve sonuçlarını algılayabilme ve değerlendirme yetisine sahip olması anlamına gelmektedir. ÇHS m. 12 yönünden ifade edilen olgunluk kavramı da bir çocuğun konular hakkındaki görüşlerini makul ve bağımsız bir şekilde ifade etme yeteneği olarak anlaşılabilir²³². Her somut olayın çocuk üzerindeki etkisinin dikkate alınması gerekir. Yine her somut olayın özelliğine göre varılacak sonucun çocuğun yaşamı üzerindeki etkisi ne kadar büyük olursa, çocuğun olgunluğunun her somut olay üzerinden uygun bir şekilde değerlendirilmesi o kadar önemli hale gelecektir.

Çocuğun görüşlerine gereken önemin yaş ve olgunluk derecesine göre verileceği düzenlemesinde, gereken önemden ne anlaşılacağı yine somut duruma göre belirlenebilecektir. Çocuğun görüşüne gereken önemin verilmesi, çocuğun görüşünü hiçe sayma noktasından çocuğun söylediğine aynen karar verme ve hatta kararı tamamen ona

²³¹ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 128; LANSDOWN, s. 14; ROBERTA, s. 143.

²³² 12 No’lu Genel Yorum, N. 30.

bırakma noktasına kadar giden bir düzenlemedir²³³. Ancak bu iki nokta da yani çocuğun görüşünün hiç sayılması ile kararın tamamen ona bırakılması da kabul edilebilir değildir, çünkü çocuk karar veren değil, verilen kararı etkileyen konumda olması gerekir²³⁴. Yine başka bir önemli husus, çocuğun talepleri ile çocuğun temsilcisinin onun için uygun gördüğü kararlar birbirinden farklı olduğunda çocuğun görüşlerine ne ölçüde ağırlık verileceği hususudur. Bu noktada çocuğun görüşünün hiç dikkate alınmaması, hakkın tanınmaması anlamına gelir ve bu da takdir yetkisinin amaca aykırı kullanımına neden olur²³⁵. Tamamen kararı çocuğa bırakmak ise çocuğu güç duruma sokabilir. Özellikle de velayet gibi ebeveynleri arasında tercih yapmak durumunda kaldığı aile hukukunu ilgilendiren meselelerde. Bu nedenle görüşlerini ifade etmek çocuk için bir yükümlülük değil bir tercih olmalı, ancak çocuk her zaman karar alma süreci içerisinde bulunmalıdır²³⁶.

ÇHS m. 12, çocuğun görüşlerine yaşına ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özenin gösterilmesi diyerek çocuğun görüşlerine verilecek önemin sadece yaşı ile belirlenemeyeceğini açıkça ortaya koymuştur²³⁷. Çocukların olgunluk düzeyleri, olayların neden-sonuç ilişkisini anlayabilme yetenekleri her zaman biyolojik yaşları ile bağlantılı olmayabilir. Çocuğun içerisinde yaşadığı toplum, sosyal ve kültürel durumu, bilgi ve tecrübesi, çocuğun görüş oluşturabilme yeteneğinin gelişmesine katkı sunan öğelerdir. Bu nedenle, çocuğun görüşlerinin değerlendirilmesi yapılırken her somut olayın özelliğine göre hareket edilmesi gerekecektir.

2. Çocuğun Kendisini İlgilendiren Yargılamalara Doğrudan ya da Temsilci Aracılığıyla Katılımı

Çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalara katılımı taraf ve dava ehliyeti ile ilgilidir. Taraf ehliyeti, bir davada taraf olabilme, davacı veya davalı olarak bir davada

²³³ FRANKLIN, s. 104.

²³⁴ KRAPPMANN, Lothar, The Weight of the Child's View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child), International Journal of Children's Rights, N.18, 2010, s. 507- 508.

https://www.researchgate.net/publication/274466028_The_weight_of_the_child's_view_Article_12_of_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child E.T. 05.11.2021

²³⁵ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 128.

²³⁶ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 129.

²³⁷ 12 No'lu Genel Yorum, N. 29.

yer alabilme ehliyetidir. Taraf ehliyetine sahip olabilmek için medeni hukuktaki hak ehliyetine sahip olmak gereklidir²³⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 50 gereğince hak ehliyetine sahip her gerçek ve tüzel kişi, davada taraf olabilme ehliyetine de sahiptir. Çocuğun taraf ehliyeti, sağ olarak tamamıyla doğduğu andan itibaren başlamaktadır²³⁹.

Dava ehliyeti ise, kişinin bizzat kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci aracılığıyla bir davayı takip edebilme ve buna ilişkin usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. HMK m. 51 gereğince, dava ehliyetinin olabilmesi için fiil ehliyetine sahip olmak gereklidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun fiil ehliyeti olmadığı için dava ehliyeti de bulunmamaktadır²⁴⁰. Bu nedenle taraf bulundukları davalarda yasal temsilcileri tarafından temsil edilirler. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun da kural olarak dava ehliyeti yoktur. Ancak ayırt etme gücüne sahip olan çocuklar bazı durumlarda dava ehliyetine sahiptirler. Bu istisnai durumlar; şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı, kendisine bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen ayırt etme gücüne sahip çocuğun bu meslek ve sanatla ilgili açılan davalar, tasarruf hakkı kendisine bırakılmış mal ve alacaklar için açılan davalar, nafaka davaları olarak sıralanabilir²⁴¹. Bu nedenle, bu kişilere sınırlı dava ehliyetine sahip kişiler de denilmektedir²⁴². Ayırt etme gücüne sahip olan çocuklar dava ehliyetlerinin bulunmadığı durumlarda yasal temsilcileri tarafından temsil edilirler.

ÇHS m. 12/f. 2 çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalarda doğrudan ya da temsilci aracılığıyla katılımının sağlanmasını düzenlemektedir. Yargılamaların konusu bakımından komite her hangi bir sınırlama öngörmemiştir. Çocuğun kendisini ilgilendiren ve etkileyen her türlü yargılamada çocuğun katılım hakkının sağlanması

²³⁸ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 146- 147; KURU, Baki/ AYDIN, Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 106; KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 238.

²³⁹ KURU/ AYDIN, s. 106; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 147; YILMAZ, Ejder, “Çocuk Hakları açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, ss. 819- 841, 2010, s. 824, <https://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/2162/24%252520yilmaz.pdf?sequence=1&isAllo wed=y> E.T. 05.11.2021

²⁴⁰ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 148; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 239.

²⁴¹ YILMAZ, s. 826; KURU/AYDIN, s. 115; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 149.

²⁴² KURU/AYDIN, s. 115.

gereklidir. Çocuğun katılım hakkı, kendisini ilgilendiren yargılamaların yanı sıra uzlaşma ve tahkim gibi alternatif ihtilaf çözüm yollarını da kapsamaktadır.

Çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalarda katılımının sağlanabilmesi için ortamın çocuğun dinlenilmesini sağlama yönünden uygun ve erişilebilir olması gerekir. Bir çocuğun, korkutucu, düşmanca, duyarlılıktan uzak veya çocuğun yaşı için uygunsuz olduğu bir ortamda etkin bir şekilde dinlenilmesi mümkün olmaz²⁴³. Komite, sözleşmeye taraf devletlere çocuk dostu bilgilerin, yeterli öz savunma desteğinin, çocuk yargılamalarına uygun şekilde eğitilmiş alanında uzman personelin ve çocuk için uygun mahkeme salonu tasarımlarının sağlanmasına özellikle dikkat etmektedir. Bu doğrultuda çocuklar için ayrı bekleme salonlarının, duruşma salonlarında görüşü engelleyen paravanların, hakim ve avukatlar için uygun kıyafetlerin sağlanmasını da ön görmektedir.

ÇHS m. 12/f. 2 çocuklara kendilerini ilgilendiren yargılamalarda hem doğrudan kendisinin hem de dolaylı olarak bir temsilci aracılığıyla dinlenilmesine imkan tanımaktadır. Bu hususta çocuğun doğrudan doğruya kendisinin dinlenmesi, temsilci ya da uygun makam yoluyla dinlenmesi seçeneklerinden hangisinin ya da hangilerinin tanınacağı taraf devletlere bırakılmıştır. Ancak komite, mümkün olduğunca her türlü yargılamada çocuğa doğrudan kendisinin dinlenilmesi fırsatının sağlanmasını tavsiye etmektedir. Bu doğrultuda çocuğun görüşlerine verilen özel önem nedeniyle görüşlerini ifade etme yeteneğine sahip çocuklar doğrudan doğruya dinlenilmeli, temsilci ya da uygun makam yoluyla dinlenilme seçeneklerinin taraf devletlerinin yasal düzenlemeleri çerçevesinde olanaklı olduğu ölçüde tanınması söz konusu olacaktır²⁴⁴.

Çocuğu yargılamalarda temsil edecek temsilci çocuğun anne ve/veya babası, bir avukat veya sosyal çalışma görevlisi gibi başka bir kişi olabilir²⁴⁵. Madde metninde geçen temsilci kavramından çocuğun sürekli yasal temsilcisinden mi yoksa bunun dışında bir temsilciden mi bahsedildiği açık değildir. Ancak madde metni düzenlemesinde geçen “uygun makam aracılığıyla” ibaresinden kastedilen temsilcinin çocuğun sürekli yasal

²⁴³ 12 No’lu Genel Yorum, N. 34.

²⁴⁴ YÜCEL, Özge, Çocuğun Bağımsız Temsilinde Farklı Bir Yol: Çocuk Savunmanlığı ve Çocuk Baroları, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014, Sayfa: 146- 153, s. 148.

²⁴⁵ 12 No’lu Yorum, N. 36.

temsilcisinin değil bağımsız bir temsilci veya makam olduğu anlaşılmaktadır²⁴⁶. Kaldı ki, birçok davada çocuk ile sürekli yasal temsilcisi arasında bir çıkar çatışması riskinin olduğu da unutulmamalıdır. Böyle durumlarda çocuğun, çıkar çatışması halinde olduğu yasal temsilcisi tarafından temsil edilmemesi gerekir²⁴⁷.

Çocuk, kendisini ilgilendiren yargılamada bir temsilci aracılığıyla temsil ediliyorsa, çocuğun konu ile ilgili görüşlerinin temsilci tarafından karar alıcıya doğru bir şekilde, aynen iletilmesi büyük önem taşımaktadır. Temsilcinin kendi görüşlerine yer vermemesi gerekir. Temsilcinin çocuk ile görüşmek için seçtiği yöntem çocuğun özel durumuna uygun olarak belirlenmelidir. Temsilciler karar alma sürecinin çeşitli yönleri hakkında yeterli bilgiye, anlayışa ve çocuklarla çalışma konusunda deneyime sahip olmaları gerekir²⁴⁸.

Yargılamada çocuğu temsil eden temsilcinin, çocuğun yararını öncelikli olarak temsil ettiğinin farkında olması gerekir²⁴⁹. Komite temsilcilere çocuklarla sağlıklı iletişim kurmaları yönünde davranış kuralları geliştirmelerini de tavsiye etmektedir.

E. Çocuğun Katılım Hakkı Kavramı ile Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi Arasındaki İlişki

Çocuğun üstün yararı ilkesi ve çocuğun katılım hakkı ÇHS'nin iki temel işlevini oluşturmaktadır.

ÇHS m. 3'de düzenlenen çocuğun üstün yararı ilkesinin amacı, kamusal veya özel yardım kuruluşları, mahkemelere, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren tüm işlemlerde çocuğun yararının temel düşünce olmasını sağlamaktır. Bu husus aynı zamanda, çocuk adına atılan her adımda çocuğun üstün yararına saygı gösterilmesi anlamına da gelmektedir. ÇHS m. 3, sözleşmeye taraf devletlere çocuğun üstün yararının göz önüne alınması için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü tutmaktadır. Bununla birlikte sözleşme, taraf devletlere çocuk ile ilgili

²⁴⁶ SEROZAN, s. 69; YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 148.

²⁴⁷ LANSDOWN, s. 26.

²⁴⁸ 12 No'lu Genel Yorum, N. 36.

²⁴⁹ 12 No'lu Genel Yorum, N. 37.

işlemlerden sorumlu olan tarafların çocuğu m. 12’de düzenlenen katılım hakkına uygun şekilde dinlenmesini sağlama yükümlülüğü de getirmektedir²⁵⁰. Bunun yerine getirilmesi zorunluluk olup, taraf devletlerine takdirine bırakılmamıştır.

Çocuğun kendini ifade edebilmesi, düşüncelerini açıklaması ve karar alma sürecine dahil edilmesi aynı zamanda çocuğun menfaatine olan bir durumdur. Çocuğun görüşlerini özgürce ifade edebilmesi ve bu görüşlerin dikkate alınması, çocuğun şiddet ve zorbalığa maruz kalmasının da önüne geçer ve böylece çocuk kendini doğru şekilde ifade edebilme imkanına sahip olur²⁵¹. Çocuğun yaşadığı şiddet, sömürü, adaletsizlik veya ayrımcılığa karşı korunması için öncelikle bunu anlatabilmesi, katılım hakkı kapsamında kendini ifade edebilmesine imkan sağlamak gereklidir²⁵².

Çocuğun katılım hakkının gereği gibi yerine getirilmemiş olması, çocuğun üstün yararı ilkesinin de gereği gibi uygulanmadığı anlamına gelecektir. Ancak çocuğun üstün yararı, çocuğun görüşünün alınmaması gereken hallerin tespiti bakımından da belirleyici rol oynamaktadır²⁵³. Öyle ki yaş küçüklüğü veya gecikmesinde sakınca olacak işlemlerde haklı bir neden varsa, çocuğun konuyla ilgili görüşüne başvurulmaması çocuğun yararına olabilmektedir. Her somut olayın özelliğine göre hakim takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Dolayısıyla hakim, çocuğun açıkladığı isteğin somut şartlara göre gerçekçi olmadığı ve sağlıklı gelişime fayda sağlamayacağı kanaatine varırsa, üstün yarar ilkesini göz önüne alarak çocuğun isteğinden farklı bir karar verebilir. Bu durumda yüksek yarar ilkesi, çocuğun hukuken henüz tam olarak tanınmayan irade ve isteğinin yerini tutmaktadır denilebilir²⁵⁴. Hukuken henüz tam olarak tanınmayan irade ve isteğin, çocuğun kendisini ilgilendiren bir olayda yetişkin olsaydı kendisi için nasıl bir karar verecek idiyse, aynı yönde karar tesis etme şeklinde nitelendirilebilir.

²⁵⁰ 12 No’lu Genel Yorum, N. 70.

²⁵¹ ŞAHİN/ ARAL, s. 64; WILLOW, s. 8; LANSDOWN, s. 7; COLLINS, s. 20.

²⁵² COLLINS, s. 20; STEWARD, Rebecca, Child Participation and Independent Human Rights Institutions for Children in Europe, UNICEF, Innocenti Research Centre, No: 23, 2009, s. 7, <https://www.unicef-irc.org/publications/647-child-participation-and-independent-human-rights-institutions-for-children-in-europe.html>

E.T. 04.05.2021

²⁵³ ÖCAL APAYDIN/HIŞIM, s. 295.

²⁵⁴ AKYÜZ, s. 58.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin düzenlendiği ÇHS m. 3 ile katılım hakkının düzenlendiği m. 12 arasında iki genel ilkenin birbirini tamamlayıcı işlevi söz konusudur. Çocuğun dinlenmesinde m. 12' nin sunduğu bileşenlere riayet edilmezse, çocuğun üstün yararının doğru bir şekilde uygulanması mümkün olmayacaktır²⁵⁵. Aynı şekilde çocuğun üstün yararının çocuğu ilgilendiren tüm konularda uygulanması, katılım hakkının düzenlendiği m. 12'yi daha işlevsel ve uygulanabilir hale getirecektir.



²⁵⁵ 12 No'lu Genel Yorum, N. 74.

İKİNCİ BÖLÜM

VELAYET KAPSAMINDA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI

I. VELAYET KAVRAMI

A. Genel Olarak

Velayet kelime olarak Arapça kökenlidir ve yakın olma, yanında olma, koruma ve kollama, sorumluluk üstlenme ve göz kulak olma anlamları taşımaktadır²⁵⁶. Hukuki anlamda ise velayet, ergin olmayan küçüklerin ve bazı durumlarda da kısıtlı ergin çocukların, kişilik hak ve menfaatlerinin korunması, geliştirilmesi ve iyileştirilmesi ile mal malvarlığı değerlerine özen gösterilmesi ve onların hukuk düzeni içerisinde temsili konusunda, kanunun ana- baba ya da evlat edinene tanıdığı görev, yetki, yükümlülük ve hakların bütünü olarak ifade edilebilir²⁵⁷.

Eski hukuk sistemlerinde velayet, esas olarak babanın daha sonraları ise annenin de dahil olduğu, çocuk üzerindeki mutlak hak olarak kabul edilmiştir. Bu anlamdaki velayet hakkının mülkiyet hakkı ile eşdeğer görüldüğü söylenebilir. Ancak toplumsal hayattaki gelişmeler ile çocuk ve aile kavramlarındaki değişimler, velayetin nitelik ve kavram olarak gelişim göstermesine neden olmuştur. Günümüzde ise velayet kişi

²⁵⁶ <https://www.etimolojiturkce.com/arama/velayet>, Erişim Tarihi: 08.05.2021

²⁵⁷ **ERDEM**, Mehmet/ **MAKARACI BAŞAK**, Aslı, Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 434- 435, s. 272; **ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.1013; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s.351; **SAĞLAM**, Family Law, s. 188; **AKINTÜRK/ATEŞ**, Aile Hukuku, s. 406; **GENÇCAN**, Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 81; **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa/ **RUHİ**, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 755; **ÖZTAN**; s.506; **REYHANİ YÜKSEL**, Sera, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2020, s. 23; **TEKİNAY**, Aile Hukuku, s. 483; **BAKTİR ÇETİNER**, Selma, Velayet Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 30; **KARACA**, Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 23; **HATEMİ**, Hüseyin, Aile Hukuku, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s.182; **AKYÜZ**, s. 222; **ANTALYA**, O. Gökhan/ **TOPUZ**, Murat, Medeni Hukuk- Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 143.

üzerinde bir hakka sahip olmayı değil, onu gelecekte yeterli bir olgunluğa sahip bir birey olarak yetişmesini sağlamayı amaçlamaktadır.

Medeni Kanunumuzda 335 ile 363. maddeler arasında velayet hükümleri düzenlenmiş olup, velayete ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. On sekiz yaşının doldurmamış, ergin olmayan çocukların velayet altında bulunacağı TMK m. 335’de düzenlenmiştir. Aynı düzenleme ergin olan çocukların da istisnai hallerde velayet altına alınacağını²⁵⁸ düzenlemiştir²⁵⁹. TMK m. 336 gereği ana babanın her ikisinin ya da birinin velayet hakkı doğumdan önce kaldırılmadığı müddetçe ana ve baba doğumla birlikte velayet hakkına sahip olurlar.

Doktrinde velayet kavramıyla ilgili çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bir tanıma göre velayet, ebeveynlerin çocuklarına karşı yükümlü olduğu terbiye, bakım ve koruma görevinin eksiksiz bir şekilde yerine getirebilmeleri için çocukların şahısları ve malları üzerindeki hakların bütünüdür²⁶⁰. Diğer bir tanıma göre velayet, anne babanın çocukları üzerinde kanunun öngördüğü gerekli kararları alma yetkisidir²⁶¹. Başka bir tanıma göre ise velayet, ana babanın statüleri gereği sahip oldukları hukuki bir kılıf olup, çocukları ergin olana kadar onların bakımı ve yetiştirilmeleri için sahip oldukları tüm hak ve

²⁵⁸ Ergin olan çocukların kısıtlanması halinde vesayet değil velayet hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz: “..*Yerel Mahkemece; davacı ... akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanarak 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 419/ son maddesi gereğince vesayet altına alınmadığı, annesinin velayeti altında bırakıldığı, bu durumda velayet hükümlerinin uygulanması gerektiği hususunun tartışmasız olduğu, davacı çocuk adına dava açılması için, veli sıfatıyla annesinin, TMK'nın 462/8. maddesine göre vesayet makamından izin alınmasının gerekli olmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olay bakımından davacı annenin velayeten atandığı kısıtlı çocuğu yararına iştirak nafakasının artırımı davası açabilmesi için (TMK'nın 462/8. maddesi uyarınca) vesayet makamından izin almasına gerek olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Dosyanın incelenmesinden tarafların müşterek çocukları olan 1976 doğumlu...’nın İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 20.09.1994 tarihli ve 1994/1523 E., 1994/1410 K. ilamı ile kısıtlandığı ve annesi ...'ın velayeti altında bırakıldığı, işbu nafakanın artırımına ilişkin davanın ise anne ... tarafından Mebruke'ye velayeten (veli sıfatıyla) açıldığı görülmüştür. 4721 Sayılı TMK'nın 419. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan; "Kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velayet altında bırakılır." hükmü gereğince kısıtlanan ergin çocuklara anne ve babasının vasi tayin edilmesi hâlinde vesayet değil velayet hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle yerel mahkemenin dava açılması için vesayet makamından izin alınmasına gerek olmadığı yönündeki direnme gerekçesi usul ve yasaya uygun olup yerindedir..” YHGK E. 2017/3-441, K. 2019/1137, T. 5.11.2019. (Kazancı Hukuk Otomasyon), www.kazanci.com.tr*

²⁵⁹ Kısıtlanan ergin çocukların vesayet altına alınmayıp, velayet altında bırakılması durumunda görev bakımından vesayete ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde karşı görüş için bkz; GENÇCAN, s. 265- 266.

²⁶⁰ TANDOĞAN, Haluk, Velayetten Doğan Kanun İhtilafları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2- 4, 1946, s. 505.

²⁶¹ İMAMOĞLU, Hülya, Yeni Medeni Kanun’daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHF, C. 54, S. 1, 2005, s. 165- 166.

ödevlerdir²⁶². Günümüz modern hukuk sisteminin benimsediği haliyle ise velayet kavramı artık bir hak olmaktan ziyade görev ve yetki olarak nitelendirilmektedir. Bu görev ve yetkinin amacını ise çocuğun yüksek yararının gerçekleştirilmesi ve ergin bir birey olduğunda bedensel, zihinsel, duygusal ve ahlaki bakımından gelişiminin tamamlanmış olması oluşturmaktadır.

Velayet, ebeveynler için değil çocuk için, aynı zamanda çocuğu korumak ve yaşlı ilerledikçe korunmaya muhtaç olmaktan çıkarmak için öngörülen bir kavramdır²⁶³. Velayetin asıl amacı çocuğun korunması ve yararının gözetilmesinin yanı sıra çocuğa bağımsız kişiliğinin kazandırılmasıdır. Bu nedenledir ki, günümüz yasalarında otorite çağrışımı yapan “velayet” kavramı yerine “koruma ve bakma” deyiimi kullanılmaktadır²⁶⁴. Alman hukukunda da 18.07.1979 tarihinde bu yönde bir değişiklik yapılmış, “velayet” kavramı yerine “bakma hakkı” terimi kullanılmıştır²⁶⁵. Aynı şekilde İngiltere’de de öncesinde “ana babanın hakları ve ödevleri” olarak kullanılan terimin yerine, 1989 yılında yapılan değişiklikle “çocuklar için sorumluluk” terimi kullanılmaya başlanmıştır²⁶⁶. Velayet kavramı Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde de geçmemektedir, bunun yerine ebeveynin sorumlulukları, hakları ve ödevleri ifadeleri yer almaktadır.

Velayet, çocuğun yüksek yararı gözetilerek ona bağımsız kişiliğinin kazandırılması amacına yönelik bir yetki ve görevdir. Velayete sahip olan ana babanın bu amacı gerçekleştirecek davranışlarda bulunmaları beklenir.

B. Velayetin Hukuki Niteliği

Tanım ve kapsam olarak değerlendirildiğinde velayetin, ana baba için değil, çocuk için olduğu açıktır. Velayetin ana babaya görevler yüklemesi ve bu görevleri çocuğun yararına kullanması zorunluluğu da bunu doğrulamaktadır. Ancak bu durum velayetin, ana babanın üçüncü kişiler karşısında sahip olduğu anayasal ağırlıklı bir hak olduğu

²⁶² KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 185.

²⁶³ SEROZAN, s. 250; ERDEM/ MAKARACI BAŞAK, s. 435.

²⁶⁴ REYHANİ YÜKSEL, s. 23; SEROZAN, s. 250.

²⁶⁵ İNAN, Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayyımlık, İstanbul Barosu Dergisi, C. 69, S.1-2-3, 1995, s. 73.

²⁶⁶ BAKTİR ÇETİNER, s. 29.

düşüncesine de engel değildir²⁶⁷. Bu doğrultudaki hak temelli yaklaşım, velayeti ana babanın kişilik haklarının bir parçası olarak görür ve kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak olarak nitelendirir²⁶⁸. Bu nedenle velayet hakkı devredilemez, anlaşmayla ortadan kaldırılamaz ya da feragate konu edilemez. Ancak velayet ana babaya çocuk üzerinde mutlak bir egemenlik hakkı vermez, çocuk üstündeki velayet hakkı eşya üstündeki mutlak hakka benzetilemez. Bu sebeple velayet hakkı klasik haklar şemasına uymaz, sadece üçüncü kişilere karşı etkilidir, iade istemlerine ve haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir²⁶⁹.

Velayet hakkı, günümüzde ana babanın kişilik haklarının bir parçası olarak kabul edilmemektedir²⁷⁰. Kişilik hakkı olarak kabul edilse bile, bu kişilik hakkı ebeveynlerin kendi yararlarına değil, çocuk yararına tanınan bir hak özelliğindedir²⁷¹.

Ana babanın velayeti kullanmaya yetkili oldukları halde çocuğa bir vasi tayin edilmesini talep ederek velayetin yüklediği yükümlülükten kurtulamayacakları veya velayeti başka bir kimseye devredemeyecekleri yönünde velayeti sadece görev temelli yorumlayan yaklaşım da mevcuttur²⁷². Ancak salt görev temelli yaklaşım da velayetin hukuki niteliğini belirleyememektedir. Öyle ki, bir şekilde velayet görevi sona erdiğinde ebeveynlerin çocuklara yönelik bir taleplerinin de olmayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durum hem yasal olarak mümkün değildir hem de anne baba çocuk ilişkisinin temel yapısıyla çelişmektedir.

Velayeti yalnızca hak veya yalnızca görev olarak nitelendirmek velayeti açıklamakta yetersiz kalacaktır²⁷³. Velayet hakkı kendisinden alınsa bile ana babanın çocuğa yönelik yükümlülükleri, nafaka örneğinde olduğu gibi, devam edecektir.

²⁶⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 181; SEROZAN, s. 251.

²⁶⁸ REYHANİ YÜKSEL, s. 27.

²⁶⁹ SEROZAN, s. 251.

²⁷⁰ ÖZTAN, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 626; ERDEM/ MAKARACI BAŞAK, s. 435.

²⁷¹ AKYÜZ, s. 222.

²⁷² ÇETİNER, Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 38. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/2-SELMA-CETINER.pdf> E.T. 04.05.2021

²⁷³ ÇETİNER, s. 39.

Velayetin hukuki niteliği konusunda bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, velayet hem nisbi hem mutlak hak özelliği taşımaktadır²⁷⁴. Ana baba ve çocuk arasındaki iç ilişkideki karşılıklı bakım, saygı, sadakat ve dayanışma yükümlülükleri kendine özgü olup ifası istenemediğinden velayetin nisbi yönünü oluşturmaktadır²⁷⁵. Velayetin mutlak yönü ise üçüncü kişilere karşı söz konusu olmaktadır. Bu nedenle velayet mutlak-nisbi hak karması bir yüküm-hak olarak ortaya çıkmaktadır²⁷⁶.

II. VELAYETE SAHİP OLANLAR

Medeni Kanun velayeti ana baba ve çocuk arasındaki soybağına dayandırmaktadır. Bu nedenle velayet hakkı sadece ana ve babaya tanınmıştır. Velayet, çocuk üzerinde geniş yetkiler sağladığından, velayete sahip olanların sayısının sınırlı tutulmasının temelinde çocuğun yararı düşüncesi bulunmaktadır. Bu nedenle anne baba dışındaki büyük anne, büyük baba, amca gibi diğer aile bireylerinin velayet hakkına sahip olmaları mümkün değildir²⁷⁷.

Velayet hakkı üvey ana ya da babaya tanınmamıştır. Ancak TMK m. 338 gereğince, eşlerden biri diğerinin müşterek olmayan çocuğuna da özen ve ilgi göstermekle, onların yetiştirilmesine yardımcı olmakla yükümlüdür. Bu nedenle üvey ana ya da babanın velayet hakkı olmasa da çocuğa yönelik yükümlülükleri kanunda açıkça düzenlenmiştir.

Medeni Kanun m.314/1'e göre, evlatlık üzerinde evlat edinene de velayet hakkı tanınmıştır. Bu durum anne baba dışındaki kimsenin velayet hakkına sahip olamayacağı

²⁷⁴ REYHANİ YÜKSEL, s. 28.

²⁷⁵ İMAMOĞLU, Tedip Hakkı, s. 168.

²⁷⁶ SEROZAN, s. 251.

²⁷⁷ “..4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 335. maddesinde "ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır." hükmü yer almaktadır. Aynı Kanunun 404'üncü maddesinde de velayet altında bulunmayan küçüklerin vesayet altına alınacağı düzenlenmiştir. Sözü edilen yasal düzenlemelere göre velayet hakkı, münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından, mahkemece gerekçeli kararda velayetin küçüğün davacı dedesine verilmesi şeklinde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 2. HD. E. 2007/19530, K. 2008/3196, T. 11.3.2008 (Kazancı Hukuk Otomasyon), www.kazanci.com.tr

düzenlemesinin istisnasını oluşturur. Velayet hakkı, evlat edinen tarafından evlat edinmeye hakim tarafından karar verilmesiyle birlikte kazanılmış olur²⁷⁸.

A. Anne ve Baba

1. Anne ve Babanın Evli Olarak Velayeti Kullanması

Velayet ilişkisinin temeli anne baba ve çocuk arasındaki soybağıdır. Velayet sahip olabilmek için çocuğun genetik anne babası olmak yeterli olmadığı gibi çocukla anne babası arasında soybağı ilişkisinin de hukuken kurulmuş olması gereklidir²⁷⁹.

Çocuk ile annesi arasında soybağının kurulabilmesi için çocuğun soybağı kurulacak kadın tarafından doğurulduğunun tespit edilmesi yeterli olacaktır²⁸⁰. Baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması TMK m. 285/f. 1’de düzenlenmiştir. Buna göre, evlilik devam ederken ya da evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası koca kabul edilecektir. Anne ve baba çocuğun doğumu anında evli iseler, çocuk üzerindeki velayet hakkı doğumla birlikte kurulmuş olacaktır²⁸¹.

Anne ve baba evli iseler, velayete birlikte sahip olacaklardır. Evlilik birliği devam ettiği sürece de velayeti birlikte kullanacaklardır. Velayetin birlikte kullanılması durumunda çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, gözetilmesi ve korunmasında birlikte özen gösterecekleri ve sorumlulukları birlikte yüklenecekleri anlamına gelir. Önemli konularda da birbirlerine danışıp son kararı vermeleri gerekir.

²⁷⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 407; USTA, *Sevgi*, Çocuk Hakları ve Velayet, On iki Levha Yayınları, 2012, s. 25.

²⁷⁹ AKYÜZ, s. 226; ERDEM/ MAKARACI BAŞAK, s. 438.

²⁸⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 265.

²⁸¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 351.

Velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılması demek onların çocukla ilgili her konuda birlikte hareket edecekleri anlamına gelmemektedir. Ana ve babadan her biri, diğerinin açık ve örtülü rızasına dayanarak çocukla ilgili iş ve işlemleri tek başına yapabilir²⁸². Bahsedilen rızanın, çocukla ilgili iş ve işlemde önce izin şeklinde verilebileceği gibi iş ve işlemde sonra onay şeklinde de verilebilir.

Ana babanın velayeti kullanırken belli konularda anlaşmazlığa düşmeleri halinde TMK m. 195/f. 1 gereği eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. Hakim öncelikle tarafları uzlaştırmaya çalışır. Ancak uzlaşma sağlanamazsa hakim çocuğun yararına daha uygun gördüğü eşlerden birinin iradesi yönünde karar verebilir²⁸³. Çocuğun adının konması, eğitimi gibi konulara ilişkin anlaşmazlıklarda hakimin müdahalesi talep edilebilir²⁸⁴.

Anne ya da babadan birinin hastalık, tutukluluk, askerlik gibi nedenlerle velayeti fiilen kullanması mümkün olmayan durumlarda, çocuğu yanında bulunduran anne ya da baba velayeti tek başına kullanacaktır²⁸⁵.

2. Evlilik Birliğinin Ölüm İle Sona Ermesi Durumunda Velayetin Kullanılması

Evlilik birliği devam ederken ana ya da babadan biri ölürse evlilik birliği kendiliğinden sona erecektir. Ölen ana ya da babanın velayet hakkı da ölüm ile birlikte son bulacaktır. Bu durumda velayet hakkını sağ kalan eş tek başına kullanacaktır. Aynı durum eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi durumunda ya da eşlerden birinin

²⁸² AKYÜZ, s. 228.

²⁸³ BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 263; SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, S. 49, 2007, s. 91.

²⁸⁴ “..Çocuğu diğer kişilerden ayıran onun kişi olarak ifade edilmesini sağlayan, aynı ailedeki kişileri birbirinden ayırt etmeye yarayan bir kavram olan çocuğun adını ana ve babası birlikte koyarlar. Ancak, ana ve babanın, velayet hakkının kapsamı içerisinde yer alan çocuğun adı konusunda anlaşmazlığa düşmeleri halinde, ana ve baba ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. Hakim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Hakim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır O halde; mahkemece tarafların gösterdikleri deliller usulüne uygun şekilde toplanıp taleple ilgili olarak, kanunda gösterilen usul çerçevesinde bir karar vermek gerekir.” Y. 2. HD. E. 2016/26017, K. 2017/14036, T. 4.12.2017, (Kazancı Hukuk Otomasyon), www.kazanci.com.tr

²⁸⁵ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 635; AKYÜZ, s. 230.

kısıtlanması gibi velayet hakkını kullanamayacak duruma düştüğünde de söz konusu olacaktır.

Somut olayın özelliğine göre hakim, çocuğun yararı gereği sağ kalan eşin yerine, çocuğa vasi atamasına da karar verebilir²⁸⁶.

3. Anne Babanın Ayrılması Durumunda Velayetin Kullanılması

Anne babanın hakim kararı olmadan fiilen ayrı yaşamaya başlamaları durumu genel olarak velayet hakkını etkilemeyecektir. Velayetin birlikte kullanımında bir değişiklik olmayacaktır. Ancak eşler haklı sebeplerin varlığı halinde birlikte yaşamaya ara verirlerse TMK m. 197 gereği hakim gerekli önlemleri alabilir. Bu doğrultuda velayet hakkının kullanımını da eşlerden birine bırakabilir. Bu konuda tarafların talepleri olmadan, Aile Mahkemesi re'sen çocuklara ilişkin gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Mahkeme her somut olayın özelliğine göre, çocuğun hangi tarafın yanında kalacağına, çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki tesisine ve çocuğa ödenecek nafaka miktarının belirlenmesine ilişkin hususları karar altına alacaktır²⁸⁷.

Yine TMK m. 336/f. 2 gereği ortak hayata son verilmişse veya ayrılık gerçekleşmişse hakim velayetin eşlerden birine verilmesine karar verebilir. Böylece çocuk, ayrılığın getirdiği gergin ve çekişmeli ortamdan kurtulmuş olur. Çünkü ayrılık sürecinde eşlerin velayeti birlikte kullanmaları aralarındaki gerginliğin artmasına neden olduğu gibi, kendi sorunlarıyla meşgul olan anne baba aralarında yaşanan tartışmaların çocuğun ruh sağlığına verebileceği zararları düşünemez hale gelebilirler²⁸⁸. Bu durumda çocuğun yarar gereği velayet eşlerden birine hakim kararıyla bırakılabilir. Özellikle şiddetin söz konusu olduğu durumlarda, evlilik birliğini koruyucu önlemleri almaya

²⁸⁶ “..Toplanan delillerden küçük 17.7.2008 doğumlu M. M.'in babası ölmüş, anne F.'nin ise yaşam tarzı itibarıyla velayet görevini gereği gibi yerine getirmedeği ve bu yaşam tarzı sebebiyle hakkında ceza davasının da bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davanın kabulüyle küçük M. M.'in annede olan velayetinin kaldırılmasına, küçüğe vasi tayini için vesayet makamına (Sulh Hukuk Hakimliğine) ihbarda bulunulmasına karar vermek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y. 2. HD. E. 2013/4373, K. 2013/7946, T. 21.3.2013, (Kazancı Hukuk Otomasyon), www.kazanci.com.tr

²⁸⁷ YILMAZ, Canan, Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 163.

²⁸⁸ AKYÜZ, s. 230.

yetkili mahkemenin aynı zamanda çocuğun korunmasına yönelik önlemleri de almaya yetkili kılınması gerekmektedir²⁸⁹.

Neticede, birlikte yaşamaya ara verilmesi veya ayrılık durumunda velayet kural olarak eşler tarafından birlikte kullanılmaya devam edecektir. Ancak çocuğun yararı gerektirdiği takdirde, hakim kararıyla velayet eşlerden birine bırakılabilecektir. Burada önemli olan husus, ana baba yerine çocuğun yarının gözetilecek olmasıdır.

4. Anne Babanın Boşanması Durumunda Velayetin Kullanılması

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda hakim, anne babanın hakları ile çocukla olan kişisel ilişkileri düzenleyecektir. Evliliğin iptal ile sona ermesinde de aynı durum söz konusu olacaktır. TMK m. 336/f. 3 uyarınca, velayet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır.

Evlilik birliği sona erdiğinde hakim velayeti eşlerden birine verebilir. Medeni Kanun bu hususta hakime geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Hakim her somut olayın özelliğine göre takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutacağı temel ilke çocuğun üstün yararı ilkesi olacaktır. Hakim, velayet konusunda karar verirken bütün somut şartları inceledikten ve tarafları dinledikten sonra çocuğu bedensel ve zihinsel olarak daha iyi yetiştirebilecek ve koruyabilecek tarafı seçecektir²⁹⁰. Bu değerlendirme yapılırken tarafların sahip oldukları şartlar çocuğun yüksek yararını etkilediği ölçüde dikkate alınacaktır.

TMK m. 336/f. 3'te boşanma sonrası velayet hakkının anne babaya birlikte verilebileceği hususu düzenlenmemiştir. Sadece velayet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacaktır şeklinde bir düzenleme mevcuttur. TMK m. 336/f. 3 hükmünün emredici olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, boşanma sonrası velayetin eşlerden birine verilmesine yönelik düzenleme emredici niteliktedir ve boşanma sonrası eşlerin velayeti birlikte kullanılacağına dair bir karar verilemez²⁹¹.

²⁸⁹ YILMAZ, s. 166.

²⁹⁰ AKYÜZ, s. 231.

²⁹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 142; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku (Baskıyı hazırlayanlar: Cumhuriyet Özakman/Enis Sarıal), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 381; ÇELİKEL, Serdar, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki

Uygulamada da yargı kararları bu yönde iken 27.05.2009 tarihinde İzmir 4. Aile Mahkemesi'nde görülen bir anlaşmalı boşanma davasında, tarafların talebi ve somut olayda çocuğun üstün yararının gerektirmesi üzerine birlikte velayet kararı tesis edilmiş ve bu yöndeki tartışmaların başlangıcı olmuştur²⁹². İzmir 4. Aile Mahkemesi'nin bu yöndeki kararına kadar birlikte velayet ne ilk derece mahkemelerinin ne de Yargıtay'ın değerlendirme konusu olmuş, olsa dahi olumlu yönde bir karara bağlanmamıştır²⁹³. Bununla birlikte; yabancı mahkemelerin, ortak velayete dair vermiş olduğu kararların tanınması ve tenfizine ilişkin davalar, velayete yönelik düzenlemelerin kamu düzenini ilgilendirdiği gerekçesiyle reddedilmiştir²⁹⁴. Bu konuda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.02.2017 tarihli kararıyla görüş değiştirmiş, kamu düzeni kavramını, ülkemizin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara ve mevcut anayasal düzenlemelere atıf yaparak yeniden tartışmış ve birlikte velayet olgusuna olumlu yönde katkı sağlamıştır²⁹⁵.

Sonuçları, Adalet Yayınları, 2012, s. 64; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 2022, s. 623; **HATEMİ/KALKAN-OĞUZTÜRK**, s. 131.

²⁹² **ERLÜLE**, Fulya, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 294; **KURT**, Leyla Müjde, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD), C. 9, S. 2, s. 157- 186, 2018, s. 170. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/543483> E.T. 04.05.2021

²⁹³ **BİNGÖL**, Ediz, Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 2, s. 276- 312, İstanbul, 2014, s. 288. <https://www.doganturan.av.tr/wp-content/uploads/2019/05/Cilt-88-Say%C4%B1-2014-2.pdf> (Erişim Tarihi: 05.01.2021)

²⁹⁴ **APAYDIN**, Eylem, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İNÜHFD, C. 9, S. 1, s. 445-475, 2018, s. 461. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/492698> E.T. 04.05.2021; “..Evlilik devam ettiği sürece ana-baba velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermek zorundadır. Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgilidir. Tenfizi istenen ilamda müşterek çocuğun velayetinin her iki tarafta kalacak şekilde düzenlenmesine karar verilmiştir. Yabancı mahkemenin müşterek çocuğun velayetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır. Bu nedenle mahkemenin velayet düzenlenmesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur.” Y. 2. HD. E. 2006/6824, K. 2006/13638, T. 10.10.2006; Aynı yönde kararlar için bkz; Y. 2. HD. E. 2004/13947, K. 2004/1585, T. 27.12.2004; Y. 2. HD. E. 2004/12285, K. 2004/13680, T. 22.11.2004; Y. 2. HD. E. 2003/2818, K. 2003/3889, T. 20.3.2003; Y. 2. HD. E. 2006/2773, K. 2006/9267, T. 12.6.2006, (Kazancı Hukuk Otomasyon), www.kazanci.com.tr

²⁹⁵ “..Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi sebeplerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıtas yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adab ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır. Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.” Y. 2. HD. E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.2.2017 (Kazancı Hukuk Otomasyon), www.kazanci.com.tr

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, TMK m. 336/f. 3 hükmünden ortak velayetin yasaklandığı ve çocuğun velayetinin sadece bir eşe bırakılmasının zorunlu olduğu şeklinde bir sonuç çıkarılamayacağı, hükmün amacının, boşanma halinde çocuğun yararının en iyi şekilde korunması olduğu yönündedir²⁹⁶. Bu doğrultuda anne ve baba birlikte velayet konusunda istekli ve bu sorumluluğu taşıyabilecek durumda iseler ve ikisinin velayeti ortak yürütmeye devam etmesi çocuğun menfaatine uygun olacaksa, evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği durumlarda velayet hakkının anne babaya birlikte verilmesi yoluna gidilmelidir.

Kaldı ki taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler de velayet konusunda çocuğun yüksek yararını esas alan düzenlemeler doğrultusunda değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Ülkemizin taraf olduğu 01.08.2016'da yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün "eşler arası eşitlik" başlıklı 5. maddesi gereğince, eşler evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşit kabul edilmişlerdir. Bu düzenlemede yer alan eşitlik esası, uygulamada evliliğin sona ermesi hallerinde eşlerden birisine tanınacak velayet hakkının bu eşitliği bozacağı, oysa velayet hakkı bakımından eşlerin birbirine tercih edilemeyeceği ve bu sonucun ortak velayetin eşitlik anlayışının bir gereği olarak kabul edildiği şeklinde anlaşılmaktadır²⁹⁷.

²⁹⁶ **ÖZTAN**, Aile Hukuku, s. 1090- 1091; **SEROZAN**, s. 254- 255; **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 44; **KİREMİTÇİ**, Müge, Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 17; **SERDAR**, İlknur, Birlikte Velayet, DEÜHFD, C. 10, S. 1, s. 155- 197, 2008, s. 174, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754094> E.T. 17.03.2021; **GÜVEN**, Aydın, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 59; **AKYÜZ**, s. 231; **ERDEM/ MAKARACI BAŞAK**, s. 440- 441; **REYHANİ YÜKSEL**, s. 51; **ERLÜLE**, Birlikte Velayet, s. 154; **GÜVEN**, Kudret, Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, Ocak 2018, s. 11- 64, <https://www.jurix.com.tr/article/12516> E.T. 19.03.2021; **GÜNEŞ**, Zeynep Naz, Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet, TBB Dergisi, S. 150, 2020, s. 157- 178, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-150-1935> E.T. 22.03.2021; **BİRİNCİ UZUN**, Tuba, Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, Hacettepe HFD, 6(1), 2016, s. 163- 164, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/744678> E.T. 22.03.2021; **UZUN KAZMACI**, s. 180; **GÜLGÖSTEREN**, Zeynep Ayza., Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Ekim 2017, s. 157- 180, <https://www.jurix.com.tr/article/8153> E.T. 18.03.2022; **BİNGÖL**, s. 304.

²⁹⁷ **GÜVEN**, s. 60; **AKYÜZ**, s. 231.

Ebeveynlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıkları müşterek çocuklarına yansıtmamak ve onun fiziksel ve ruhsal sağlığı, bakımı, gelişimi için en uygun kararı alma ve birlikte hareket etme konusunda fikir birliği sağlamaları açısından anne ya da babanın tek başına velayet hakkına sahip olmasındansa, velayet hakkını birlikte kullanmalarının çocuk yönünden daha sağlıklı olacağı da belirtilmektedir²⁹⁸.

Hakim velayet konusunda karar verirken anne ve babayı dinleyecek, çocuk vesayet altında ise vesayet makamının düşüncesini de alacaktır. Anne ve babanın çocuğun velayeti konusunda anlaşma yapmaları hakimi bağlamayacaktır, bu doğrultuda hakimi bağlayacak tek husus çocuğun menfaati olmalıdır²⁹⁹. TMK' nın 182. ve 363. maddeleri, çocuğun üstün yararı aksini gerektirmedikçe, boşanan eşlerin velayeti birlikte kullanmasına imkan tanıyan açık bir hüküm ile yeniden düzenlenmelidir.

5. Anne ve Babanın Evli Olmaması Durumunda Velayetin Kullanılması

Anne ve baba çocuk doğduğu anda evli değilse velayet kural olarak anneye aittir. TMK m. 337/f. 1'de bu husus düzenlenmiş ve devamında annenin küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmış olması durumunda hakim, çocuğun menfaatinin göz önüne alarak ya vasi atayacağı ya da velayeti babaya vereceği belirtilmiştir.

Anne ve baba evli değilse, velayet anne tarafından doğumla başkaca bir işleme gerek kalmadan kendiliğinden kazanıldığı için ve velayetin yeniden düzenlenmesi yönünde bir istek yoksa velayet düzenlemesi yapılamayacaktır³⁰⁰.

Babaya velayet hakkının tanınması öncelikle çocuk ile arasındaki soybağı ilişkisini kurmasına bağlıdır. Baba, çocuğun ana rahmine düştüğü sırada anne ile evli olduğunu ispat ederse, çocuk ile arasında soybağının kurulmasını sağlamış olur. Bu doğrultuda biyolojik anne babanın sonradan evlenmesi de kendiliğinden soybağının kurulmasıdır. Tanıma da baba ile çocuk arasında soybağının kurulabilir. Bu durumda baba, bir başka erkek ile soybağı kurulmamış olan çocuğu tek taraflı irade beyanı ile tanıyabilir. Böylece baba ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olur. Son olarak anne veya çocuk

²⁹⁸ ERLÜLE, Birlikte Velayet, s. 37.

²⁹⁹ REYHANİ YÜKSEL, s. 53; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 144; AKINTÜRK/ATES, Aile Hukuku, s. 311.

³⁰⁰ GENÇCAN, s. 268.

babaya karşı babalık davası açarak alınan babalık hükmü ile baba ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olur.

Çocuk ile arasındaki soybağı ilişkisini kurmuş olan babaya velayet hakkı, istisnai olarak annenin velayet hakkını kullanamadığı durumlardan olan küçüklük, kısıtlılık, ölüm veya velayetin anneden kaldırılması halinde verilebileceği kabul olunur. Bu hallerin gerçekleşmesi durumunda da baba velayet hakkını kendiliğinden kazanamayacak ayrıca hakimın kararına gerek duyulacaktır. Çünkü TMK m. 337 düzenlemesi gereği çocuğun menfaati velayetin babaya verilmesini değil, çocuğa vasi atanmasını gerekli kılıyor ise, çocuğa vasi tayin edilecektir.

Velayet ile ilgili her işlemde; velayetin kullanılmasında, velayetin eşlerden birine bırakılmasında veya velayetin kaldırılmasında ilk olarak göz önüne alınması gereken husus çocuğun yararındır³⁰¹. Çocuğun yararı doğrultusunda, günümüzde pek çok ülkede evlilik birliği dışında eşlerin velayeti birlikte kullanmalarına ilişkin düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Evlilik dışı doğan çocuğun anne babanın ortak velayetine bırakılıp bırakılmayacağı yönünden hukukumuzda ise açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre, Almanya ve Fransa başta olmak üzere pek çok ülkede evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların da ortak velayet altında bırakılabileceği kabul edilmiştir³⁰². Taraf olduğumuz Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin de sadece evlilik birliği içerisinde doğan çocukları değil, evlilik dışında doğan çocukları da en etkili şekilde koruduğu söylenebilir. Bu doğrultuda çocuğun menfaatine uygun olması şartıyla, anne ve babanın evli olmaları gerekmeksizin onlarla soybağı ilişkisi içinde bulunan çocuklar üzerinde ortak velayet kurulabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır³⁰³. Nitekim, çocuğun anne ve babasının bakımına tabi olması hakkı, çocuğun en başta sahip olduğu insan haklarından birisi olduğuna göre çocuğun üstün yararının gerektirdiği hallerde ortak velayetin kabulü kaçınılmaz görülmelidir³⁰⁴. Ayrıca, velayetin hukuki niteliği gereği anne babanın bu haktan yoksun bırakılamayacağı ve velayetin kapsamı gereği evlilik birliği dışında anne

³⁰¹ UZUN KAZMACI, s. 173.

³⁰² GÜVEN, s. 51; UZUN KAZMACI, s. 177- 178.

³⁰³ SERDAR, Birlikte Velayet, s. 194; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1092; SEROZAN, s. 255; GÜVEN, s. 51; BİRİNCİ UZUN, s. 162- 163; UZUN KAZMACI, s. 183.

³⁰⁴ GÜVEN, s. 52; UZUN KAZMACI, s. 183; ERDEM/ MAKARACI BAŞAK, s. 446.

babanın çocuğun yükümlülüklerine katlanması gerektiği konusundaki eşitliğin, hakları kullanmada da sağlanması gerekliliği ortak velayeti mümkün kılmaktadır³⁰⁵. Hukukumuz bakımından da, velayet hakkının anne babanın medeni durumundan bağımsız bir şekilde soybağına bağlı olarak yeniden düzenlenmesi hem taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin hem bu yöndeki gelişmelerin bir gereği olduğu kanaatindeyiz.

B. Evlat Edinen

Velayete sahip olan kişiler arasında anne baba haricinde evlat edinen de yer almaktadır. TMK m. 314/f. 1'e göre, velayete yönelik anne babanın sahip olduğu haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçmektedir. Burada evlat edinen, velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerini evlat edinme işleminin tamamlanmasıyla kazanacaktır.

Evlat edinme, evlat edinen ile evlatlık arasında yapay³⁰⁶ soybağı ilişkisi kurulmasına yönelik bir işlemdir. Sadece mahkeme kararıyla kurulabilen ve ancak belli sebeplerle sınırlı olarak yine dava yoluyla ortadan kaldırılabilen bir ilişkidir³⁰⁷.

Evlat edinme işlemi tamamlandıktan sonra, evlatlığın biyolojik anne babasının velayet görevi sona ermektedir. Bu evlatlığın anne babasının velayetinin evlat edinene devredilmesi anlamına gelmemektedir. Evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla anne ve babanın velayet hakkının sona ermesi, evlat edinen yönünden ise velayet hakkının doğması durumu söz konusu olmaktadır³⁰⁸. Biyolojik anne babanın velayet hakkı sona erse de evlat edinilen çocukları arasında kişisel ilişki kurulmasını isteme hakları devam edecektir³⁰⁹.

³⁰⁵ UZUN KAZMACI, s. 183.

³⁰⁶ Öngörülen yasal çerçevenin sınırları içerisinde kalan bir evlat edinme işlemi sonuçta, tıpkı evlilik içi çocukla ana-babası arasında mevcut olan üstsoy - altsoy ilişkisinde olduğu gibi, bir hukuksal soybağı ilişkisi ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenledir ki, biyolojik bir temele dayanan ve kan bağı yoluyla kurulan doğal soybağı ifadesinin karşıt anlamında olmak üzere, yapay (işleme dayalı) soybağı terimi kullanılmaktadır, bkz. DEMİR, Mehmet, Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 254, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628953> E.T. 18.05.2021

³⁰⁷ KAYA, Cengiz, Türk Hukukunda Evlat Edinme, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 3.

³⁰⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 336- 337.

³⁰⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 385- 386.

Evlat edinen kişi velayet hakkının kendisine yüklediğı tüm görev ve sorumlulukları yerine getirmekle yükümlüdür. Evlat edinenin velayet hakkından kısmen ya da tamamen vazgeçmesi mümkün değildir³¹⁰.

Evlat edinme işlemi, evli olmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilmişse velayet hakkı sadece bu kişiye ait olacaktır. Yine eşlerden biri tarafından, TMK m. 307/f. 2’de belirtilen istisnai hallerden³¹¹ dolayı, tek başına evlat edinme durumu söz konusuysa velayet sadece evlat edinen eşe geçecektir. Evlat edinme işlemini eşler birlikte gerçekleştirdikleri durumda ise velayet her iki eşe ait olacaktır. Evlat edinen eşlerden biri ölürse velayet sağ kalan eşe, evlat edinen eşlerin boşanmalarına karar verilmesi durumunda ise velayet kendisine bırakılan eşe ait olacaktır.

Hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocukların da anne babanın velayetinde kalacaklarına dair TMK m. 335/f. 2 hükmü, evlat edinene de uygulanacaktır. Bu durumda vesayet yerine evlat edinenin velayeti altına konulacaktır. Yine TMK m. 414 gereğince, evlatlığa vasi tayin edilmesi durumunda, evlat edinenin veli sıfatıyla atanması konusunda önceliğı bulunmaktadır.

Evlat edinen kişinin ölümü halinde ya da velayet hakkını kendisinden alınması durumunda, velayet hakkının kendiliğinden biyolojik anne babaya geçmesi mümkün değildir. Bu konuda hakim gerekli görürse velayeti biyolojik anne babaya verebilir, ancak uygun görmediğı takdirde çocuğa vasi atanması gündeme gelecektir³¹².

III. VELAYET ALTINDA OLANLAR

Velayet altında olanlar, ergin olmayan çocuklar ile haklarında kısıtlılık kararı verilmiş olan ergin çocuklardır.

³¹⁰ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1001.

³¹¹ TMK m. 307/f. 2: Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğeri eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde, tek başına evlat edinebilir.

³¹² ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1001; AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 385.

TMK m. 335/f. 1 gereği kural olarak henüz ergin olmayan çocuklar velayet altında bulunurlar. Ergin olmayan çocuğun velayeti anne ve babasına ait olup yasal bir sebep olmadıkça velayet anne ve babadan alınamaz.

Ergin olmayan çocuklar yönünden erginliği on sekiz yaşın tamamlanması olarak yorumlamamak gerekir. Öyle ki evlenme yoluyla veya hakim kararıyla ergin olanlar da velayet altından çıkarlar³¹³. Çocuğun erginliğe ulaşmasıyla birlikte, çocuk üzerindeki velayet kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Ergin olan çocuk hakkında ise kısıtlama kararı verilmişse ve hakim vasi atanmasına gerek görmediği takdirde anne ve babasının velayeti altında kalacaktır. Bu husus TMK m. 419/f. 3'te de düzenlenmiş ve kural olarak ergin çocukların vesayet değil velayet altında bırakılmalarının daha doğru olacağı belirtilmiştir.

IV. VELAYETİN KULLANILMASI

A. Çocuğun Yüksek Yararına Uygun Kullanılması

Çocuğun yüksek yararı, çocukla ilgili her iş ve işlemde göz önüne alınması gereken, çocuk hukukunun temelini oluşturan bir ilkedir. Anne baba, velayet hakkını kullanırken çocuğun yüksek yararına uygun hareket etmeleri gerekir.

Çocuğun yararı kavramı ilk kez 1959 Çocuk Hakları Bildirgesi'nde yer almış, sonrasında uluslararası hukukta bir güvence mekanizması haline gelmesi ise 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile olmuştur. Sözleşmenin 3. maddesinde, kamusal ya da özel yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ya da yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu belirtilmektedir. Böylece, çocuğun yüksek yararı bir kurala dönüşmüş ve sözleşmenin uygulanması ve yorumlanmasında bütününe etki edecek şekilde şemsiye bir hak olarak nitelendirilmiştir. Çocuğun yararı, onun yaşı, yaşadığı toplumsal ve ekonomik çevreye göre değişebilen her somut olay üzerinden her çocuk için ayrı ayrı belirlenmesi gereken bir kavramdır. Ancak sözleşmeye taraf olan devletler yüksek yararı kültürel

³¹³ AKYÜZ, s. 226.

anlamda göreceli bir kavram olarak yorumlayamayacakları gibi, yüksek yarar kavramına ilişkin yorumlarını sözleşme tarafından güvence altına alınan hakları inkar amacıyla da kullanamazlar³¹⁴.

Doktrinde çocuğun yüksek yararı kavramı için çocuğun menfaati, üstün yararı, çocuğun esenliği ve güvenliği gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir³¹⁵. Yine yasal düzenlemelerde de farklı kavramlar kullanılmaktadır. ÇHS’de çocuğun yüksek yararı olarak geçen kavram, Çocuk Koruma Kanunu’nda çocuğun yarar ve esenliği, Medeni Kanunu’nda ise küçüğün yararı ve çocuğun menfaati olarak geçmektedir. Kullanılan kavramlar arasında bir anlam farklılığı bulunmadığından herhangi birinin tercih edilmesi anlam karmaşasına yol açmayacaktır.

Çocuğun yüksek yararı, çocuk haklarının tümünün uygulanmasında temel kaynak niteliğindedir ve menfaat çatışmalarında çocuğun tarafının tutulmasını gerektirir³¹⁶. Velayet altında bulunan çocuğun hakları ile anne babanın velayet hakkı çatıştığında da çocuğun yüksek yararı ilkesi gereğince çocuğun hakları üstün tutulacaktır.

Çocuğun üstün yararı kavramına uluslararası sözleşmelerde yer verilmekle birlikte net bir tanımlaması yapılmamıştır. Doktrinde çocuğun yüksek yararı kavramına yönelik çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bir tanıma göre, çocuğun yüksek yararı, çocuğun fiziksel, zihinsel, duygusal, ahlaki, sosyal ve ekonomik bakımdan sağlıklı, dengeli ve özgür bir şekilde yetişmesidir³¹⁷. Başka bir görüşe göre ise çocuğun yararına uygun hareket etme, çocukla ilgili karar verecek olan kişinin, çocuğun ayırtım gücüne sahip yetişkin biri olarak bizzat kendisi o işlemi yapacak olsa, ne şekilde davranacağını farazi olarak dikkate alarak, aynı şekilde davranması, karar vermesi demektir³¹⁸. Çocuğun yararı çok yönlü bir kavram olmasından dolayı, doktrinde yapılan bu ve benzer tanımların hepsini içerisinde barındıran bir özelliğe sahip olduğunu görmekteyiz.

³¹⁴ HODGKIN/NEWELL, s. 40.

³¹⁵ ELÇİN GRASSINGER, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 57- 58.

³¹⁶ ERBAY, Ercüment, Çocuk Hakları, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 19.

³¹⁷ AKYÜZ, s. 46.

³¹⁸ ELÇİN GRASSINGER, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması, s. 60.

Ebeveynler velayeti kullanırken çocukla ilgili her işlem ve kararlarında çocuğun üstün yararı ilkesini göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Velayetin asıl amacı, çocuğun üzerinde hakimiyet kurmak değil, onun bağımsız kişiliğinin kazandırılması ve geliştirilmesi olduğundan çocuğun üstün yararı, velayet hakkını sınırlayıcı bir özelliğe de sahiptir.

B. Çocuğun Görüşlerinin Dikkate Alınması

Anne ve/veya baba velayeti kullanırken çocuğun görüşlerini ve isteklerini dikkate almakla yükümlüdürler. Çocuğun görüş ve isteklerini özgürce ifade edebilmesi çocuğun katılım hakkı olarak da ifade edilmektedir. Katılım kavramı, bireyin kendi yaşamı ve içinde yaşadığı topluluğu etkileyen kararları paylaşma süreci olarak tanımlanabilir³¹⁹. Aynı zamanda katılım, çocuğun kendisini ilgilendiren ve kendisini etkileyecek kararlara dahil olması için güçlendirilmesini ve kapasitesinin arttırılmasını teşvik eden bir süreç olup ifade özgürlüğünü de bünyesinde barındırmaktadır³²⁰.

Velayetin temel amaçlarından olan çocuğun fiziksel ve zihinsel gelişimine katkı sağlamak, ebeveynlerin çocuğa ilişkin kararları alırken onun görüşlerini dikkate alması ile mümkün olacaktır. Öyle ki velayetin amacı çocuk erginlik yaşına ulaştığında kendi kararlarını verebilecek ve menfaatlerini koruyabilecek düşünsel olgunluğa ulaşmasını sağlamaktır³²¹. Çocuk, anne ve babasının rehberliğinde geliştikçe, zamanla bu rehberliğe duyduğu ihtiyaç zamanla azalır. Bu yönüyle velayet daralan bir özelliğe sahiptir. Çocuğun yaşı ve idrak gücü arttıkça, velayetin kapsamı daralmalıdır. Çocuğun kendi fikir, görüş ve kararları ön plana çıkmalıdır. Ebeveynler de çocuğu ilgilendiren kararları verirken onun görüşlerine önem vermeleri gerekir ki ancak bu şekilde amaçlanan olgunluğa erişmesini sağlayabilsinler³²².

Ebeveynler tarafından velayet hakkı kullanılırken çocuğun menfaati ile birlikte çocuğun görüşlerine saygı gösterilmesi de gereklidir. Bu durum her zaman çocuğun iradesi yönünde karar alınacağı anlamına gelmese de çocuğun karar alma sürecinin

³¹⁹ AKYÜZ, s. 60.

³²⁰ ERBAY, Çocuk Hakları, s. 20.

³²¹ REYHANİ YÜKSEL, s. 130.

³²² AKYÜZ, s. 212.

dışında bırakılması da düşünölemeyecektir³²³. Bu doğrultuda evlatlık olmada, ad değıştirmede, okul seçiminde, çocuğa yönelik tıbbi müdahalelerde çocuğun görüşü hatta kimi zaman olurunun alınması gereklidir³²⁴. Bunun için anne ve babanın çocuğun yaşına ve idrak durumuna uygun etkili bir iletişim yoluyla çocuğu bilgilendirmesi gerekmektedir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesinde de kendi görüşlerini oluşturma yeteneği olan her çocuğa kendisini etkileyen tüm konularda bu görüşlerini serbestçe ifade edebilme hakkı tanımakta ve çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine göre çocuğun görüşlerine gereken özenin gösterilmesini de güvence altına almaktadır. Yine Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi de çocuğa kendisini ilgilendiren davalarda bilgilendirilme ve görüşünü ifade etme hakkı tanımıştır. Uluslararası mevzuat kapsamında da anne ve baba velayet görevlerini yerine getirirken çocuğun gelişen yeteneklerini, yaşını ve olgunluk düzeyini dikkate almalı, etkili bir iletişim ortamı sağlamalı, çocuğu karar verme süreçlerine dahil ederek gerekli bilgileri vererek yol göstermeli ve kendi kararlarını oluşturma yeteneğini geliştirmelidirler.

C. TMK m. 339: Velayetin Kapsamı

TMK m.339'da velayetin kapsamı genel olarak düzenlenmiştir. Hükme göre, anne ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulamakla yükümlüdürler. Düzenleme devamında Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne paralel hükümler de içermektedir. m. 339/f. 3 velayet kapsamında çocuğun katılım hakkını kullanması bakımından önemlidir. Düzenleme uyarınca anne ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanımaları gerekir ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmaları gerekir. Bu doğrultuda çocuğun eğitim ve sosyal yaşamının düzenlenmesi ve benzeri konularda ayırt etme gücüne sahip çocuğun düşüncesinin de etkili olması, böylece çocuğun yaşamını kendi isteğine göre düzenleme imkanını elde etmesi amaçlanmaktadır³²⁵. Madde

³²³ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 133.

³²⁴ SEROZAN, s. 68.

³²⁵ ELÇİN GRASSINGER, Çocuğun menfaati, s. 823- 826.

düzenlemesinde “olgunluğu ölçüsünde” ibaresiyle, anne baba çocuğun düşüncesini alırken kişisel niteliklerini de göz önünde tutmaları gerekmektedir³²⁶.

Velayet kapsamında çocuğun görüşünün alınması ve karar verme sürecine katılımının sağlanması, işlemin niteliğine göre görüş açıklama veya olur verme şeklinde gerçekleşecektir³²⁷. Çocuğun gitmek istediği okulun, edineceği mesleğin seçiminde, boşanma sonrasında velayetin anne ya da babaya verilmesinde, kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğa görüşünü açıklama imkanı verilmelidir³²⁸. Nişanlanma, evlenme, evlatlık olma gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında ise çocuğun olurunun yani rızasının alınması gerekir³²⁹.

Çocuğun görüşünün alınması çocuğa sorumluluk yüklemeyiz, çocuk katılım hakkını kullanıp kullanmama konusunda serbesttir. Yine çocuğun görüşünün alınması, onun menfaatiyle yakından ilişkilidir. Somut olay bakımından çocuğun görüşüne başvurulması çocuğa zarar verecek ise alınacak karar bakımından hiçbir faydası ve etkisi olmayacaksa çocuğun görüşünü almaktan kaçınılmalıdır³³⁰. Çocuğun görüşünün alınmasında çocuğun menfaati esas alınmalıdır³³¹.

Her ne kadar TMK m. 339/f. 3, önemli konularda çocuğun düşüncesinin olabildiğince dikkate alınması hususunu düzenlemiş olsa da madde hükmünün çocuğun katılım hakkının düzenlendiği ÇHS m. 12 ile uyumlu olduğu söylenemeyecektir. Özellikle sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden yetersiz bir düzenlemedir. Öyle ki, ÇHS m. 12 düzenlemesinde, çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade

³²⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 354.

³²⁷ AKYÜZ, s. 228.

³²⁸ SEROZAN, s. 69; BAYGIN, s. 273.

³²⁹ REYHANİ YÜKSEL, s. 133; AKYÜZ, s. 228.

³³⁰ “..velayetin değiştirilmesi talep edilen küçük 26.01.2006 doğumlu olup davanın tüm aşamalarında idrak çağındadır. Dosyada yer alan 17.06.2015 tarihli psikolojik değerlendirme raporunda belirtildiği üzere küçük ile öncelikle belirlenen gün ve saatte adliyede, daha sonra küçüğün okulunda, son olarak da küçüğün yaşadığı yerde pedagog huzurunda bireysel görüşmeler yapılmıştır. Küçük Efe, tüm görüşmelerde her iki ebeveyni hakkında kötü bir atıfta bulunmadığı gibi velâyetinin kime verileceği noktasında da açık bir tercihte bulunmamıştır. Bu hâliyle çocuğun görüşüne başvurulması ilkesinin gereği yerine getirilmiştir. Çocuğun pedagog tarafından alınan beyanının yeterli olmadığını, bu nedenle mahkeme huzurunda görüşüne başvurulması gerektiğini söylemek, olay hakkında tekrar tekrar konuşmaya zorlamak, onu psikolojik olarak baskı altına almak anlamına gelecektir ki, bu durumun çocuğun üstün yararı ile bağdaşmayacağı açıktır.” YHGK. E. 2018/1072, K. 2019/185, T. 21.2.2019 (Kazancı Hukuk Otomasyon), www.kazanci.com.tr

³³¹ REYHANİ YÜKSEL, s. 133.

etme hakkı tanınmış ve bu husus önemli konularla sınırlandırılmamıştır. Ayrıca madde düzenlenmesinde geçen “olabildiğince” ibaresi, çocuğun görüşlerinin alınmasını öngörülemez şekilde sınırlandırdığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir³³². Bizim de katıldığımız görüş uyarınca çocuğun kendisini ilgilendiren konularda karar verme sürecine dahil edilmesi olabildiğince değil mutlaka olmalı, çocuğun menfaati ölçüsünde dikkate alınmalıdır³³³. Bu doğrultuda velayet hakkı kapsamında çocuğun görüşlerinin alınması ve katılımının sağlanması hususunda TMK’ da açık düzenleme yapılması da gereklidir.

V. VELAYET HAKKININ³³⁴ İÇERİĞİNİN ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI YÖNÜNDEN ANALİZİ

Velayet hakkının içeriği çocuğun kişi varlığının korunması ve geliştirilmesi ile çocuğun mal varlığı değerlerinin yönetimi ile çocuğun temsilinden oluşmaktadır. Çocuğun kişi varlığı haklarının korunması ve geliştirilmesindeki anne ve babanın sorumluluklarını ve yetkilerinin sınırını çocuğun üstün yararı ve çocuğun katılım hakkı oluşturmaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde çocuğun kişi varlığı ve mal varlığı haklarının kullanılması ve geliştirilmesinin, ebeveynlerin bu konudaki yetki ve sınırlarının çocuğun katılım hakkı yönünden incelemesi yapılacaktır. Çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalarda temsili, çocuğun katılım hakkı yönünden çalışmamızın dördüncü bölümünde inceleme konusu yapılacaktır.

A. Çocuğun Kişi Varlığı Haklarının Velayet ve Çocuğun Katılım Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

³³² SEROZAN, s. 263; YÜCEL, Özge, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 34.

³³³ BAYGIN, s. 304- 305; SEROZAN, s. 68; USTA, Velayet, s. 144; YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 134; ZİYAN, Ayşe, Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 139- 140.

³³⁴ Çalışmamız içerisinde velayeti hak olarak belirttiğimiz kısımlarda, çocuğun birey olduğu ve velayetin temel amacının çocuğun bağımsızlığını kazanmasına hizmet ettiği, niteliği gereği şahsa sıkı surette bağlı bir hak olsa da anne babaya yükümlülük getiren ve çocuğun yararı temelinde müdahale imkanı tanıyan, özünde sorumluluk yükleyen bir hak olarak nitelendirdiğimizi belirtmek isteriz.

Kişilik, insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu hakları içeren bir kavram olup, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı da kişilik hakkı olarak nitelendirilir³³⁵. Kişisel değerleri üzerinden sahip olunan kişilik hakları, herkese karşı ileri sürülebilen, hukuk düzeni tarafından korunan dokunulmazlık ve hakimiyet alanını belirleyen haklardır³³⁶.

Kişilik hakkının tanımı Medeni Kanunumuzda yapılmamıştır. TMK m. 24 hükmünde kişilik hakkına yapılan her saldırı hukuka aykırı kabul edilmiştir. Kanun koyucu korunan kişisel değerleri de madde düzenlemesinde tek tek sayma yoluna gitmediğinden TMK m. 24 çerçeve bir hüküm niteliği taşımakta olup gelişen teknoloji ve artan ihtiyaçlar doğrultusunda nelerin kişilik hakkının konusuna dahil olacağına takdir hakime bırakılmıştır³³⁷. Öğretide yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet, özel yaşamın gizliliği, resim, ad gibi kişisel değerlerin ayrı değerlendirildiği görülmektedir.

TMK m. 28/f. 1 gereğince kişilik tam ve sağ doğumla kazanılmaktadır. Bu doğrultuda doğumla kişiliği kazanan çocuk kişilik hakkına da sahip olacaktır³³⁸. Kişinin çocuk veya kısıtlı olması, velayet veya vesayet altında olması, ayırt etme gücüne sahip olup olmaması fark etmeksizin herkes, hukuk düzenince korunan, kişilik hakkına sahiptir³³⁹. Kişilik hakları, kişi varlığı haklarına dahil olan, şahsa sıkı sıkıya bağlı mutlak hak niteliğinde olan haklardır³⁴⁰. Bu nedenle bu haklar nitelikleri itibarıyla herkese karşı ileri sürülebilir, ancak hak sahibi tarafından kullanılabilir haklardır. Vazgeçilmesi ve/veya devredilmesi mümkün değildir.

Çocuğun kişi varlığı haklarını kullanmasında, velayet hakkı kapsamında ebeveynlerin yetkilerinin sınırının sadece çocuğun katılım hakkının düzenlendiği TMK m. 339 çizmez, aynı zamanda anayasal temel hakların sınırlandırılmasında geçerli olan

³³⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 154- 155; HELVACI, s. 99; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 441; ANTALYA, O. Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 50.

³³⁶ HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 87; ANTALYA/TOPUZ, s.185; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 341.

³³⁷ HELVACI, s. 101.

³³⁸ AKYÜZ

³³⁹ HELVACI, Serap, “Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Armağanı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, s. 865.

³⁴⁰ HELVACI, s. 103- 104; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 155- 156.

ölçülülük ilkesi de çizer³⁴¹. Konu bakımından çocuğun katılım hakkı yönünden incelediğimiz çocuğun kişi varlığıyla daha da yakın ilgili olan işlerde onun görüşünü almakla yetinmeyip, bizzat kendisinin olurunun alınması gereken durumlar çocuğun bazı kişisel değerleri yönünden başlıklar altında incelenmiştir.

1. Çocuğun Yaşam, Sağlık ve Vücut Bütünlüğü

a. Yaşam

Yaşam hakkı, kişinin en temel kişilik haklarından biridir³⁴². Yaşam hakkına herkes eşit olarak sahiptir³⁴³. Kişilik, doğumla başlayıp ölüm ile sona erdiğinden, kişinin şahıs varlığı haklarının söz konusu olabilmesi için hayatta olması gereklidir. Bu nedenle yaşam hakkı en önemli kişilik hakkıdır.

Yaşam hakkı, Anayasamızın m. 17/f. 1’de herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Doğrudan doğruya çocukların korunmasıyla ilgili bir hüküm Anayasada yer almamıştır³⁴⁴. Madde düzenlemesindeki ‘herkes’ ifadesinden ayırım gözetilmeksizin çocuklar da yararlanacaktır. Uluslararası mevzuatta da yaşam hakkı düzenlenmiştir. İnsan Hakları

³⁴¹ SEROZAN, s. 260.

³⁴² HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 105; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 159; TUNÇER, Polat, Sağlık Hukuku, Adalet Yayınevi, 2021, s. 15; ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 36- 36; SERT, Gürkan, Tıp Hukuku ve Etiği, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 84- 84.

³⁴³ SAĞLAM, İpek, “Doktor Yardımlı İntihar ve Bu Konuyu Ele Alan Düzenlemelere Bir Örnek Olarak, "California Hayatı Sonlandırma Seçeneği Yasası"nın Değerlendirilmesi”, MÜHF- HAD Prof. Dr. Bülent TAHIROĞLU'na Armağan, C. 33, S. 3, ss. 559- 579, 2017, s. 564, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/469281> E.T. 12.11.2021

³⁴⁴ İsviçre Anayasası’nda böyle bir kural vardır m. 11/f. 1: “Çocuklar bedensel bütünlüklerinin özel olarak korunmasını ve kişiliklerinin geliştirilmesini talep haklarına sahiptirler.” Bu yönde Anayasamıza “Tüm çocuklar, çocuk haklarını düzenleyen uluslararası sözleşmeler ışığında özel olarak korunurlar ve tüm insan haklarından hiç ayırım gözetilmeksizin yararlandırılırlar” şeklinde bir kural konması önerisi için bkzn. SEROZAN, s. 35.

Evrensel Bildirisi (İHEB) m. 3, “yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır” düzenlemesiyle yaşam hakkına yer vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de yaşam hakkı m. 2’de, “Herkesin yaşama hakkı kanunla korunur. Yasanın ölüm cezası³⁴⁵ ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez” şeklinde düzenlenmiştir³⁴⁶. Çocukların yaşam hakkı ÇHS m. 6’da düzenlenmiştir. Buna göre, “taraf devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Taraf devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.” Bu düzenleme ile çocuğun yaşam hakkı, sözleşmenin genel ilkeleri olarak belirlenen haklardan birini oluşturmaktadır ve bu ilke doğrultusunda çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için azami çaba gösterme hususu güvence altına alınmaktadır³⁴⁷.

Yaşam hakkı, bir insan olarak her bireyin yaş, cinsiyet, ırk, din ya da kültür ayrımı yapılmaksızın beden bütünlüğüyle fiziken bu dünyada var olmasını ve yaşam risklerine karşı korunmasını güvence altına almaktadır³⁴⁸. Çocuk da insan olması dolayısıyla bu hakkı kullanacaktır³⁴⁹. Yaşam hakkı kişinin sadece fiziki olarak var olmasını değil kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğe sahip olabilmesi ve bu bütünlüğünü koruyabilmesine yönelik temeldeki ilk haktır³⁵⁰. Asgari düzeyde ekonomik güvence, kirlenmemiş hava ve su,

³⁴⁵ İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi’nin Ek 6 No’lu Protokol m. 1’e göre ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu tür bir cezaya mahkum edilemez ve cezası infaz edilemez. Ülkemizde 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu (TCK), ölüm cezasını kaldırmış, yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası getirmiştir. Bu nedenle ülkemizde çocuğa veya yetişkine işlemiş olduğu bir suçtan dolayı ölüm cezası verilemez. Çocuklara müebbet hapis cezası da verilemez. ÇHS m. 37/a; on sekiz yaşından küçük çocuklara idam ve ömür boyu hapis cezasının hiçbir şekilde verilemeyeceğini düzenlemiştir.

³⁴⁶ “..somut olayda, Mahkeme, başvuranın iç hukukta öngörülen birçok hukuk yolunu kullandığını kaydetmektedir. Dolayısıyla, davaya ilişkin somut koşullarda, Sözleşme’nin 2. maddesi tarafından güvence altına alınan yaşam hakkının taşıdığı temel önem ve Mahkemenin bu hükümden doğan usuli yükümlülüğe attığı özel önem göz önünde bulundurularak, Türk hukuk düzeninin bir bütün olarak, söz konusu davanın gerektiği gibi incelenmesine imkan verip vermediğini tespit etmek gerekmektedir. Mahkeme ayrıca, başvuranın, tıbbi ihmalin oğlunun ölümüne sebebiyet verdiği iddiasında bulunduğu savunulabilir bir şikayet karşısında, ulusal sistemin, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Sözleşme’nin 2. maddesi bağlamında Devlete düşen yükümlülüğe uygun olarak yeterince hızlı ve uygun bir cevap getirmediği değerlendirilmesinde bulunmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 2. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.” AİHM, Nihat Soylu/Türkiye Kararı, Başvuru No. 48532/11, T. 11.12.2018, Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları Cilt I AYM-AİHM, (Der. Ersoy Kontacı/Neslihan Aktosun), Ankara, 2021, s. 338-340, <http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/cocukhaklariykcilt1.pdf>. (Erişim Tarihi:15.12.2021)

³⁴⁷ HODGKIN/NEWELL, s. 85.

³⁴⁸ GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (Editörler: Özge Yücel, Gürkan Sert), Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 158.

³⁴⁹ FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Çocuk Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 81.

³⁵⁰ KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 387.

yeterli yiyecek, giyecek ve sağlık hizmetleri bakımından uygun bir ortamın sağlanması gibi insan onuruna yaraşır yaşam olanaklarına sahip olunması da bu hak kapsamında değerlendirilir³⁵¹. Yaşam hakkı özelinde, özellikle çocuklar söz konusu olduğunda sadece yaşıyor olmak yeterli olmaz, çocuğun her türlü ihmal ve istismardan uzak tutulması, psikolojik ve fiziki yapısını koruyacak sağlıklı bir ortamda yaşaması³⁵², yeteneğiyle uygun bir meslek veya sanat alanında eğitim görmesi sağlanarak varlığını dilediği biçimde geliştirme olanağı verilmelidir³⁵³.

Hukukumuzda yaşam hakkı mutlak hak olarak kabul edildiğinden, kişinin kendi rızasıyla hayatına son verilmesini istemesi olarak ifade edilen ötenazi mümkün değildir³⁵⁴. Ötenazi, mevcut tıbbi şartlar dahilinde gerilemesi veya iyileşmesi mümkün olmayan hastalık sebebiyle tahammül edilemez acılar çeken kişinin yaşamının aktif ya da pasif bir davranışla sonlandırılmasıdır³⁵⁵. Yaşam hakkı en temel kişilik değerlerinden biri olarak kabul edildiğinden, kişinin kendisinin ölümüne rıza göstermesi hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilmemektedir³⁵⁶. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 13'te de ötenazinin yasaklandığı kesin bir dille ifade edilmiştir. Çocuğun kendisinin, veli ya da vasisinin talebi ile ötenazi uygulanması mümkün değildir.

b. Sağlık

³⁵¹ REYHANİ YÜKSEL, s. 140.

³⁵² TÜİK 2020 yılı nüfus verilerine göre Türkiye'de yaşayan çocuk nüfusu 22.750.657'dir. Bu çocukların %32'si yoksulluk içindeki çocuklardır. Yoksulluk içinde olma, insanların temel ihtiyaçlarını karşılayamama durumudur. Yoksulluğu dar ve geniş anlamda olmak üzere iki türlü tanımlamak mümkündür. Dar anlamda yoksulluk, açlıktan ölme ve barınacak yeri olmama durumu iken, geniş anlamda yoksulluk, gıda, giyim ve barınma gibi olanakları yaşamlarını devam ettirmeye yettiği halde toplumun genel düzeyinin gerisinde kalmayı ifade eder. Ciddi finansal sıkıntıyla karşı karşıya olan insanların oranı olarak tanımlanan maddi yoksunluk ise belirlenmiş 9 maddeden en az 4 tanesini ekonomik nedenlerle karşılayamayan/mahrum olan insanların oranıdır: 1) Beklenmedik harcamalar, 2) Evden uzakta bir haftalık tatil (tüm aile fertleri için), 3) Ödeme zorluğu (konut kredisi, kira, elektrik, su, doğalgaz vb. faturalar, taksit/borçlar), 4) İki günde bir et, tavuk, balık içeren yemek (vejetaryenler için eşdeğer yemek), 5) Evin ısınma ihtiyacı, 6) Çamaşır makinesi, 7) Renkli televizyon, 8) Telefon (sabit veya mobil), 9) Otomobil. 2020 yılı verilerine göre Türkiye'deki çocukların %34'ü ise maddi yoksunluk çekmektedir. TÜİK İstatistik Veri Portalı, <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=nufus-ve-demografi-109&dil=1> (Erişim Tarihi: 02.12.2021)

³⁵³ AKYÜZ, s. 327.

³⁵⁴ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 10; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 160.

³⁵⁵ SAĞLAM, Doktor Yardımlı İntihar, s. 561; SERT, s. 210- 211; ER, s. 166- 167; TUNÇER, s. 32- 33.

³⁵⁶ Günümüzde, tıbbi olanaklar çerçevesinde iyileşme şansı olmayan, çok fazla acı ve ızdırıp çeken hastalar için aktif, pasif ya da doktor yardımlı intiharı, çok sıkı şartlara tabi tutarak mümkün hale getiren düzenlemeler sayıca artmaktadır. Bu yöndeki düzenlemelerden biri olan, Amerika Birleşik Devletleri'nde 9 Haziran 2016 tarihinde yürürlüğe giren California Hayatı Sonlandırma Seçeneği Yasası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SAĞLAM, Doktor Yardımlı İntihar, s. 560- 577.

Her insan sağlıklı yaşama hakkına sahiptir. Sağlık hakkı da yaşam hakkı ile bağlantılı kişilik haklarından. Bu nedenle mutlak hak niteliğindedir. Sağlık, kişinin bedenen ve ruhsal anlamda iyi olması halidir³⁵⁷.

Sağlık hakkı, güvenli ve içilebilir suya, yeterli ve güvenilir besine, barınma, sağlıklı çalışma şartları, cinsel sağlık, sağlık ile ilgili eğitim ve bilgiye ulaşma haklarını da kapsamaktadır³⁵⁸. Ulaşılabilecek en yüksek sağlık standartları için gerekli olan faaliyet, mal, hizmet ve şartlardan yararlanma hakkı da sağlık hakkı olarak anlaşılmalıdır³⁵⁹.

Çocukların sağlıklı yaşam hakkı ÇHS m. 24 ile de güvence altına alınmıştır. Buna göre; taraf devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma ile tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar³⁶⁰. Hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını taraf devletler güvence altına almakla yükümlüdürler. Taraf devletler ayrıca sağlık hakkının tam olarak uygulanmasını³⁶¹ takip etmeleri gerekir.

Sağlık hakkı kişilik haklarından olduğundan kişinin rızası dışında sağlık hakkına yapılan her türlü müdahale hukuka aykırı niteliktedir. Bu yönde sağlık hakkı vücut bütünlüğü hakkı ile de doğrudan ilişkilidir.

c. Vücut Bütünlüğü

³⁵⁷ SERT, s. 89; ER, s. 34.

³⁵⁸ ŞAHİN, Adil, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, AÜHFD, C. 59, S. 4, Ankara, 2010, s. 737. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624730> E.T. 20.12.2021

³⁵⁹ SERT, s. 90.

³⁶⁰ TOPUZOĞLU/DEMİRKALE/DEMİR, s. 605.

³⁶¹ ÇHS m. 24/f. 2: a. Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi;

b. Bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması;

c. Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanı sıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını göz önüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi;

d. Anneye doğum öncesi ve sonrası uygun bakımın sağlanması;

e. Bütün toplum kesimlerinin özellikle ana-babalar ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, toplum ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesi konusunda temel bilgileri elde etmeleri ve bu bilgileri kullanmalarına yardımcı olunması;

f. Koruyucu sağlık bakımlarının, ana-babaya rehberliğini, aile planlanması eğitimi ve hizmetlerinin geliştirilmesi; amaçlarıyla uygun önlemleri alırlar.

Hayat hakkı kapsamında değerlendirilen vücut bütünlüğü hakkı mutlak bir kişilik hakkıdır. Kişinin hem bedensel hem de ruhsal değerlerinin tümü vücut bütünlüğüne dahildir. Bu nedenle kural olarak kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne yapılan her türlü müdahale, kişinin yararına da olsa hukuka aykırı niteliktedir³⁶².

Vücut bütünlüğü hakkı uluslararası sözleşmelerde işkencenin yasaklanması konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi³⁶³ ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi³⁶⁴'nde devlete karşı korunmuştur. Vücut bütünlüğü hakkı Anayasamızda da koruma altına alınmıştır. Öyle ki, Anayasa m. 17/f. 2,3'de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller haricinde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve yine rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

Çocuğun vücut bütünlüğü hakkı kişisel değerlerinden biridir ve bunun ihlali çocuğun kişilik hakkına saldırı niteliğindedir³⁶⁵. Bu aynı zamanda “insan vücudunun dokunulmazlığı” prensibinin de bir gereğidir³⁶⁶. Çocuğun vücut bütünlüğünün ihlali, bedensel bütünlüğünün ihlali ve ruhsal bütünlüğünün ihlali olmak üzere iki yönlüdür. Bir çocuğa fiziksel şiddet uygulamak, tokatlamak, yaralamak, hastalanmasına sebep olmak ile çocuğun psikolojik dengesini ve ruh sağlığını bozmak vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelmektedir³⁶⁷.

Velayet kapsamında ebeveynlerin çocuklarını eğitime görev ve hakkı olsa da, bu durum onlara çocuğa bedensel ceza verme hakkı tanımadığı gibi bunu velayetin yerine getirilmesinde, geleneksel ifade aracı olarak kullanabileceğimiz bir ‘terbiye’ aracı olarak kullanma hakkını da vermez. Öyle ki çocuk üzerinde vücut bütünlüğü hakkını ihlal edici bedensel ya da ruhsal şiddet uygulanması velayetin temel işleviyle de bağdaşmamaktadır. Velayet, çocuk üzerinde hakimiyet kurmaya değil, onun kişisel değerlerini geliştirmeye ve korumaya yönelik bir yüküm hak niteliğine haizdir. Kaldı ki çocuğun vücut

³⁶² DURAL/ÖĞÜZ, s. 104.

³⁶³ İHAS m. 3: Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.

³⁶⁴ İHEB m. 5: Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.

³⁶⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 174.

³⁶⁶ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 107.

³⁶⁷ DEDE, Emine, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 55.

bütünlüğünü korumaya yönelik ÇHS m. 19’da çocukların her türlü şiddetten korunması³⁶⁸ ve m. 37’de ise çocuklara yönelik işkence ve diğer insanlık dışı, acımasız veya aşağılayıcı muamele ve cezalardan korunmayla ilgili düzenlemeler mevcuttur.

Velayet hakkı kapsamında anne babanın çocuğa yönelik bedensel ceza verme yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusu eski Medeni Kanun’daki tedip hakkı düzenlemesinden³⁶⁹ kaynaklanmaktadır³⁷⁰. Tedip hakkı çocuğu uslandırmaya ve itaat görevini yerine getirmesine yönelik velayetten doğan bir yaptırım olarak tanımlanmaktadır³⁷¹. Ancak tedip hakkının çocuğa bedensel ceza verme yetkisini de kapsayıp kapsamadığı eski kanun döneminde de tartışılmıştır. Bunun kaynağı velayet hakkı kullanılırken, öncelikle çocuğun velayet hakkı sahibine itaat etme ödevinin olduğuna dair MK m. 264/f. 2- c.1 düzenlemesidir³⁷². Bu konuda bazı yazarlar bedensel cezanın modern eğitim anlayışında yeri olmayan bir cezalandırma yöntemi olduğundan ilgili madde düzenlemesinin bedensel ceza uygulama yetkisi içermediğini ileri sürmüşlerdir³⁷³. Ancak bu konuda doktrindeki genel görüş ve Yargıtay uygulaması tedip hakkının bedensel ceza verme yetkisini de içerdiği şeklindedir³⁷⁴. 4721 Sayılı TMK’da ise tedip hakkına yer verilmemiştir. Ancak tedip hakkının maddi hukuk anlamında var olup olmadığı meselesi hala tartışmalıdır. Bir görüşe göre tedip hakkının kaldırıldığını düşünmek bir yanılsamadır, madde düzenlemesi olarak kanunda yer almasa da varlığını sürdürmektedir, buna örf ve adet hukuku da imkan tanımaktadır³⁷⁵. Bir başka görüş ise tedip hakkının içeriğini göre kaldırılıp kaldırılmadığı hususunda değerlendirme

³⁶⁸ 2020 Çocuklara Yönelik Şiddetin Önlenmesine ilişkin Küresel Durum Raporu bu alanda hazırlanan ilk rapor olma özelliği taşımakta ve 155 ülkede “INSPIRE” strateji çerçevesi kapsamında kaydedilen ilerlemeleri ortaya koymaktadır. Bu çerçeve; çocuklara yönelik şiddeti önlemek ve ortadan kaldırmak için oluşturulan yedi stratejiyi içermektedir. Rapora göre, tüm ülkelerde bu stratejileri hayata geçirme çabalarının yaygınlaştırılması gerekiyor. Neredeyse tüm ülkelerde (%88) çocukları şiddetten korumaya yönelik temel kanunlar mevcut olsa da, ülkelerin yarısından daha azı (%47) bu kanunların güçlü bir şekilde uygulandığını ifade ediyor. <https://www.unicef.org/turkey/bas%C4%B1n-b%C3%BCtenleri/uluslararası%C4%B1-kurulu%C5%9Flar-uyard%C4%B1-%C3%BClkeler-%C3%A7ocuklara-y%C3%B6nelik-%C5%9Fiddetin-%C3%B6nlenmesi> (Erişim Tarihi: 05.12.2021)

³⁶⁹ 743 Sayılı MK m.264: Ana baba, çocuklarını tedip hakkına maliktir.

³⁷⁰ REYHANİ YÜKSEL, s. 152.

³⁷¹ İNAN, Çocuk Hukuku, s. 130.

³⁷² GEMALMAZ, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 181- 182.

³⁷³ USTA, Sevgi, “Anne Babanın Tedip Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No: 8, Temmuz, 1994, s. 15- 18. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/5505> E.T. 22.12.2021

³⁷⁴ GEMALMAZ, s. 183.

³⁷⁵ GEMALMAZ, s. 184- 185.

yapılabilir. Eğer tedip kavramı eğitim amacına hizmet eden uyarı, kınama gibi bir takım önlem veya zorlama araçlarını içerecek şekilde geniş ele alınırsa, tedip yetkisi kaldırılamaz³⁷⁶. Ancak eğer tedip hakkı bedensel cezayı veya her türlü güç kullanma suretiyle yerine getirilen şiddeti içerdiği düşünülüyorsa tedip hakkı kaldırılmış sayılmalıdır³⁷⁷. Tartışmaların kayağını aslında eski MK m. 264, yeni TMK m.339/f. 3'te düzenlenen çocuğun anne ve babasının sözünü dinleme, itaat etme yükümlülüğü oluşturur. Nitekim düzenlemede çocuğun bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, ebeveynlerin gerekli kararları alıp uygulama konusunda izleyecekleri tek yolun tedip hakkı yolu olduğu düşünülmektedir³⁷⁸. Yargıtay'ın hala çocuğa yönelik uygulanan bedensel cezayı, anne babanın tedip hakkı kapsamında değerlendiren kararları mevcuttur³⁷⁹.

Çocukların bedensel cezalardan korunması konusunda yetersiz kalan Medeni Kanunumuzda, bu hususun açıkça düzenlenmesi ve çocuğa karşı güç kullanılması yoluyla bedensel yaptırım uygulamasının açık bir şekilde yasaklanması gerektiği yönündeki görüşe biz de katılıyoruz³⁸⁰. Öyle ki ülkemizde çocuğa yönelik tedip hakkının anne babanın yanı sıra öğretmen, usta gibi meslek mensuplarınca da kullanılmasının yadırganmadığı düşünüldüğünde bu yönde bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç artmaktadır.

Çocuğu eğitim hakkına sahip olan kişilerin, çocuğa yönelik bedensel ceza verme hakkına sahip olmadıkları açık bir şekilde düzenlenmelidir. Bu husus açık bir şekilde düzenlenmemiş olsa da ebeveynlerin velayet hakkı gereğince çocuk üzerinde fiziksel, ruhsal ve bilişsel yönden baskı kurmamaları gereklidir³⁸¹. Kaldı ki çocuğa bedensel ceza uygulanması ya da ruhsal ve bilişsel yönden üzerinde baskı kurulması çocuğun vücut bütünlüğü hakkı ile onur ve saygınlığının korunması haklarının ihlali anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda Yargıtay'ın ölçülü şekilde anne babanın tedip hakkını

³⁷⁶ REYHANİ YÜKSEL, s. 153.

³⁷⁷ İMAMOĞLU, s. 187.

³⁷⁸ GEMALMAZ, s. 185.

³⁷⁹ “..Olay tarihinde 16 yaşında olan ve birden fazla kez evden kaçan mağdura yönelik babası olan sanığın bir kez tokat atması şeklinde gerçekleşen eylemde, babanın mağdura yönelik tedip hakkını kullandığına dair kabulde bir isabetsizlik görülmediğinden, tebliğnamedeki bozma görüşüne iştirak olunmamıştır.” Y. 3. CD. E. 2014/6680, K. 2014/30559, T. 22.09.2014. <https://www.libertyhukuk.com/yargitay-tokatli-terbiye-hakki-karari/> E.T. 12.12.2021

³⁸⁰ İMAMOĞLU, s. 187; GEMALMAZ, s. 189; REYHANİ YÜKSEL, s. 153- 154.

³⁸¹ REYHANİ YÜKSEL, s. 154.

kullanabileceği yönündeki görüşlerine³⁸² katılmak mümkün değildir. “Ölçülülük” kavramından ne anlaşılması gerektiği muğlak olmakla birlikte, çocuğa yönelik hak ihlalinin meşrulaşmasına sebep olacağı açıktır.

Çocuğa yönelik bedensel ceza verilmesi kanunumuzda açıkça yasaklanmamış olsa da ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereğince de ebeveynlerin velayet hakkı kapsamında böyle bir hakları bulunmadığı açıktır. Bu yönde Çocuk Hakları Komitesi de çocukların bedensel cezaya maruz kalmalarına ve hafif bedensel cezanın eğitici bir yol olarak görülmesine neden olan düzenlemelerin kaldırılmasını taraf devletlere özellikle tavsiye etmektedir³⁸³. Bu nedenle de taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere uygun olarak yasal mevzuatın düzenlenmesi, Medeni Kanunu’muzda çocuğa karşı bedensel cezanın açıkça yasaklanması gerekmektedir.

d. Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahaleler

Çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler, fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik müdahalelerdir. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleleri; tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli ile klinik araştırmalar başlıkları altında inceleyeceğiz.

aa. Çocuğa Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahale, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/g’de tanımlanmıştır. Buna göre; tıp mesleğini icraya yetkili kişiler³⁸⁴ tarafından yerine getirilen, sağlığın korunması, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki etik, kural ve yükümlülüklerle uygun olarak tıp bilimin sınırları içerisinde gerçekleştirilen her türlü fiziki ve ruhi girişim tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır. Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ne Ek Protokol m. 2/f. 3’e göre ise müdahale terimi bu protokolün

³⁸² GEMALMAZ, s. 183- 184.

³⁸³ HODGKIN/NEWELL, s. 245.

³⁸⁴ 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu m.1’e göre hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak şarttır. Aynı kanun m. 3 acil tıp teknikerleri ile sağlık astsubaylarının, m. 29- 46 dış hekimlerinin, m. 63- 68 hastabakıcı hemşirelerin ise ancak bir hekimin veya dış hekiminin teşhis ve tedavi planlamasına bağlı olarak faaliyette bulunabilecekleri ve tıbbi müdahaleye dahil olabileceklerini açıkça belirtmiştir.

amaçları kapsamında bir fiziksel müdahaleyi ve ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan her hangi bir müdahaleyi içermektedir.

Doktrinde yapılan tanımlar incelendiğinde tıbbi müdahalelerin genel olarak tıbbi amaçlı olup, hastalıkların önlenmesi, teşhisi, tedavisi ve iyileştirilmesi amaçlı yapılan müdahaleler olduğu anlaşılmaktadır³⁸⁵. Ancak tıbbi müdahaleleri her zaman tıbbi yarar sağlama amacı taşıdığını düşünmek, tıbbi müdahaleyi tanımlama konusunda yetersiz kalmaktadır. Öyle ki tıp dünyasında yaşanan gelişmeler neticesinde tedavi niteliği taşımayan müdahalelerin de tıbbi müdahale kavramı içerisinde ele alınması gerekliliği doğmaktadır. Yapay dölleme, organ ve doku nakli, tıbbi zorunluluk olmadan yapılan kürtaaj, estetik amaçlı operasyonlar, suç delillerinin toplanması, sterilizasyon gibi müdahalelerin geniş anlamda tıbbi müdahale içerisinde değerlendirilmektedir³⁸⁶. Böylece tıbbi bir zorunluluk içermeyen müdahaleler de tıp biliminin kural ve yöntemlerine uygun olarak uygulandığı sürece tıbbi müdahale olarak kabul edilirler.

Geniş anlamda tıbbi müdahale için, insan bedeni üzerinde tıp ve biyoloji bilimlerinin ilke ve yöntemlerine uygun olarak yapılan her türlü müdahaledir diyebiliriz³⁸⁷. Öyle ki Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13'e göre de, hekimin tıp biliminin uygun görülen kural ve yöntemlere aykırı müdahalede bulunması yasaktır. Aksi bir durumda yapılan müdahalenin tıbbi müdahale olduğu söylenemeyecektir. Tıbbi bir müdahalede tıbbi zorunluluğun olup olmadığı, müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi noktasında önem taşımaktadır. Bu nedenle, zorunluluk şartı hekimin müdahalesinin tıp biliminin ilke ve verilerine göre, özenli bir biçimde yapılması şartı içinde ele alınabilir³⁸⁸.

³⁸⁵ **ŞENOCAK**, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt 50, Sayı 4, Yıl 2001, s. 66. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629234>, (Erişim Tarihi: 05.09.2021); **YÜCEL**, Özge, "Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (Editörler: Özge YÜCEL/Gürkan SERT), Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 36.

³⁸⁶ **YÜCEL**, Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar, s. 37.

³⁸⁷ **HAKERİ**, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 27; **SERT**, s. 110; **ER**, s. 115; **TUNÇER**, s. 36; **SAVAŞ**, Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 51- 52.

³⁸⁸ **HAKERİ**, s. 236.

Kişinin vücut bütünlüğü hakkı, yaşam hakkının bir parçası olarak mutlak bir haktır ve kişilik hakkı niteliğindedir. Bu nedenle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik olan tıbbi müdahaleler kural olarak hukuka aykırı niteliktedir. Tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması için kişinin müdahaleye rıza göstermesi gereklidir. Müdahalenin hukuka aykırı olamaması için rızanın yanı sıra, hastanın üstün nitelikteki özel yararı ya da üstün nitelikteki kamu yararı gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden birinin varlığı gereklidir³⁸⁹.

Çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler de, çocuğun yaşam hakkı bağlamında korunan kişilik değerlerinden biridir. Çocuğa yönelik tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması için, tedavi amaçlı, tıp biliminin kabul edilen ilke ve yöntemlere uygun, müdahalede bulunan kişinin yetkili hekim veya sağlık personeli olması, yapılacak müdahalenin etki ve sonuçları hakkında bilgilendirme yapılması ve ilgilinin müdahaleye rıza göstermesi gereklidir³⁹⁰.

Vücut bütünlüğü yaşam hakkı kapsamında kişilik hakkı olarak değerlendirildiğinden, buna yönelik tıbbi bir müdahaleye verilecek rıza, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olacaktır³⁹¹. Bu nedenle de tıbbi müdahaleye gösterilecek rıza veya müdahaleyi ret için kişinin fiil ehliyetine sahip olması aranmayacaktır. Tıbbi müdahaleye gösterilecek rızada önemli olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır³⁹². Çocuklara yönelik tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için aranılan rızanın verilmesinde çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmaması önem taşımaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk bakımından, rızanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan hareketle temsil yasağı kapsamında değerlendirmek, çocuğun menfaatiyle ters düşecektir³⁹³. Bu nedenle ayırt etme gücü olmayan çocuk yönünden tıbbi müdahaleye rızayı yasal temsilcisi veli ya da vasi verecektir.

³⁸⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 159- 160.

³⁹⁰ ZİYAN, s. 154; ER, s. 71.

³⁹¹ ŞENOCAK, s. 73; HAKERİ, s. 300; SERT, s. 114- 115.

³⁹² YÜCEL, Özge, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Seçkin Yayınları, 2018, Ankara, s. 42.

³⁹³ YÜCEL, Özerklik Hakkı, s. 48.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk yönünden ise tıbbi müdahaleye rızanın, TMK m. 16 gereğince, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan yasal temsilcisinin rızasına gerek duymadan kendisi bizzat kullanabilecektir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk yönünden rıza hakkını tek başına kullanmayı TMK m. 16 uygun kılıyor iken, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 aksi yönde düzenleme içermekte, çocuğun tek başına rızasını yeterli görmemektedir. İlgili hüküm gereğince ayırt etme gücüne sahip olan veya olmayan çocuk ayırımı yapılmadan, “hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır” denilmektedir. 1219 Sayılı Tababet Kanunu m. 70’de aynı yönde düzenlemeler içermektedir. Çocuğun rızasına ilişkin yasa ve yönetmelik hükümleri gereğince çocuğun rızasının alınmaması gerektiği sonucuna varılmamalı, bu hükümlerin TMK m. 16 ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir³⁹⁴. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/f. 2’ye göre “Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.” Şeklindeki düzenlemeyle her ne kadar çocuğun müdahale ve tedavi sürecine katılımı sağlanmaya çalışılsa da yönetmeliğin bu haliyle TMK ile uyumlu olmadığı söylenebilir. Çünkü TMK m. 16, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını, yasal temsilcilerinin iznine gerek kalmaksızın kullanabileceklerini açıkça belirtmektedir.

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun tıbbi müdahaleye rızası konusunda yasal düzenlemeler arasındaki yasa ve yönetmelik farklılıklarından dolayı doktrinde değişik görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızası şart olmakla birlikte, ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun görüşünün alınması gerektiğini savunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 bu görüşün dayanağı olup, buna göre çocuğa yönelik tıbbi müdahalelerde asıl olan yasal temsilcinin rızasının alınması gerekliliğidir. Çocuk hastanın bu hususta dinlenerek tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması m. 24/f. 2 düzenlemesinden yola çıkarak imkan dahilinde öngörülmüştür. Rıza konusunda son sözü söyleyecek olan yasal temsilcinin kendisidir. Bu görüşü savunanlar, çocuğun müdahaleye katılımının bilme hakkından

³⁹⁴ ŞENOCAK, s. 73- 74.

kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir³⁹⁵. Ancak bu görüş, tıbbi müdahaleye rızanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasının göz ardı edildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Diğer bir görüş çocuğun korunmasını temel alır. Buna göre, tıbbi müdahaleye rıza her ne kadar şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da hasta çocuğun yanı sıra yasal temsilcinin de rızasının aranması gerektiğini savunur³⁹⁶. Yine bu görüşe göre, ameliyat gibi küçüğün yaşam ve ölüm tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda anne babaya söz hakkı tanınmaması düşünülemeyeceğinden, vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve özel riskler içeren tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası yanında yasal temsilcinin de rızası aranmalıdır³⁹⁷. Bu görüş, çocuğu korumaya yönelik daha garantici bir görüş olarak nitelendirilebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, çocuğun korunması açısından yasal temsilcinin rızasının alınmasına ihtiyaç olup olmadığıdır³⁹⁸.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, ayırt etme gücüne sahip çocuk, tek başına kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanabilecek durumdadır ve onun rızası yeterlidir³⁹⁹. Aksi durumda, yani rıza konusundaki tasarrufun ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun kendisinin yerine yasal temsilcisine bırakılması durumunda, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının da ber taraf edildiği düşünülecektir. Tıbbi müdahaleye rızada, ayırt etme gücüne sahip çocuğun korunması için yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiğinin düşünülmesi gereksiz bir tedbir olduğu savunulmuştur⁴⁰⁰. Velayetin asıl amacı çocuğun bağımsız kişiliğinin kazandırılması ve geliştirilmesidir. Velayetin kapsamı ve sınırları zamanla daralan bir özellik göstermektedir. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olduğunda, tıbbi müdahaleye rıza yönünden anne babanın velayet hakkının geri çekilmesi ve çocuğun şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını tek başına kullanması sağlanmalıdır⁴⁰¹.

³⁹⁵ DEDE, Çocuk Hastalar, s. 92.

³⁹⁶ ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 117; DURAL/ÖĞÜZ, s. 107; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Tedavi Sözleşmesi, s. 210.

³⁹⁷ ŞENOCAK, s. 75.

³⁹⁸ DEDE, Çocuk Hastalar, s. 96.

³⁹⁹ ŞENOCAK, s. 75- 76; ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 56-57; YÜCEL, Özerklik Hakkı, s. 52, REYHANİ YÜKSEL, s. 167.

⁴⁰⁰ ŞENOCAK, s. 80.

⁴⁰¹ ŞENOCAK, s. 76.

Çocuğa yönelik tıbbi müdahalelerde rıza konusuna ilişkin Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/f. 1 ve 1219 Sayılı Tababet Kanunu m. 70, hastanın küçük ya da kısıtlı olması durumunda öncelikle veli ya da vasisinden izin almayı düzenlemekte, çocuğun katılım hakkını göz ardı etmektedir. Her iki düzenlemede de çocukların kendileriyle ilgili tıbbi kararlarda yasal temsilcilerine bağlı kılınmaları, kendi özerkliklerini kullanmalarının da önüne geçmektedir⁴⁰². Ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, çocuğun katılım hakkının uygulanması yönünde sözleşmeye taraf devletlere açık bir hukuki yükümlülük getirmiştir. ÇHS m. 12 hükmü bakımından çocuk katılımına farkındalığın yetersiz olması, başlı başına ÇHS m. 42 hükmünün de ihlali olarak değerlendirilmektedir⁴⁰³. Öyle ki, taraf devletler, sözleşme ilke ve hükümlerinin uygun ve etkili araçlarla yetişkinler kadar çocuklar tarafından da yaygın biçimde öğrenilmesini sağlamayı ve bu yönde ulusal mevzuatlarını düzenlemeyi de taahhüt etmektedirler. Konuyla ilgili, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 31.12.2015 tarihli, 15 yaşını dolduran çocukların, tıbbi müdahaleye rızayı tek başlarına verebilecekleri yönünde mevzuat düzenlemesi öngören tavsiye kararı da bulunmaktadır⁴⁰⁴. Bu nedenle de çocuğun rıza göstereceği işlemler yönünden yeni düzenlemelerin yapılması gereklidir.

Yapılacak olan tıbbi müdahaleye kişinin rıza göstermesi için müdahaleden önce müdahalenin fiziksel, ruhsal ve ekonomik yönden etki ve sonuçları hakkında

⁴⁰² **AYDIN**, Erdem, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu", Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Cilt: 46, Sayı: 2, ss. 148- 152, 2003, s. 148.

⁴⁰³ **LUNDY**, s. 930.

⁴⁰⁴ *"..1999 doğumlu şikayetçinin 18 yaşından küçük olduğu için yanında kanuni temsilcisi olmaksızın dış tedavisini yaptırılmaması; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi ve Ülkemizin kabul ettiği Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi çocukla ilgili her türlü kararlarda çocuğun üstün menfaatinin esas olduğunu öngörmektedir. Diğer yandan Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu ile yukarıdaki uluslararası sözleşme hükümlerine paralel olarak sosyal yaşama ilişkin durumların dikkate alınarak sağlıktaki çocuğun yüksek menfaatine uygun kararların terdide meydan vermemek için mevzuata dönüştürülmesi gerekmektedir. Yukarıda gerek psikolog görüşünde ifade edildiği ve gerekse şikayetçi ile Kurumumuz sosyal hizmetler uzmanı aracılığıyla yapılan görüşmede 1999 doğumlu şikayetçinin kendini ifade etmekte zorlanmadığı, ailesiyle yapıldığı görüşmede de açık ve özgüveni yüksek bir genç olduğu kanaatine varılmıştır. Bu nedenlerle; şikayetçinin dış tedavisini yanında kanuni temsilcisi olmadığı için sadece 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda öngörülen kurallara göre yapılamayacağını belirten İdarenin işleminin Hukuk Devletinde uluslararası sözleşmeler, haklı beklentiye uygunluk ve yaşam hakkına aykırı olması sebebiyle şikayetçinin yanında velisi veya vasisi olmadan dış tedavisi talebinin reddine yönelik idarenin işleminde hukuka ve uluslararası mevzuat hükümlerine uygunluk tespit edilememiştir.."* KDK Tavsiye Kararı, Şikayet No: 2015/2521, T. 31.12.2015. <https://cocuk.ombudsman.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf> (Erişim Tarihi: 11.09.2021)

bilgilendirilmesi gerekir. Çocuğa yönelik tıbbi müdahalelerde de çocuğun katılım hakkını kullanması, görüşlerini ifade etmesi ve kendisine uygulanacak tedavi hakkında öncesinde aydınlatılmaları gereklidir. Tıbbi müdahaleye rıza konusunda, çocuğun karar verme, anlama ve kavrama kabiliyeti esas alınmalıdır. Çocuk, kendisine yönelik uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin içeriğini, anlamını, acilliğini, etki ve sonuçlarını, mevcut risklerini ölçebilecek, en azından ana hatlarıyla bilebilecek ve olumlu-olumsuz yönlerini değerlendirebilecek durumda ise rıza ehliyetinin olduğu kabul edilmelidir⁴⁰⁵. Çocuğun yaşı ve olgunluk derecesi rıza ehliyetinin belirlenmesinde önemli rol oynayacaktır. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun rıza ehliyeti, ÇHS m. 12’de düzenlenen çocuğun katılım hakkı ile de güvence altındadır. Çocuğun katılım hakkı kapsamında kendisini ilgilendiren konularda görüşlerini bildirme hakkını etkili bir biçimde kullanabilmesi için öncelikle bu hakkın kendisine tanınması ve konuyla ilgili bilgilendirilmesi gereklidir. ÇHS m. 12 aynı zamanda çocuğa kendi geleceğini belirleme hakkını veren bir düzenlemedir. Buna rağmen çocuğun katılımının en az olduğu alanın da sağlık sektörü olduğu söylenebilir⁴⁰⁶. Sağlık sektörünün çok katı bir biçimde uzmanlık gerektirmesi bunun en önemli nedenlerinden biridir. Bu noktada, çocuğa yönelik tıbbi müdahaleye başlamadan, yetişkinlere uygulanan onam formlarının çocuklar için de uygulanmaya başlanması gereklidir⁴⁰⁷.

Velayet hakkı bağlamında ayırt etme gücünden yoksun çocuğa yönelik tıbbi müdahalede, velinin rıza vermeme yetkisinin bulunup bulunmadığı ya da rızanın esirgenmesi hususunun da değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda rıza ve rızanın esirgenmesi kavramının kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olduğu unutulmamalıdır⁴⁰⁸. Ayrıca günümüzde velayet anlayışı haktan ziyade çocuğa karşı bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Bu doğrultuda velayet hakkının kullanılmasının sınırını da çocuğun yararı ilkesi belirleyecektir⁴⁰⁹. Ebeveynin çocuk üzerindeki hakları ile çocuğun sağlık hakkı arasındaki çatışmada çocuğun üstün yararı olan sağlık ve yaşam

⁴⁰⁵ HAKERİ, s. 357.

⁴⁰⁶ ERBAY, Değerlendirme, s. 46.

⁴⁰⁷ DEDE, Çocuk Hastalar, s. 82.

⁴⁰⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 222.

⁴⁰⁹ AKYÜZ, s. 12.

hakkı öncelikli olmalıdır⁴¹⁰. Çocuk için gerekli aşıların yaptırılmaması, tıbben tedavi görmesi gereken çocuğun tedaviden kaçınılması, doktora götürülmemesi, gibi durumlarda TMK m. 348/f. 2'ye göre çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklayan anne babanın velayet hakkının kaldırılması gündeme gelecektir. Tıbben gerekli olan bir müdahaleye, yasal temsilcinin rıza vermediği durumlarda Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/f. 4'e göre tıbbi müdahalede bulunmak, mahkeme kararına bağlı kılınmıştır. Acil ve zorunluluk gerektiren durumlarda ise hakime başvurmak için zaman yoksa, bizim de katıldığımız görüşe göre, hekim müdahaleyi yapmalıdır⁴¹¹.

Tıbbi zorunluluk hali dışında ebeveynlerin kararıyla çocuğun vücut bütünlüğü üzerinde müdahale edilmesi de temel bir hak ihlali olarak değerlendirilebilir⁴¹². Bu nedenle tıbbi zorunluluk olmadan yasal temsilcinin kararıyla çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik yapılmak istenen sünnet ya da interseks çocuklara yönelik cinsiyet atama operasyonları gibi tıbbi müdahaleler, çocuk katılım sürecine dahil oluncaya kadar ertelenmelidir. Bu durum, çocuğun özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması için aynı zamanda hukuki bir gereklilik arz etmektedir. Aksi takdirde, tıbbi zorunluluk hali dışında çocuğa yönelik yapılacak tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır.

Almanya'da sünnet edilen bir çocuğun geçirdiği kanama nedeniyle açılan ceza davasında yasal temsilcinin rızası yapılan sünnet işlemini hukuka uygun kılmaya yeterli olmadığı sonucuna varılmış ve sünnetle ilgili yasal düzenleme yapılmıştır⁴¹³. Bu yönde Alman Medeni Kanunu'na eklenen 1631 d maddesi şöyledir:

“(1) Velayet hakkı aynı zamanda, rıza gösterme ehliyeti olmayan erkek çocuğun tıbbi açıdan zorunlu olmayan, tıbbi kurallara uygun bir şekilde yapılan sünnetine rıza

⁴¹⁰ MAKARACI BAŞAK, Aslı/ÖKTEM ÇEVİK, Aslı, “Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları”, (Editörler: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek), Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 375.

⁴¹¹ HAKERİ, s. 373; DEDE, Çocuk Hastalar, s. 100.

⁴¹² Özellikle interseks çocuklara yönelik erken yaşta, tıbbi bir gereklilik olmadan yapılan cinsiyet atama operasyonlarının, çocuğun özerklik hakkının ihlali olduğu yönünde bkz. MORAN, Lucette, “Who Decides “the Best Interests of the Child?”: Strengthening Legal Protections for Intersex Persons against Sexual- and Gender-Based Violence”, Human Rights Brief, V. 24, I. 3, ss. 177- 182, 2021, s. 182. <https://heinonline.org/> E.T. 02.04.2022

⁴¹³ YÜCEL, Özerklik Hakkı, s. 272; NUHOĞLU, s. 216.

göstermeyi de kapsar. Sünnetin amacı göz önüne alındığında çocuğun yararını tehdit etmesi halinde yukarıdaki hüküm geçerli değildir.

(2) Çocuğun doğumundan itibaren ilk altı ay içinde, hekim sıfatı bulunmayan, sünnet konusunda özel bir eğitim alan ve bir hekim gibi sünneti gerçekleştirme ehliyeti olan dini bir topluluk tarafından yetkili olduğu kabul edilen kişi 1. fıkraya uygun bir şekilde sünneti gerçekleştirebilir.”⁴¹⁴

Böylece Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda çocuğun yasal temsilcinin rızasıyla sünnet ettirilmesini hukuka uygun kılmak adına özel bir yasal düzenleme yapma gereği duyulmuştur.

Hukukumuzda özellikle tıbbi zorunluluk olmadan erkek çocuklarının sünnet edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı yönünden doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, sünnet konusunda çocuğun yararı değerlendirilirken kısa süreli yararının değil, içerisinde yaşadığı toplumun özellikleri de dikkate alınarak ilerde doğabilecek psikolojik, sosyal ve kültürel sonuçlarıyla birlikte bir değerlendirme yapılması gereklidir⁴¹⁵. Bu yöndeki görüş, sünnete rıza gösterme veya reddetmenin sadece çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik bir karar olmadığını, sünnetin toplumun büyük çoğunluğu tarafından kabul gömesinin, çocuk yönünden psikolojik ve sosyal sonuçlar da doğurabilecek bir karar olduğunu belirtir⁴¹⁶. Ayrıca Türk Hukukunda mevzuatta sünnete izin veren özel bir düzenleme bulunmasa da, burada hareketin sosyal uygunluğu teorisi kapsamında hukuka uygun kabul edileceği de belirtilmektedir⁴¹⁷. Bu görüşün temelindeki sosyal uygunluk teorisinin, ÇHS’nin başlangıç metninde yer alan, çocuğun korunması ve uyumlu gelişmesi bakımından her halkın kendine özgü geleneklerinin ve kültürel değerlerinin taşıdığı önemin göz önünde tutulması gerektiği düzenlemesiyle uyumlu

⁴¹⁴ NUHOĞLU, s. 216.

⁴¹⁵ ŞENOL, Ayşe Nilay, “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık, 2019, s. 1354, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/902817> E.T. 12.03.2022; ZİYAN, s. 160; NUHOĞLU, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, ss. 211- 220, s. 219.

⁴¹⁶ ŞENOL, s. 1354; ZİYAN, s. 160.

⁴¹⁷ NUHOĞLU, s. 218.

olduğu söylenebilir. Ancak, kültürel farklılıkların, sözleşme tarafından güvence altına alınmış hakların inkar edilmesine yol açamayacağı da unutulmamalıdır⁴¹⁸.

Diğer bir görüşe göre ise ayırt etme gücü olmayan erkek çocukların sünnet edilmesi konusunda tıbbi bir zorunluluk hali mevcutsa, anne babanın izniyle yapılan bu müdahale hukuka uygun sayılabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, anne babanın rızasının alınması, çocuğun üstün özel yararının belirlenmesi amacıyla olduğundan sünneti hukuka uygun kılacak sebep rıza değil, çocuğun üstün özel yararı olarak karşımıza çıkacaktır⁴¹⁹. Tıbbi bir zorunluluk olmadan ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk yönünden yasal temsilcinin geri dönüşü olmayan cerrahi bir müdahaleye rızası ise çocuğun özerklik hakkına ölçsüz bir müdahale oluşturacaktır⁴²⁰. Bu konuda ayırt etme gücüne sahip çocuğun, tıbbi bir zorunluluk olmadan kendi rızasıyla sünnet olması da, tıbbi müdahalenin zorunluluk olması durumunda rızayı hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu ön koşulu olarak düşünüldüğünde, hukuka uygun sayılmamasına neden olacaktır⁴²¹. Bu durumda bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, kişinin dini inancı doğrultusunda kendi rızasıyla sünnet olmasına yönelik hukuka uygunluk sebebi olan bir hukuk kuralının Anayasa’da yer alması gerekliliğidir⁴²².

Bir tıbbi müdahale konusunda ayırt etme gücüne sahip olan çocuk ile ebeveynlerinin görüşünün çatışması durumunda, çocuk yapılacak tıbbi ve cerrahi müdahalenin sebeplerini ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olduğundan şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması söz konusu olacağından yasal temsil mümkün olmayacaktır. Kullanılacak hakkın önemine ilişkin olarak tıpkı sınırlı ehliyetsizin evlenmesi, nişanlanmasında olduğu gibi ebeveynlerin karara katılımının aranması hali olarak yorumlanabilir ve bu noktada önemli olan sınırlı ehliyetsizin göstereceği veya

⁴¹⁸ HODGKIN/NEWELL, s. 40.

⁴¹⁹ ÖZEN, Burak, Kişilik Hakkı Algısındaki Değişim, Aristo Yayınları, İstanbul, 2022, s. 27- 28.

⁴²⁰ YÜCEL, Özerklik Hakkı, s. 272; Ayrıca bu durumun çocuğun din ve vicdan hürriyetine müdahale olarak yorumlanabileceği yönünde bkz. REYHANİ YÜKSEL, s. 166.

⁴²¹ ÖZEN, Kişilik Hakkı, s. 33; Ayrıca, tıbbi zorunluluk halinin olmadığı sünnet durumunda, müdahaleye rıza için on sekiz yaşının doldurulmasının beklenmesi ve kendisinin aydınlatılmış özgür tercih ve talebi bulunmadıkça yapılmaması gerektiği yönünde bkz. ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 S. 2, ss. 227- 288, 2006, s. 259. <https://www.jurix.com.tr/article/12022>

⁴²² ÖZEN, Kişilik Hakkı, s. 33- 34; Tıbbi zorunluluğun olmadan yapılan sünnet eyleminin hukuka uygun kılınması için, TMK’da, özel bir kanunda veya TCK’da madde hükmü olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde ise bkz. TULAY, Emre, “Çocuğun Sünnetinde Hekim ve Ebeveynin Cezai Sorumluluğu”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 43, ss. 583- 605, 2020, s. 601, <https://www.jurix.com.tr/article/21222>

göstermeyeceği rıza olacaktır⁴²³. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun menfaatiyle tıbbi müdahaleye ilişkin kararı arasında uygunluk bulunmadığını düşünen ebeveyn, buna ilişkin olarak çocuğu aydınlatma yoluna gidebilecek ve işlemin önemini hasta çocuğun idrak edememesi gibi bir durum söz konusuysa somut olay bakımından çocuğun ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı tartışma konusu yapılacaktır⁴²⁴. Çocuğun ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının değerlendirmesini yine hekim yapacaktır. Tıbben zorunlu ve acil durumlarda ise hekim hastanın TMK m. 24 uyarınca yaşam hakkına ilişkin olarak üstün özel yararını dikkate alacaktır⁴²⁵. Bu bağlamda da çocuğun rıza göstereceği işlemler bakımından yeni düzenlemeler yapma ihtiyacı söz konusudur.

Çocuğun menfaatine aykırı olacak şekilde ya da ayırt etme gücüne sahip çocuğun rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması halinde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın yasal temsilci tarafından kullanılmasında yetkisizlik söz konusu olacaktır. Bu hususta ebeveynlerin aksi yöndeki tutumları halinde TMK m. 25 ve devamında düzenlenen kişiliği koruyucu davaların açılması ve TMK m. 346 ve devamında düzenlenen çocuğu koruyucu önlemlerin alınması gündeme gelecektir⁴²⁶.

bb. Çocuğun Organ Ve Doku Nakli

Organ ve doku nakli niteliği itibarıyla vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi bir müdahaledir. Bir vericiden başka bir alıcıya aktarılacak üzere iyileştirme amacıyla doku veya organların nakledilmesidir⁴²⁷. Vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale olduğundan temelde hukuka aykırıdır. Organ ve doku nakli, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Ayrıca Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik de mevcuttur.

⁴²³ ZİYAN, s. 157.

⁴²⁴ ZİYAN, s. 157.

⁴²⁵ ŞENOCAK, s. 78.

⁴²⁶ HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 79.

⁴²⁷ HAKERİ, s. 170.

2238 Sayılı Kanun gereği organ ve doku nakli; tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla mümkün kılınmıştır. Ayrıca maddi bir bedel veya çıkar karşılığında organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmıştır. Bu durum Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlenmiştir⁴²⁸.

Organ ve doku nakli tıbbi bir müdahale olduğundan yapılabilmesi ve hukuka uygun olması yönünden ilgilinin rızası gerekecektir. Nakilde hem organ ve dokunun vericisinin hem de alıcısının rızasına ihtiyaç duyulacaktır. Alıcı yönünden hayati tehlike taşıyan zorunlu ve acil durumlarda rıza aranmaması söz konusu olsa da, verici yönünden rızanın alınması şarttır. Vericinin rızası alınmadan yapılan organ ve doku nakli işlemi, alıcıyı iyileştirme amacı taşısa da, iyileşmesini sağlasa da, nakil işlemi yapan hekim sorumluluktan kurtulamayacaktır⁴²⁹. 2238 Sayılı Kanun, verici yönünden yaşamını sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak organ veya dokuların alınmasını da yasaklamıştır.

Çocuklarda organ ve doku nakli konusunda, alıcı olmaları mümkünse de çocuğun verici olarak rıza ehliyetinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. 2238 Sayılı Kanun m. 5'de organ ve doku nakli vericisinin 18 yaşını tamamlamış olması ve ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk organ veya dokusunu veremeyecektir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk yönünden ise nakil işlemi için rıza verme yetkisinin bulunup bulunmadığı yönünde bir düzenleme mevcut değildir. Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuk, yapılacak nakil işleminin etki

⁴²⁸ TCK m. 91: Organ veya Doku Ticareti

- (1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.
- (4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.
- (5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.
- (8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

⁴²⁹ **TOROSLU**, Nevzat, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", AÜHFD, Cilt 35, Sayı 1-4, s. 101, 1978. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42944/519747> E.T. 04.05.2022

ve sonuçlarını anlayabilecek ve değerlendirebilecek durumda olsa dahi, bu işleme yönelik açıklayacağı rıza beyanı hukuki bir sonuç doğurmayacaktır. Çünkü 2238 Sayılı Kanun, organ ve doku nakli için vericinin ayırt etme gücüne sahip olması ile birlikte 18 yaşını doldurmuş olması gerektiğini belirtmektedir. Ayırt etme gücüne sahip ve ergin kısıtlıların ise organ ve doku nakline ilişkin rıza ehliyetleri bulunmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kısıtlılar yönünden nakil işlemine yönelik rızanın vasi tarafından verilmesi de mümkün değildir⁴³⁰.

Biyotıp Sözleşmesi'nde, istisna olarak 20. maddesinde⁴³¹ belirtilen koşullarda ise yaş yönünden herhangi bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Düzenlemenin birinci fıkrasında ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin nakil işlemini yapamayacakları kabul edilmekle birlikte, ikinci fıkrada istisnalar öngörülmüştür. Öncelikle nakil yapılacak dokunun yenilenebilir olma şartı ön koşul olarak kabul edilmiş ve düzenlenen diğer istisnalar da her somut olayın özelliğine göre değerlendirmeye açık bırakılmıştır.

⁴³⁰ “..Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; T.Y.'nin, Ereğli (Konya) Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 3/6/2010 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı kesinleşen ilamıyla kardeşi Ş.Y.'ya vasi olarak atandığı, kısıtlı ile müşterek kardeşleri olan D.Y.'a, kısıtlı Ş.'den organ nakli yapılabilmesi için vasi tarafından Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi'ne başvurulduğu, mahkemece Adli Tıp'tan “bir böbreğin alınması halinde diğer böbrekte hastalık veya hasar oluşmaması durumunda yaşam boyu vücut fonksiyonlarının idamesi için yeterli olacağı ancak kişide mevcut akıl zayıflığının olayın anlam ve sonuçlarını kavrama, hukuki ve psikolojik yanının değerlendirilmesine engel olacağına” ilişkin olarak alınan rapor doğrultusunda söz konusu iznin verildiği ve bu kararın 18/2/2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Yasa koyucu, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa'da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu'nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 23/1/2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmü ile kısıtlı Ş.Y.'dan kardeşi E.Y.'a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T.Y.'ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.” Y. 18. HD. E. 2013/16178 K. 2014/3998 T. 6.3.2014, (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁴³¹ Madde 20. (Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması)

1. 5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz.
2. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:
 - i) muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması;
 - ii) alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;
 - iii) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;
 - iv) 6. Maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;
 - v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.

<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> E.T. 05.03.2022

Ancak Türkiye, Biyotıp Sözleşmesi m.20 hükmüne, 2238 Sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırı olduğundan çekince bırakmıştır⁴³².

2238 Sayılı Kanun organ ve doku verebilmek için açıkça 18 yaşı düzenlediği için, 18 yaşını doldurmadan kişinin ergin sayıldığı durumlar için, vericinin organ ve doku nakli için rıza ehliyetinin bulunmadığı sonucu ortaya çıkacaktır⁴³³. Bu durum uygulamada bazı sıkıntılara neden olmaktadır. Örneğin, evlenme yoluyla ergin kılınan bir kişi, her türlü hukuki işlemi yapıp, borç altına girebildiği halde on sekiz yaşını doldurmadığı için organ ve doku naklinde rıza açıklamasında bulunamayacaktır. 2238 Sayılı Kanun'un, Biyotıp Sözleşmesi'ne uygun şekilde yaş temelli değil ayırt etme gücünün olup olmasına göre bir ayrıma gitmesi uygulamadaki sıkıntıları giderebilir. Her ne kadar organ ve doku naklinin düzenlendiği 2238 Sayılı Kanun'da yaş sınırı öngörülmesi çocuklar üzerinde oluşabilecek anne baba baskısını azaltma yönünde olsa da bizim de katıldığımız görüşe göre mutlak bir yaş sınırı koymak yerine, denetimli bir sistemin öngörülmesi ve geliştirilmesi yine istenen amaca ulaşmayı sağlayacaktır⁴³⁴. Böylece ayırt etme gücüne sahip küçükler yönünden rıza ehliyetinin varlığı söylenebilecek ve katılım haklarını kullanmaları sağlanabilecektir.

2238 Sayılı kanun gereğince, çocuk ayırt etme gücüne sahip olsa da olmasa da ya da bu konuda yasal temsilcisinin izni olsa da olmasa da organ ve doku naklinde çocuk verici olamayacaktır. Çocuğa organ ve doku naklinde ise yapılan işlemin tıbbi bir müdahale olması sebebiyle Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 gereğince yasal temsilcinin rızası aranacaktır. Ancak biz bu hususta da tıbbi müdahaleler konusunda olduğu gibi, ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün, yapılacak işlemin etki ve sonuçlarını tam manasıyla kavrayabilecek durumda olması şartıyla, kendi rızasıyla işleme onay vermesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çocuğun yararına aykırı olacak şekilde ebeveynlerin işleme onay

⁴³² Çekince Metni: Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 36 ncı maddesi uyarınca, Sözleşmenin 20 nci maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5 inci maddesiyle uyum halinde olmaması nedeniyle, işbu madde fikrini uygulamamak hakkını saklı tutar.

⁴³³ DURAL/ÖĞÜZ, s. 115; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s. 250.

⁴³⁴ ÖZBİLEN, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2001, s. 272- 274.

vermemesi durumunda ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun rızasına uygun işlem yapılması gereklidir. Ebeveynleriyle çocuğun görüşünün çatışması halinde çocuğun yararı ve yaşam hakkına öncelik tanınması gerekecektir.

cc. Çocuk Üzerinde Klinik Araştırmalar

Kişiler üzerinde yapılan bilimsel ve klinik araştırmalara ilişkin bazı yasal düzenlemeler mevcuttur. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile Biyotıp Sözleşmesi'nin bilimsel araştırmalara yönelik Ek Protokolü bunlar arasında sayılabilir.

Anayasa m. 17/f. 2'ye göre kişiler rızaları olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. İnsan üzerinde deneye ilişkin TCK m. 90 düzenlemesi de mevcuttur. Rızaya dayalı bilimsel deneyin cezai sorumluluk gerektirmemesi için madde düzenlemesinin ikinci fıkrasında bazı şartlar düzenlenmiştir⁴³⁵. Çocuklar üzerinde bilimsel deney yapmanın cezai sorumluluğu gerektirmemesi için ise ikinci fıkra da sayılan şartların yanı sıra TCK m. 90/f. 3⁴³⁶'de sayılan koşullarında bulunması gereklidir. Çocuklarla ilgili olarak bilimsel deney ve araştırmalara ilişkin tazminat sorumluluğunu gerektiren haller ise İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m. 6'da düzenlenmiştir⁴³⁷. Buna göre, yapılacak bilimsel araştırmanın çocuk üzerinde her hangi

⁴³⁵ “a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması” TCK m.90/2, Kazancı Hukuk Otomasyon.

⁴³⁶ TCK m. 90/3: Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkra da aranan koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatının de alınması,

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması,

⁴³⁷ m. 6: (1) Araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirdiği veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olduğu ya da yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olduğu durumlarda, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunuyor ise 5

bir risk teşkil etmediği konusunda genel bir kanaat olması gerekir. Ayrıca yapılacak araştırma için hem çocuğun kendisinin hem de velisinin ya da vasisinin rızası aranmaktadır. Çocuğun ayrıca yapılacak araştırma ile ilgili önceden ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi de gereklidir.

Uygulamada kök hücre tedavisi ya da kemik iliği nakli olarak da bilinen genelde kardeşler arasında ve yeni doğan bebeklerden doku olarak alınıp kardeşe naklinin sağlandığı durumlar söz konusudur⁴³⁸. Oysa ki, 2238 Sayılı Kanun’a göre tam ehliyetsiz kişilerden doku alınması mümkün değildir. Uygulamadaki kemik iliği nakli henüz araştırma olarak değerlendirildiğinden, Klinik Araştırmalar Hakkındaki Yönetmeliğin 6. maddesinde düzenlenen şartlara uygun olmak koşuluyla tam ehliyetsizden doku alımı mümkün kılınmaktadır. Ancak görülüyor ki ilgili yönetmelik hükmü, Organ ve Doku Nakli Kanunu’na aykırıdır. Aynı yöndeki Biyotıp Sözleşmesi’nin 20. maddesine de çekince konulmuş iken benzer bir hükmün yönetmelik maddesi olarak düzenlenmesi de söz konusudur. Kanun koyucunun buradaki amacı, tam ehliyetsizler yönünden sıkı şartlar ve denetimli bir sistemle organ ve doku nakline müsaade etmek ise bu yöndeki düzenlemenin yönetmelikle değil, kanuna düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle konuyla ilgili yönetmelik ve kanun hükümleri arasındaki çelişkinin yeni bir kanun düzenlemesiyle giderilmesi gerektiği görüşündeyiz.

inci maddedeki hususlar ile birlikte aşağıda belirtilenler çerçevesinde çocuklar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir:

- a) Araştırılacak ürünün veya uygulamanın çocuklar üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.
- b) Çocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak oluru alınır.
- c) Çocuğun araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesi veya araştırmacının herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmek istemesi durumunda çocuk araştırmadan çıkarılır.
- ç) Çocuk kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise, araştırma ile ilgili gerekli tüm bilgiler çocuğa uygun bir şekilde anlatılır.
- d) (Değişik:RG-25/6/2014-29041) Etik kurul, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.
- e) (Değişik:RG-25/6/2014-29041) Çocuklarda yapılacak her türlü klinik araştırmada çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekimin araştırmacının çocuklar üzerinde yapılması hususunda müspet görüşü olmadan etik kurul bu araştırmaya onay veremez. Bu çalışmalar için gerekli görülmesi halinde araştırma konusu ile ilgili bilim dalından doktora veya uzmanlığını almış hekim ya da dış hekiminin görüşü alınır ve araştırmaya izin verilip verilemeyeceği bu görüş sonucunda değerlendirilir.
- f) Çocuklarda yapılacak klinik araştırmalar için çocukların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz.

⁴³⁸ ÖZBİLEN, s. 281.

Çocuklar yönünden klinik araştırmaları tedavi amaçlı ve bilimsel amaçlı olmalarına göre bir ayrıma tabi tutarak değerlendirme yapmak uygun olacaktır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk bakımından tedavi amaçlı yapılacak olan klinik araştırmaya yasal temsilcilerinin izni yeterli kabul edilebilirken, bilimsel amaçlı klinik araştırmalar için yasal temsilcinin izni olsa da yapılmaması gerekmektedir⁴³⁹. Ayırt etme gücüne sahip çocuk yönünden ise gerekli özerkliğin tanınması, karar alma sürecine dahil edilmesi ve yapılacak araştırmanın her aşamasının etki ve sonuçları hakkında çocuğun bilgilendirilmesi gerekecektir. Yapılacak araştırmanın, çocuğun her türlü olumsuz ve riskli durumdan koruyacak nitelikte olması ve şartlara tabi tutulması, ayrıca hekimin her aşamada çocuğun üstün yararını gözetmesi de gerekmektedir.

2. Çocuğun Özel Hayatının Gizliliği

Her kişi, kendi özel hayatına saygı duyulmasını isteme ve hayatıyla ilgili bilgilerin başkalarınca öğrenilmesini istememe hakkına sahiptir.

Özel hayatın gizliliği ve korunması Anayasamızın 20- 22. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Uluslararası mevzuatta ise özel hayatın korunması ile ilgili ilk düzenleme İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışmaları hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8’de de özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 16’da çocuğun özel yaşantısının korunmasına ilişkin düzenleme vardır. Buna göre çocuğun özel hayatına yönelik keyfi ve haksız bir müdahale yapılamaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı korunması için yasal düzenlemelerin yapılması zorunludur.

⁴³⁹ **ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, Burcu G, Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 92.

Doktrinde kişinin hayat alanı, kamuya açık alan, özel alan ve gizli alan olmak üzere üç alanda incelenmektedir⁴⁴⁰.

Kamuya açık alan, kişinin herkese açık, başkaları tarafından bilinmesinde sakınca olmayan olay ve hareketlerin oluşturduğu alandır⁴⁴¹. Özel alan ise, kişinin ailesi veya arkadaşları gibi sadece sınırlı sayıdaki kişilerle paylaştığı, gizli hayatına dahil olmayan olaylardır⁴⁴². Gizli hayat ise, kişinin sadece güven ilişkisi içerisinde olduğu kişilerce bilinmesini istediği, üçüncü kişilerden gizlenen olayları içeren alandır⁴⁴³. Kişinin ev yaşamı, yazışmaları, aile ilişkileri gizli hayat alanına dahildir. TMK m. 24 kişinin özel ve gizli hayatını korumaya yöneliktir ve bu alanlara yönelik her türlü hukuka aykırı müdahale kişilik hakkına saldırı niteliğinde kabul edilir⁴⁴⁴.

Özel hayatın gizliliği her ne kadar çocuk-yetişkin ayrımı yapılmadan Anayasamızda koruma altına alınmış olsa da Türk toplumunun geleneksel yapısı içerisinde, çocuğun özel hayatının gizliliğine yeterli saygı gösterilmemektedir⁴⁴⁵. Doğumdan itibaren toplumla iç içe yaşayan çocuklar, kreş ve okul dönemiyle birlikte sosyal yaşamın bir parçası haline gelir. Çocuğun kendisinin, ailesinin, yakınlarının, devam ettiği okulun yönetiminin sosyal medyada fotoğraflarını paylaşması, çocuğun özel alanına saygı duyulması gerekliliği ne beraberinde getirmektedir⁴⁴⁶. Bu hususta çocuğun özel alanının korunmasını isteme hakkı temel bir kişilik hakkıdır ve korunması gerekmektedir⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ **HELVACI**, Gerçek kişiler, s. 118; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 138; **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, s. 133; **ANTALTA/TOPUZ**, s. 193.

⁴⁴¹ **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 119; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 135.

⁴⁴² **ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.467; **HELVACI**, Koruyucu Davalar, s. 62.

⁴⁴³ **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 136; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 119; **BELLİCAN**, Cüneyt, “Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 1, İstanbul, 2010, s. 543.

⁴⁴⁴ **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 120.

⁴⁴⁵ **AKYÜZ**, s. 353.

⁴⁴⁶ **ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, s. 146.

⁴⁴⁷ “..Diğer taraftan davacı küçük İ.C. 'nin kan hastası olduğu kendisi ve ailesinin istek ve iradesi dışında açıklanmış ve böylece özel hayatına müdahale edilmiştir. Çocuğun hastalığının çevresinde duyulmasını istememesi olağan karşılanması gereken makul bir tercihtir. Buna rağmen bunun açıklanmış olması sosyal yaşantısını ve çevresindeki insanların ona bakış açısını olumsuz biçimde etkileyebileceğinden kişilik haklarının zarar gördüğü kabul edilmelidir.” Y. 4. HD. 20.09.2001 T. 2001/3958 E., 2001/8220 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

Çocuğun sahip olduğu özel ve gizli alanına yapılan her türlü müdahale hukuka aykırı niteliktedir. Çocuğun yazışmalarının okunması, gizlice fotoğrafının çekilmesi, günlüğünün okunması özel alana yönelik müdahalelerdir. Ayrıca çocuk mahremiyet hakkına da sahip olup, yaşı ilerledikçe özel alanının gizli kalması yönündeki isteği de artacaktır⁴⁴⁸. Bu doğrultuda özellikle çocuğu koruma gerekçesiyle anne babanın çocuğun özel hayatına müdahale etmesi ile çocuğun özel hayatına saygı duyulmasını isteme hakkı arasında bir dengenin sağlanması gereklidir. ÇHS m. 16'da özel yaşama yönelik keyfi müdahalelere karşı çocuğun korunması hakkını öngörmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, çocuğun bağımsız kişiliğini zedelemekten özel yaşamının anne babası tarafından velayet hakkı kapsamında denetlenmesi, kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmeyecektir. Buna göre ebeveynler bu yetkilerini çocuğun yaşına, gelişim durumuna, çocuğa yönlendirme yapma hakkına ve ÇHS'nin temel ilkelerine uygun bir şekilde kullanmak durumundadırlar⁴⁴⁹. Ebeveynler tarafından çocuğun özel hayatına sadece hukuka uygunluk sebepleri, ölçülülük ilkesi ve çocuğun yararı söz konusu olduğunda müdahale edilebileceği yönünde görüş de vardır⁴⁵⁰. Gelişen teknoloji ile birlikte internet kullanımının çocuk üzerindeki olumsuz etkilerini önlemek adına da ebeveynlerin denetleyici tutumları zaruri bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ebeveynlerin çocuğun güvenliğini sağlama yönündeki bu haklı kaygıları, çocuğun özel hayatına izinsizce girme hakkını verdiği anlayışın yerleşmesine de neden olmaktadır⁴⁵¹.

Çocuğun özel yaşamına saygı konusunda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'ne Belçika'nın sunmuş olduğu çocuğun yetişkinlerle aynı düzeyde korunmaya sahip olduğu yönündeki rapor dikkat çekicidir. Rapora göre; *“özel yaşam ve haberleşme özgürlüğü açısından herkes için aynı ilke geçerlidir: Kimse kendisine yönelik olmayan yazışmaları ve iletileri ele geçirip okuma hakkına sahip değildir. Bununla birlikte kimi anne-babalar ve yargıçlar, ana- babaların çocuklarını büyütüp yetiştirme yetkilerinin, çocuğun haberleşmelerine sansür uygulama yetkisini de içerdiği görüşündedir. Kimi ana- babalar bu hakkı, çocuklarının yazışma ve haberleşmeleriyle kişisel ilişkilerini*

⁴⁴⁸ İMAMOĞLU, Hülya, Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, AÜHFD, Cilt. 54, Sayı: 2, 2005, s. 209. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628390> E.T. 15.03.2022

⁴⁴⁹ AKYÜZ, s. 354.

⁴⁵⁰ USTA, Velayet, s. 138.

⁴⁵¹ REYHANİ YÜKSEL, s. 176.

denetleme gerekçesi saymaktadırlar. Ancak, ana-babaların bu amaçla belirli ve meşru araçları kullanmaları gerekir. Ayrıca, çocuk kendi başına takdir hakkını kullanacak olgunluğa eriştiğinde, ana-babalar çocuğun bu tür müdahalelerden bağışık olma hakkını kabul etmek zorundadırlar.” denilmektedir⁴⁵². Finlandiya’nın konuyla ilgili hazırlamış olduğu raporda ise anne babaların, çocukların özel yaşamlarını denetleyici müdahalelerin çok fazla gündeme gelmediğini, ancak Finlandiya’daki eğitim sistemi kapsamında, çocukların başkalarının bilgisi dahilinde olmayan özel danışmanlık alma hakkına yasal olarak sahip oldukları belirtilmiştir⁴⁵³.

Konuyla ilgili tartışma, çocuğun özel yaşamının denetlenmesinin, anne ve babanın yapıcı yöndeki etki ve yetkisinin sınırlandırılması ile bu durumun doğrudan çocuğun özel yaşamına müdahale anlamına geldiği noktasında toplanmaktadır. Yeterli olgunluk derecesine ulaşmamış, yaşı küçük olan çocuk bakımından ebeveynlerin kontrolü zaruri görülebilir. Ancak çocuğun yaşı ilerledikçe, bununla orantılı olarak çocuğun gizli ve özel alanı da genişleyecektir⁴⁵⁴. Anne ve babaların çocuğun özel yaşamına saygı göstermesi, her türlü haberleşmesini kontrol altında tutmaya çalışmamaları, haklı sebeplerle bazı denetlemelerin yapılması gerekiyorsa çocuğun rızasını almak suretiyle yapmaları gerekmektedir⁴⁵⁵. Çocuk üzerinde sürekli olarak bir denetim mekanizması kurmak ve böylece çocuğu olası olumsuzluklardan korumayı amaçlamak velayetin asıl işleviyle de bağdaşmamaktadır. Velayet kapsamında anne babalar, çocuklarını yetiştirirken hem onların bağımsız kişiliklerini kazanmaları konusunda hem de gelişimlerine uygun doğru kararlar alabilen bireyler olarak çocuklarını eğitmekle de yükümlüdürler. Bu nedenle çocuğun korunması amacıyla ya da çocuğun yararı gerekçesiyle özel hayatına müdahale, temel bir kişilik hakkı olarak anayasal hakkının ihlal edilmesi anlamına gelecektir.

3. Çocuğun Onur ve Saygınlığı

⁴⁵² HODGKIN/NEWELL, s. 204.

⁴⁵³ HODGKIN/NEWELL, s. 199.

⁴⁵⁴ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 150.

⁴⁵⁵ REYHANİ YÜKSEL, s. 177.

Onur ve saygınlık kişinin yaşadığı toplum içerisinde sonradan kazandığı itibar olup, insan olmanın gereği sahip olunan kişilik hakkı değerlerinden biridir⁴⁵⁶. Her insan gibi çocuk da yaşadığı toplum içerisinde onur ve saygınlık sahibidir. ÇHS m. 16'da çocuğun onur ve saygınlığına yönelik saldırıda bulunulamayacağını düzenlemiştir.

Çocuğun onur ve saygınlığı, özel hayatıyla da yakından ilişkilidir. Onur ve saygınlığına yönelik bir saldırı, aynı zamanda özel alanına yönelik bir saldırı olarak da değerlendirilebilir. Çocukluk döneminde çocuğa ait paylaşımların, çocuk büyüdüğünde onur ve saygınlığını zedeleyecek nitelikte olmaması önemlidir. Bu konuda çocuğun onur ve itibarının ana babası tarafından ihlal edilmesi durumunda, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılarak velayete ilişkin önlemler alınması söz konusu olacaktır⁴⁵⁷.

Çocuğun anne babasının yanı sıra, çocuğun bakımını üstlenen kişiler ile eğitimi ile ilgilenen kişiler de çocuğun onur ve saygınlığına uygun davranmakla yükümlüdürler. Çocuğa ait çocuğun itibarını zedeleyecek nitelikteki paylaşımların sosyal medya aracılığıyla yapılması, hem çocuğun onur ve saygınlığının ihlali hem de özel hayatının ihlali sebeptir. Bu konuda anne baba çocuğun onur ve saygınlığını zedeleyecek türde paylaşım yapamayacaktır. Çocuk ayırt etme gücüne sahipse, anne babanın paylaşım yapabilmesi için, çocuğun rıza göstermesi gereklidir. Rıza olsa dahi yapılan paylaşımın niteliğine göre anne baba yönünden velayeti koruyucu hükümlerin uygulanması gündeme gelebilir⁴⁵⁸.

4. Çocuğun Resim ve Sesi

Kişinin resim ve sesi kendisine ait özellikleri belirten simgeler olup, resim ve ses üzerindeki hak kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerdir⁴⁵⁹. Kişinin dış görünümünün kendisini tanıttırıcı şekilde kopya edilmesi, fotoğrafının çekilmesi, kamera veya benzeri bir cihazla görüntüsünün ve/veya sesinin kaydedilmesi, kalem veya fırça ile resminin

⁴⁵⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 167; ÖZSUNAY, s. 16; SERDAR, İlknur, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 33.

⁴⁵⁷ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 144.

⁴⁵⁸ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 145.

⁴⁵⁹ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 130; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 175; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.137; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 461; DURAL/ÖĞÜZ, s. 132.

yapılması veya kişinin karikatürü resim ve ses kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁶⁰. Kişinin belirgin şekilde dış yaşama yansıtan heykel gibi görüntülerin de resim kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁴⁶¹.

Kişinin resminin veya sesinin izinsiz kullanılması kişilik hakkı ihlaline neden olur. Kişinin resminin izinsiz kullanılması hak ihlali için yeterlidir, ayrıca resmin onur ve saygınlığı da ihlal edici nitelikte olması aranmaz⁴⁶². Resmin rıza dışında ticari, siyasi ya da reklam amacıyla kullanılması da kişilik hakkının ihlalidir. Resmin ya da sesin kullanılmasına kişinin rızası olsa da verilen rızanın kapsamının aşılması şeklinde kullanılması durumunda yine kişilik hakkının ihlaline neden olacaktır⁴⁶³. Kişinin rızasıyla çektiği fotoğrafın, rızası dışında reklam amaçlı kullanılması buna örnektir. Kişinin ayrıntı olarak yer aldığı fotoğraflarda ise hukuka aykırılık söz konusu olmaz⁴⁶⁴.

Çocuğun kendi resmi ve sesi üzerinde kişilik hakkı vardır ve rıza olmadan yayınlanan resim ya da ses çocuğun kişilik hakkının ihlaline neden olur. Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse, çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde rızayı yasal temsilcisi; çocuk ayırt etme gücüne sahipse rızayı bizzat kendisinin vermesi gerekecektir⁴⁶⁵.

Çocuğun resminin ya da sesinin de bulunduğu görüntüsünün izinsiz olarak reklam ya da ticari amaçlı kullanılması da kişilik hakkının ihlalidir. Konuyla ilgili reklam sözleşmesini ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk yerine yasal temsilci yapacaktır.

⁴⁶⁰ KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s. 309; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 72; ÖZSUNAY, s. 148; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 194; BELLİCAN, s. 545; ANTALYA/TOPUZ, s. 194.

⁴⁶¹ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 131.

⁴⁶² DURAL/ÖĞÜZ, s. 142; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 461.

⁴⁶³ DURAL/ÖĞÜZ, s. 143.

⁴⁶⁴ “..o halde, kişinin resminin her ne şekilde olursa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça, hukuka aykırıdır. Çünkü, resmin izinsiz yayınlanması emredici nitelikte bir kuralla yasaklanmıştır. Burada tartışılması gereken sorun, davacılar a ait görüntünün resim içinde “ayrıntı niteliğinde” olup olmamasının sonuca etkisidir. Bir kişinin bir rastlantı sonucu, ayrıntı olarak içinde bulunduğu bir fotoğrafın bir sergide veya sanatla ilgili yayınlarda umuma arz edilmesi halinde iznin alınmadığının öne sürülmesi “hakkın kötüye kullanılması” olarak nitelendirilebilir (MK. m. 2/2). Ancak kişinin dış görünüşünün ayrıntı olarak da olsa içinde bulunduğu fotoğrafın “ticari amaçlarla, reklam yoluyla kamuya sunulmasında iznin alınmaması hukuka aykırılığı oluşturmamalıdır; iznin alınmadığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Çünkü bu nitelikteki bir olayda ‘kişinin korunmaya değer bir çıkarı olmadığını’ söylemek olanağı yoktur.” YHGK E. 1990/4-275, K. 1990/459, T. 03.10.1990. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁴⁶⁵ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 157.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk reklam sözleşmesi yaparsa, çocuğun yararının korunması bakımından yasal temsilcinin rızasının da arandığı yönünde görüş vardır⁴⁶⁶.

Sosyal medya üzerinden de çocukların resim ve videoları paylaşılmaktadır. Rıza alınmadan yapılan bu paylaşımlar çocuğun kişilik hakkının ihlalidir. Ancak çocuğa yönelik sosyal medya paylaşımlarının çoğunlukla anne babalar tarafından yapıldığı görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmada, iki yaşındaki çocukların %92'sinin dijital ortamda mevcudiyetleri söz konusu ve bunların üçte biri doğduklarından itibaren sosyal medya hesabına sahip durumdadırlar⁴⁶⁷. Sosyal medya üzerinden çocukla ilgili yapılan paylaşımlarla çocuğun özel alanı, resmi ve sesi açığa çıkarılmaktadır. Yapılan paylaşımlar dijital bellekten silinmemekle birlikte çok sayıdaki kişinin de sanal ortamda beğeni, yorum ve değerlendirmesine maruz kalmaktadır. Böylece çocuklar ebeveynleri aracılığıyla sosyal medyada yer edinerek, uzun zaman sonra da karşılaşabilecekleri dijital ayak izi sahibi olmaktadır⁴⁶⁸.

Anne babaların çocuklarının resimlerini ve görüntülerini sosyal medya üzerinden çocuğun kişilik hakkını ihlal edecek şekilde paylaşmasında bir hukuka uygunluk sebebi olarak özel yararın bulunduğu söylenemeyecektir. Aynı şekilde velayet gerekçe gösterilerek kanunun verdiği yetkinin kullanılması da hukuka uygunluk sebebi olarak dinlenmeyecektir çünkü velayetin anne ve babaya verdiği yetki çocuğun yararıyla sınırlandırılmıştır⁴⁶⁹.

Konuyla ilgili tartışma çocuğun özel hayatını da ilgilendiren resim ve görüntülerinin anne babası tarafından sosyal medya üzerinden paylaşılmasının hukuka

⁴⁶⁶ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 158.

⁴⁶⁷ Sosyal medya platformu facebookta çocuklarla ilgili gönderilerin %45.2'si çocuğun adını belirtmekte, %6.2'si çocuğun doğum tarihini belirtmektedir. Instagram'da ise ebeveynlerin %63'ü en az bir fotoğrafta çocuklarının adına, %27'si doğum tarihine ve %19'u ise her iki bilgiyi de paylaşmaktadır. Bir çok bebeğin ebeveynlerinin gebelik dönemi paylaşımları nedeniyle doğum öncesi sosyal medya üzerinde dijital varlıkları söz konusu olduğu hakkında bkz: **STEINBERG**, Stacey B., "Sharenting: Children's Privacy In The Age Of Social Media", Emory Law Journal, Vol.66, 2017, s. 849, <https://970e22ceb1309b85a3bb416ee262012c4031f684-ebshost.vetisonline.com> E.T. 17.03.2022

⁴⁶⁸ **MINKUS**, Theila/**LIU**, Kelvin/**ROSS**, Keith W., "Children seen but not heard: When parents compromise children's online privacy", International World Wide Web Conference, Florance, Italy, 2015, s.776, <http://www.2015.thewebconf.org/documents/proceedings/proceedings/p776.pdf> E.T. 18.03.2022; **STEINBERG**, s. 854.

⁴⁶⁹ **GÜLTEKİN**, Esra, "Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü", Çocuk ve Medeniyet Dergisi, S.1, 2018, s. 125, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1335732> E.T. 12.03.2022

uygun kılması yönünde çocuğun vereceği rıza kapsamındadır. Buradaki rızanın çocuğun özgür ve bilinçli bir şekilde, anne babası tarafından öncesinde gerekli bilgilendirme yapıldıktan sonra TMK m. 23 anlamında uygun olarak verilen rıza olmalıdır⁴⁷⁰.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk yönünden geçerli bir rıza açıklaması mümkün olmadığından yasal temsilcinin rızası gündeme gelecektir⁴⁷¹. Ancak şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasında rızanın yasal temsilci tarafından verilemeyeceği, çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde rızanın söz konusu olabileceği unutulmamalıdır. Ayrıca temsil yasağının olmadığı düşüncesinde bile müdahaleyi yapan anne baba ile rıza gösterecek olan yasal temsilcinin aynı kişi olması durumu söz konusu olacaktır⁴⁷². Bununla birlikte çocuğun resim ve görüntülerinin anne ve/veya babası tarafından sosyal medyada paylaşılmasının çocuğun menfaatine uygun olan hiçbir yönü de bulunmamaktadır⁴⁷³. Velayet, anne babaya bu yönde bir yetki de tanımamaktadır⁴⁷⁴. Her hangi bir hukuka uygunluk sebebine dayanmak mümkün olmadığından yapılan paylaşımların çocuğun kişilik hakkını ihlal ettiği açıktır.

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk yönünden ise rıza hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir. Ancak teknolojiye hızlı ilerleme yapılan işlemin etki ve sonuçlarını tahlil etme anlamında zorluk yaratabilir. Ayrıca çocuğun ruh sağlığının olumsuz yönde etkilendiğine ve ebeveynler tarafından yapılan paylaşımlarla çocukla ilgili birçok kişisel bilgiye kötü amaçlı kişilerin rahatlıkla ulaşabildiği yapılan

⁴⁷⁰ **HELVACI**, Koruyucu Davalar, s. 103; **ZİYAN**, s. 151.

⁴⁷¹ “..Davacı küçükler için fotoğraflar, davalı Şebnem H.’un hazırladığı köşede dava dışı firmanın bastığı ve ticari amacı olan dergide kullanılmıştır. Başka bir kişiye ait resmi veya fotoğrafı kullanma yetkisi sadece o kişinin iznine bağlıdır. Velayet hakkı davacı anneye ait olan küçükler hakkında davacı anneden böyle bir izin alınmamıştır. Ayrıca, küçüklerin yaşları itibarıyla bu konudaki istek ve rızaları davalıların eylemlerini haklı kılmayacak ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Küçüklerin fotoğraflarının izin alınmaksızın ticari amaçla çıkarılan bir dergide yayınlandığı gözetildiğinde B.K’nun 49. maddedeki şartların gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir. Ancak çocukların fotoğraflarının dergide yayınlanması yönünden yayın içeriği, fotoğrafların kullanım şekli, derginin niteliği gözetildiğinde davacı annenin kişilik haklarına saldırı sayılacak bir yön bulunmamaktadır. O halde, mahkemeye fotoğrafın ticari amaçla yayınlandığı gözetilmeden ve yalnızca fotoğraflarının çekiliş biçimleri değerlendirilerek karar verilmesi doğru değildir. İzinsiz fotoğrafları dergide kullanılan küçükler yararına uygun bir miktar manevi tazminata karar verilmesi gerekeğinden kararın bozulması gerekmiştir.” Y. 4. HD. E. 2008/6920, K. 2009/3478, T. 10.3.2009 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁴⁷² **AKDİ**, Murat, “Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, ss. 119- 140, 2016, s. 127; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 208; **HELVACI/ERLÜLE**, s. 98, **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, s. 148.

⁴⁷³ **ZİYAN**, s. 152; **GÜLTEKİN**, s. 126.

⁴⁷⁴ **ÖZEN**, Kişilik Hakkı, s. 40.

araştırmalarla ortaya konmuştur⁴⁷⁵. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olsun veya olmasın, ebeveynleri tarafından yapılan paylaşımların çocuğun yararı ilkesiyle yarışacak tek husus, çocuğun özel alanına ait resim veya görüntüsünün paylaşılmasında üstün nitelikli özel yarar veya üstün nitelikli kamu yararının bulunması olacaktır⁴⁷⁶. Örneğin, yapılan paylaşım, kitlesel bir salgın çocuk hastalığının önüne geçilebiliyorsa üstün kamusal yararın varlığından söz edilebilir⁴⁷⁷. Ancak böyle bir ihtimalde dahi çocuğun kişilik hakkı ihlali karşısında üstün özel ya da kamusal yararın sınırlandırılmasında, çocuğun yararı daha üstün ve öncelikli tutulması gerekmektedir⁴⁷⁸.

5. Çocuğun Adı

Kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel bir değer olan ad, kişiyi diğer bireylerden ayıran ve kimliğini belirleyen bir kavramdır⁴⁷⁹. Taşınması zorunlu olan adlar ön ad ve soyadından oluşur⁴⁸⁰. Ön ad kişiyi başkalarından ayırt etmeye yararken, soyadı kişinin ailesiyle olan soybağını belirlemeye yöneliktir. Adın kişilik hakkı olarak korunması, TMK m. 24-25 düzenlemelerinin yanı sıra ad konusunda özel hüküm niteliğinde olan m. 26⁴⁸¹ düzenlemesi ile de mümkündür. TMK m. 321’de düzenlenen ve doğuma bağlı olarak kazanılan soyadı da, kuşaklar boyunca devam eden kişilik hakkı kapsamında korunan bir değerdir⁴⁸².

Çocuk için de ad, şahsa sıkı sıkıya bağlı mutlak bir kişilik hakkıdır⁴⁸³. Çocuğun adı, ÇHS m. 7’de de her çocuğun doğumdan itibaren isim hakkına sahip olduğuna dair düzenlemeyle koruma altına alınmıştır. Çocuğun adını TMK m. 339/f. 5 gereğince

⁴⁷⁵ STEINBERG, s. 848-849; MINKUS/LIU/ROSS, s. 778- 780.

⁴⁷⁶ KARA KILIÇARSLAN, s. 40.

⁴⁷⁷ DEDE, Kişi Varlığı Zararları, s. 90.

⁴⁷⁸ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 201- 202.

⁴⁷⁹ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 132- 133; KILIÇOĞLU, s. 451; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 565. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/626977> E.T. 15.03.2022

⁴⁸⁰ ÖZDEMİR, “Ad üzerindeki hak ve korunması”, s. 566.

⁴⁸¹ “TMK m. 26: Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespiti dava edebilir.

Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir.” (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁴⁸² ÖZEN, Burak, Makaleler- Tebliğler (2001-2020), “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, MÜHF- HAD, C. 16, S. 3- 4, ss. 171- 194, 2010, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 271.

⁴⁸³ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 162.

velayet sahibi anne babası belirleyecektir. Velayet anne ya da babadan birine aitse velayete sahip olan ebeveyn tarafından çocuğun adı konulacaktır. Babasıyla arasında soybağı kurulmamış çocuğun adını ise anne koyacaktır. Çocuk velayet değil vesayet altında ise çocuğun adını koyacak olan kişi vasisidir. Çocuğa ad konulurken, çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyecek adın konulmaması gerekir.

Çocuğun adının değiştirilmesinde çocuğun yararı temel kıstas olarak kabul edilecektir. TMK m. 27/f. 1'e göre adın değiştirilmesi dava yoluyla mümkündür. Bu düzenlemeye göre adın değiştirilmesi için haklı bir nedenin varlığı aranır. Madde düzenlemesinde haklı nedenlerin neler olabileceği sayılmamıştır. Her somut olayın özelliğine göre haklı nedenin olup olmadığını hakim takdir edecektir⁴⁸⁴. Adın değiştirilmesinde haklı sebepler; kişinin başka adla tanınıyor olması⁴⁸⁵, kötü ya da olumsuz bir durumu çağrıştırıyor olması, kişiyi küçük düşürücü olması, kişinin dinini ya da uyruğunu değiştirmiş olması gibi sebepler olabilir⁴⁸⁶. Adın değiştirilmesini isteme hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Çocuğun, kendi isteği ve iradesi dışında kendisine dayatılmış adını, haklı bir sebebin varlığı halinde TMK m. 27 doğrultusunda değiştirme imkanı vardır⁴⁸⁷.

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan adın değiştirilmesini talep etme hakkını, TMK m. 16'ya göre tek başına kullanacaktır⁴⁸⁸. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk yönünden ise zorunluluk olan durumlarda yasal

⁴⁸⁴ KILIÇOĞLU, s. 453; USTA, Velayet, s. 112; BAŞOĞLU, Başak, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2017, s. 361, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/323797> E.T. 15.03.2022

⁴⁸⁵ "Adın ve soyadın düzeltilmesi haklı nedenlere dayanılarak hakimden istenebilir. Aynı konuya dair olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Davacı daha önce Asliye hukuk mahkemesinde dava açmış olup, dava reddedilmiştir. Davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü hususlar, dosyada toplanan kanıtlar, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin dosyasında ve eldeki davada dinlenen tanıkların anlatımları dikkate alındığında, davacının belirtilen ad ile tanındığı anlaşıldığından, bu husus haklı neden sayılarak davanın kabulüne hükmedilmesi gerekir." Y. 8. HD. E. 2017/6311, K. 2017/16881, T. 14.12.2017. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁴⁸⁶ GENÇCAN, s. 332- 334.

⁴⁸⁷ SEROZAN, s. 107; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 163.

⁴⁸⁸ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 187; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 122; SEROZAN, s. 107; Aksi görüşte, ÖZSUNAY, s. 201; sınırlı ehliyetsizin adının değiştirilmesi talebinde ayrıca yasal temsilcinin de rızasının aranması gerektiği yönünde bkz. ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 176; adın değiştirilmesi talebi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da yasal temsilcinin işleme katılması çocuğun menfaatine daha uygun olacağı yönünde bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 170; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 430.

temsilci talepte bulunabilir⁴⁸⁹. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olsun ya da olmasın, görüşlerini açıklayabilen ve kendini ifade edebilen çocuğun, adının değiştirilmesi konusunda görüşünün alınması katılım hakkının da bir gereğidir. İsviçre’de adın değiştirilmesinde, 12 yaşını dolduran çocuğun rızası gerekmektedir⁴⁹⁰.

TMK m. 314/f. 3’te ise evlat edinenin, evlat edindiği küçüğün adını değiştirebileceği yönünde düzenleme vardır. Düzenlemede evlat edinilen çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre bir ayırım da yapılmamıştır. Oysa ki, evlat edinenin ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun adını tek başına değiştirmesi düşünülemeyecektir. Çünkü ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun adın değiştirilmesinde görüşünün alınması çocuğun katılım hakkının da bir gereğidir. Ancak madde hükmü ile ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun görüşü ve rızası göz ardı edilerek, evlat edinenin çocuğun adının değiştirilmesinde tek yetkili olarak belirlendiği görülmektedir. Bu hususta ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun evlat edinme de rızasının arandığı gibi, adının değiştirilmesi konusunda da rızasının aranması gerektiği görüşüne biz de katılıyoruz⁴⁹¹. Ayrıca ayırt etme gücüne sahip olan çocukların evlat edinmede adının değiştirilmesinde rızasının alınması ve hakim kararı ile bu değişikliğin yapılması hem çocuğun yararının hem de kişiliğinin korunmasının gereğidir⁴⁹².

Çocuğun soyadı ise TMK m. 321’e göre anne baba evli ise çocuk ailenin soyadını alır şeklinde emredici olarak düzenlenmiştir⁴⁹³. Evlilik devam ederken ana rahmine düşen çocuk, doğduğunda anne babası evli olamaması durumunda boşanma ile sona eren evlilikteki ailenin soyadını alır (TMK m. 285/f. 2, m. 321)⁴⁹⁴. TMK m. 321’de düzenlenen çocuğun anne babası evli değilse çocuğun annenin soyadını alacağını öngören ibare

⁴⁸⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 122.

⁴⁹⁰ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 164.

⁴⁹¹ HERDEM, Belen, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerince Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle), Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 72.

⁴⁹² ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 165.

⁴⁹³ BAYGIN, Cem, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, AÜEHFD, C. VI, S. 1- 4, 2002, s. 278 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1885975> E.T. 15.03.2022; ABİK, Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 139; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Soyadı ve İlgili İsviçre Medeni Kanunu’nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan II. Cilt, C. 22, S. 3, 2016, s. 2029, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372909> E.T. 15.03.2022; ÖZEN, Soyadı, s. 274.

⁴⁹⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s. 173; ÖZEN, Soyadı, s. 274.

02.07.2009 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir⁴⁹⁵. Bu kararla çocuk evlilik içinde doğsun ya da doğmasın, babasıyla soybağı ilişkisi kuruluyorsa babanın soyadını alacaktır⁴⁹⁶. Baba ile soybağı ilişkisi kurulmayan evlilik dışı doğan çocuk annesinin soyadını alacaktır. Burada baba ile soybağı ilişkisi tanıma ya da babalık hükmü ile kurulacaktır⁴⁹⁷. TMK m.321 son fıkrasına göre ise anne hem bekarlık hem de önceki evliliğinden olan soyadını taşıyorsa çocuk annesinin bekarlık soyadını taşıyacaktır.

Boşanma sonrası kadın evlilik öncesi soyadını kullanacaktır. Velayetin anneye verildiği durumlarda anne ile çocuğun soyadının farklılığı meydana gelmektedir. Burada ayrıca, velayet kendisine verilmeyen babanın soyadını çocuğuna verebildiği ancak velayet sahibi annenin soyadını çocuğuna veremediği durumu söz konusudur. Bu yönde 2525 Sayılı Soyadı Kanunu m. 4/f. 2’de “evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadını alır” şeklindeki düzenleme 08.12.2011 tarihli kararı ile iptal edilmiştir⁴⁹⁸. 2015 yılında, velayeti kendisine

⁴⁹⁵ “...Anayasa Mahkemesinin benzeri konularda daha önce verilmiş olan kararlarında vurgulandığı üzere, çocuk evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde bütün çocukların evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal korumadan yararlanması gerektiği açıklanmıştır. Keza, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde yasama, yürütme ve yargı organlarının gerçekleştirilecek bütün faaliyetlerde “çocuğun yararı”nın esas alınması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Anayasanın 41. maddesinin gerekçesinde de, ailenin yanı sıra evlilik dışında doğan çocukların da korunması devlete bir ödev olarak yüklenmiştir. Bu nedenle, tanıma işleminin varlığı veya babalık hükmü verilmiş olması durumunda evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmanın çocukların hukuksal statüsünde bir farklılığa yol açması kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle, tanıma işleminin varlığına veya babalık hükmü verilmiş olmasına rağmen çocuğun babasının soyadını alabilmesini engelleyen itiraz konusu “... evli değilse ananın...” ibaresi, Anayasanın 10., 11. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.” AYM, 2.7.2009 T., 2005/114 E. ve 2009/105 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁴⁹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra anne babanın evli olmaması hali için TMK’da açık bir düzenleme bulunmadığı yönünde bkz: **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 2029- 2030; **GÜLER**, Zeynep, Türk Hukuku’nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 183; **ÖZEN**, s. 280.

⁴⁹⁷ **BAYGIN**, Soybağı Hukuku, s. 102; Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra TMK’da yeni bir düzenleme yapılmadığı için kanun boşluğu olduğu, babaya soybağı ilişkisiyle bağlanamayan evlilik dışı doğan çocuğun soyadsız kalacağı yönünde bkz: **KILIÇOĞLU**, s. 449.

⁴⁹⁸ “Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Ayrıca eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayırımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, sadece cinsiyete dayalı ayırımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar. Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle

birakılan annenin soyadını çocuğuna verme talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu bireysel başvuru kararı vardır⁴⁹⁹. Bu kararda mahkeme sadece TMK m. 321 üzerinden bir değerlendirme yapılmaması gerektiği, madde düzenlemesinin boşanma halinde çocuğun soyadına ilişkin açık bir düzenleme getirmediğinden konuyla ilgili bir boşluk olduğu belirtilmiştir. Velayetin anneye bırakıldığı durumda çocuğun soyadının annenin soyadı olması konusunda velayetin kullanılması gerekliliği veya ayrımcılıkla ilgili bir sorundan ziyade çocuğun üstün yararını gerektiren haklı bir nedenin varlığına dayanmaktadır⁵⁰⁰. Bu nedenle hakim kanundaki boşluğu doldururken her somut olayın özelinde çocuğun üstün yararına göre hareket edecektir. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun soyadı değişikliğinde, katılım hakkının kullandırılması, görüşüne başvurulması ve rızasının alınması da ayrıca gereklidir. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk soyadının değiştirilmesini kendisi talep edebilir. Ayırt etme gücü olmayan çocuk için ise bu talep

itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir." AYM, T. 08.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁴⁹⁹ "Başvuru konusu olayda başvurusunun, velayeti kendisine verilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin, ilk derece mahkemesinin 16/4/2012 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı kapsamında 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadını alif şeklindeki ibarenin iptal edildiği ve iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmış olduğu, bu nedenle annenin, çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi talebinde haklı neden bulunduğu belirtilerek kabul edildiği, temyiz edilen kararın, 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesi hükmüne göre doğru nesepli çocuğun babanın (ailenin) soyadını taşıyacağı, boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olmasının soyadında herhangi bir değişikliğe neden olamayacağı, babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı, usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe çocuğun soyadının da değişmeyeceği ifade edilerek bozulduğu, bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesince, bozma kararına atfen davanın reddedildiği ve kararın derecattan geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, söz konusu ret kararının hukuki dayanağı olarak 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesine işaret edildiği ve söz konusu Kanun hükmünün, "Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (...) soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır." düzenlemesini içerdiği görülmektedir. 4721 sayılı Kanun veya özel kanunlarda evlilik birliğinin sona ermesini müteakip çocuğun soyadının tespiti ve düzenlenmesi hususunda özel bir düzenlemenin yer almadığı, evliliğin feshi veya boşanma hâlinde çocuğun soyadının belirlenmesine ilişkin münhasır bir düzenleme ilk defa soyadı iktisabı bağlamında 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer almakla birlikte, bu hükmün Anayasa Mahkemesinin ilgili yargısal süreçten önce yürürlüğe giren 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesinde genel olarak, belirli koşullarla ad ve soyadının değiştirilmesi hususunda talepte bulunma imkânının tanındığı ve adın değiştirilmesi hususundaki taleplerin haklı nedenlere dayanarak ileri sürülebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargısal kararların verildiği dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağı olarak gösterilen Kanun hükmünün, başvurusunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında, belirlilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır. Müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı sonucuna ulaşılmakla, söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, başvurusunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." AYM, T. 25/6/2015, Başvuru No: 2013/3434. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁵⁰⁰ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 171.

nisbi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle yasal temsil yoluyla istenebilir. Ancak bu yönde bir davada anne baba arasında çıkar çatışması söz konusu olacağından, anne babanın yasal temsilci sıfatıyla hareket etmemesi, çocuğa kayyım atanması gerekecektir⁵⁰¹.

Çocuğun soyadı soybağının hükümlerinden olup, doğrudan velayetle ilgili olmadığından, sadece velayet çocuğun soyadında değişiklik yapılmasını gerektiren bir neden olarak kabul edilmeyecektir⁵⁰². Anayasa Mahkemesi'nin çocuğun soyadına yönelik kararlarından sonra Yargıtay da boşanma sonrası velayeti kendisine verilen annenin soyadını çocuğuna vermesi yönündeki talepleri, somut olayda çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde kabul edilebileceğine dair kararlar vermiştir⁵⁰³.

6. Çocuğun Kişisel Verileri

Kişisel veriler de kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel değerlerden biridir. 6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK) m. 3/1- d'de kişisel verinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, kimliği belirli ya da belirlenebilir olan gelecek kişiye ait her türlü

⁵⁰¹ ÖZEN, Soyadı, s. 296- 297.

⁵⁰² ÖĞÜZ, Tufan, "1926'dan Bu Yana Medeni Kanunumuz'un Soybağı Düzenlemeleri", 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C.I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.329; OKTAY ÖZDEMİR, s. 2030. Aynı yönde: "...Çocuğun üstün yararı gereği, velayetin anneye verilmesi halinde, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir." Y. 2. HD. E. 2018/4362, K. 2018/12515, T. 6.11.2018, Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları, Cilt: 2 (Yargıtay-Danıştay), TBB Yayınları, s.225. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/655.pdf>. E.T. 10.03.2022 Aksi yönde: "...Velayet hakkı tevdi edilen annenin çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin velayet hakkı kapsamındaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğu, velayet hakkı kapsamında çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığı, aynı hukuksal konumda olan erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil edeceği, evlilik birliği içinde doğan çocuğun taşıdığı ailenin soyadını, evlilik birliğinin sona ermesi ile kendisine velayet hakkı tevdi edilen annenin kendi soyadı ile değiştirmesini engelleyici yasal bir düzenlemenin bulunmadığı.." Y. 2. HD, E. 2018/1306, K. 2018/4719, T. 09.04.2018. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁵⁰³ "...Somut olayda, velayet hakkına sahip davacı anne, soyadlarının farklı olmasından çocuğun rahatsız olduğunu ve kendisi ile aynı soyadını taşımak istediğini ileri sürmüş olup davacı tanıkları da davalı babanın çocuğuna ilgisiz olduğunu, yaklaşık 3,5 yaşında olan çocuğu bir kere bile görmeye gelmediğini, anneyi tehdit ettiğini, tarafların arasında şantaj nedeniyle davalar bulunduğunu, davalı babanın çocuğu doğduğundan beri görmediği gibi onunla maddi manevi olarak da ilgilenmediğini anlatmışlardır. Çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesi halinde çocuğun üstün yararı bakımından ruhsal gelişiminin olumsuz etkileyeceği ileri sürülmediği gibi, aksine çocuğun soyadının annenin soyadıyla değiştirilmesinde çocuğun üstün yararının bulunduğu anlaşılmaktadır." Y. 2. HD. E. 2017/1097, K. 2018/12772, T. 12.11.2018; Y. 2. HD. E. 2019/6722, K. 2019/10404, T. 21.10.2019 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

bilgi kişisel veri olarak kabul edilir. Kişisel veri, kişiye ait ve o kişiyi diğerlerinden ayırt edebilmeye yarayan veya bunu mümkün kılan her türlü bilgidir⁵⁰⁴. Kanunda kişisel verilerin neler olduğu tek tek sayılmamıştır⁵⁰⁵. Gelişen bilişim teknolojisi gereği kişisel veri olarak kabul edilebilecek verilerin her geçen gün artması, ulusal ve uluslararası mevzuatlarda verilerin sınırlı olarak sayılmasını ve düzenlenmesin imkansız kılmaktadır⁵⁰⁶. Kişisel veriler kişisel değer olarak kabul edildiğinden korunmaları gerekir ve bunun sağlanamaması ya da verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması durumunda kişilik hakkı ihlaline neden olacaktır.

Kişisel verilerin korunması kişinin özel yaşamının gizliliği hakkıyla ilişkilidir⁵⁰⁷. Kişisel verilerin korunmasında temelde yatan hukuki yararın ne olduğu konusunda doktrinde iki tür görüş vardır. Birincisi kişisel verileri, ekonomik temelli yaklaşımla, üzerinde tasarruf edilebilen bir eşya olarak kabul edip, mülkiyet ve fikri mülkiyet hakkının söz konusu olduğu yönündeki görüştür⁵⁰⁸. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise kişisel verileri salt kişilik hakkıyla bağdaştıran, kişi olunması sebebiyle bireyin sahip

⁵⁰⁴ TAŞTAN, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 20- 21; ÇELİKEL, Serdar, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 57; TEPE, Esra, Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 21.

⁵⁰⁵ AB Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 4'de "gerçek kişiye ait olan isim, kimlik numarası, konum verisi, çevrimiçi tanımlayıcı, fiziksel, psikolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğini gösteren bir veya birden fazla faktöre ilişkin veriler" kişisel veri olarak kabul edilmiştir.

⁵⁰⁶ UÇAK, Murat, "Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası", Kişisel Verileri Koruma Dergisi. 3(1), 41-60, 2020, s. 43. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1397697> E.T. 22.03.2022; ÇELİKEL, Kişisel Veriler, s. 57.

⁵⁰⁷ "...Kişisel verilerin korunması insan haklarıyla yakından ilişkilidir. Çünkü kişisel verilerin açıklanması öncelikle özel hayatın gizliliğini ihlal edilebileceği gibi bir takım diğer bağlantılı hakları da zarar görebilir. AİHS'de kişisel verilerle ilgili bir hüküm yoktur. Ancak mahkeme konuyla ilgili kararlarında kişisel veri içeriğini doldurmuştur. Hemen ifade edilmesi gerekir ki kişisel verinin sayısal olarak sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak içtihatlar ve akademik yayınlar dikkate alındığında bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden kişinin kimlik, ekonomik ve dijital bilgileri, tabiiyeti, kanaatleri, ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık bilgileri, fotoğrafları, parmak izi, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verileri olarak kabul edilebilir. Kişisel verilerin korunması, çağımızda, insan hakları kavramı ve korunması bilincinin gittikçe gelişmesine paralel olarak önemini artırmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının temel amacı, bireyin özel yaşamının gizliliğinin güvence altına alınması yoluyla kişiyi korumaktır.." YHGK, E. 2014/56, K. 2015/1679, T. 17.06.2015. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁰⁸ BARTOW, Ann, "Our Date, Ourselves: Privacy, Propertization, and Gender" USFL Rewiew, Vol.34, 1999, s. 687. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/usflr34&div=30&id=&page> E.T. 06.03.2022, KANG, Jerry, "Information Privacy in Cyberspace Transactions" Stanford Law Rewiew, Vol. 50, N. 4, 1998, s. 1246. https://www.jstor.org/stable/1229286?seq=1#metadata_info_tab_contents E.T. 06.03.2022

olduğu temel bir hak olduğu görüşüdür⁵⁰⁹. 6698 Sayılı KVKK m. 1’de de kanunun amacının, kişisel verilerin işlenmesinde kişilerin özel hayatının gizliliği ve temel hak ile özgürlüklerini korumak olarak düzenlendiği, kişisel verilerin hukuki niteliğinin doğrudan kişilik hakkı ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

Çocuğun kişisel verileri de onun kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerinden biridir. Ancak 6698 Sayılı KVKK’da çocuğa ilişkin hükümlerin yer almadığını görmekteyiz. Çocuk da herkes gibi kişisel verilerinin korunmasına yönelik kanun hükümlerinden faydalanacaktır. Uluslararası mevzuatta ise kişisel verilerin düzenlendiği 95/46/EC Sayılı AB Veri Koruma Direktifi 1995 yılında kabul edilmiştir. Direktifte çocukların kişisel verilerinin korunmasına yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Nitekim 6698 Sayılı KVKK da çoğunlukla, 95/46/EC Sayılı Direktiften iktibas edildiğinden çocuklara özel bir düzenleme bulundurmamıştır. 25 Mayıs 2018 tarihinde ise söz konusu direktifi ilga ederek yürürlüğe giren AB Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde (GVKT) ise ilk defa çocuklara ilişkin düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. GVKT’de çocuklara ilişkin düzenlemeler yapılırken, ABD’de 1998’den beri yürürlükte olan Çocukların Çevrimiçi Platformlarda Mahremiyetinin Korunmasına İlişkin Kanun’dan (COPPA)⁵¹⁰ yararlanıldığı bilinmektedir.

GVKT m. 6/1. f gereğince veri sahibinin özellikle çocuk olduğu durumlarda veri işleme faaliyeti ancak çocuğun menfaati doğrultusunda gerekli olduğu durumlarda hukuka uygun kabul edilebilecektir⁵¹¹. Veri işleme faaliyetinde yer alan bir kontrolörün veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlerinin, çocuğun kişisel verilerinin korunmasını gerektiren menfaatine ve temel hak ve özgürlüklerine ağır basması durumunda dahi çocuğun menfaati verinin işlenmesinde hukuka uygunluk bakımından tek geçerli kriter olarak düzenlenmiştir. GVKT m. 8/f. 1’e göre ise veri işleme faaliyetinde çocuklar için 16 yaş sınırı öngörülmüştür. Buna göre 16 yaş ve

⁵⁰⁹ **ARNOLD, Rene/HILLEBRAND, Annette/WALDBURGER, Martin**, Personal Data and Privacy- Final Report, Germany: WIK Consult, 2015, s. 12- 14. https://wik.org/fileadmin/Studien/2015/Personal_Data_and_Privacy.pdf E.T. 06.03.2022; **TEPE**, s. 50.

⁵¹⁰ Kısaca COPPA olarak bilinen kanun, ABD’de internet ortamında çocukların kişisel verilerinin elde edilmesi, kullanılması ve paylaşılması konusunda hukuka aykırı eylem ve işlemleri yasaklamak amacıyla yürürlükte olan bir kanun olduğu yönünde bkz: **UÇAK**, s. 47.

⁵¹¹ <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf> E.T. 22.03.2022

üzerindeki çocuklar bilgi toplumu hizmeti sağlanan veri işleme faaliyetine doğrudan rıza verebileceklerdir. Rıza alınmadan önce çocuğa bilgilendirme yapılırken daha açık, sade ve anlaşılabilir bir dil kullanmak gerekecektir⁵¹². 16 yaş altındaki çocukların veri işlemesine yönelik rızaları yasal temsilci tarafından verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca ilgili tüzük, üye devletlere çocuklarla ilgili yaş sınırını kendi yasal düzenlemelerinde 13 yaşa kadar indirebilecekleri yönünde görüş bildirmiştir⁵¹³. Tüzükte belirtilen 16 yaşın altındaki çocuklar için ise rızayı yasal temsilcileri verirken bu rızayı kullanmadaki yetkilerinin sınırsız olmadığı, GVKT m.6/1.f gereğince çocuğun menfaatinin esas alınacağı anlaşılmaktadır. Günümüzde ebeveynlerin, bebeklikten itibaren çocuklarının kişisel verilerini sosyal medyada paylaştıkları göz önüne alındığında bu yetkinin sınırsız olmasının hak ihlaline neden olacağı açıktır. Tüzük kapsamında, çocuklar kişisel verilere erişim hakkına, düzeltme hakkına ve unutulma hakkına da sahiptirler.

Türk hukukunda çocukların kişisel verileriyle ilgili özel bir düzenleme olmadığı için, kişisel verilerin korumasında genel düzenlemeler esas alınacaktır. TMK m. 24- 25 hükümleri ile m. 346 hükümlerine gidilebilir. Kişisel verilerin özel olarak düzenlendiği KVKK kapsamında ise kişisel verinin şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan çocuklar yönünden ayırt etme gücünün varlığının aranması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetsiz çocuğun bizzat kendisinin rızası alınması gerekirken, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk yönünden nispi şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olmasından dolayı yasal temsilci rıza verecektir. Ancak Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 11.08.2020 tarih ve 2020/622 Sayılı Kararında ayırt etme gücüne sahip olan çocuk ile yasal temsilcisinin iradeleri örtüştüğü takdirde, her ikisinin de hem veri sorumlusuna hem de kurula başvurma konusunda yetkili olduğu yönünde karar verilmiştir⁵¹⁴. Bu durumda çocuk ile yasal temsilcisinin iradelerinin örtüşmediği durumda nasıl bir karar verileceği

⁵¹² DIAZ, Efren Diaz, "The new European Union General Regulation on Data Protection and the legal consequences for institutions", Church, Communication and Culture, Vol. 1, 2016, s. 206-239, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23753234.2016.1240912> E.T. 12.03.2022

⁵¹³ Birleşik Krallık bu sınırı 13 yaşa indirmiştir. İsoçya'da yaş sınırı 12, Avusturya'da ise yaş sınırı 14 olarak belirlenmiştir, <https://ico.org.uk> E.T. 22.03.2022. ABD'de yürürlükte olan Çocukların İnternet Ortamında Mahremiyetinin Korunması Yasası (COPPA)'na göre belirlenen yaş sınırı da 13'dür.

⁵¹⁴ "...Bu kapsamda, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması koşuluyla, ilgili kişi küçük ve velisinin başvuru konusundaki iradelerinin örtüştüğü de dikkate alındığında, gerek veri sorumlusuna yapılan başvuru gerek Kurula intikal eden şikayet bakımından her iki tarafın da hakkı kullanmada yetkili kabul edilebileceği değerlendirildiğinden somut olayda ilgili kişi ve babasının söz konusu şikayet hakkını kullanmada yetkili olduğu kanaatine varılmıştır." Kararın ayrıntısı için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622> E.T. 12.03.2022

bilinmemektedir. Ya da sosyal medyada sıklıkla gördüğümüz, çocuğa ait kişisel veriyi üçüncü kişilerle çocuğun rızası olmadan paylaşan yasal temsilcisinin kendisinin olduğu durumda. Kurul kararının aksine, ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun iradesi, yasal temsilcisinin iradesiyle uyumlu olsun ya da olmasın her şekilde yasal temsilcisinin de rıza konusunda yetkili kılınması çocuğun katılım hakkının ihlali olduğu kanaatindeyiz. Çocuğun kişisel verilerinin bulunduğu paylaşımlar yasal temsilciler tarafından yapılmamalı, ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun görüşü alınmalı, çocuğun iradesi bu yönde değilse paylaşım yapılmış olsa da bunun silinmesi gereklidir. Ancak uygulamada çok fazla sıkıntı yaşandığından çocuğun kişisel verileri ile ilgili özel bir düzenlemenin kanunla yapılması hukuki bir gereklilik halini almıştır.

Çocuğun kişisel verilerinin rızası olmadan paylaşılması aynı zamanda çocuğun unutulma hakkının da ihlalidir. KVKK'da unutulma hakkına dair açık bir düzenleme mevcut olmasa da kişinin bu hakkı kişilik hakkının korunması kapsamında değerlendirilebilir⁵¹⁵. Ebeveynlerin sosyal medya üzerinden çocukların görüntü, fotoğraf ve videolarını paylaşmaları durumunda çocuklara ait çok sayıda kişisel verinin de paylaşıldığı görülmektedir. Örneğin, çocuğun doğum gününe ait bir fotoğrafın paylaşılması durumunda çocuğun doğum tarihine, adına, yaşına ve yaşadığı konuma ait birçok kişisel verinin üçüncü kişilerle paylaşılması durumu söz konusu olmaktadır. Bunun sosyal medya üzerinden yapılması da çocuklara ait bilgilerin dijital hafızadan silinmemesine ve sürekli erişilebilir kılınmasına neden olmaktadır⁵¹⁶. Bu aynı zamanda çocuğun mahremiyetinin ve unutulma hakkının da ihali anlamına gelmektedir⁵¹⁷.

⁵¹⁵ SAĞLAM, İpek, “Unutulma Hakkı”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016, Cilt I, Ankara, 2017, s. 693.

⁵¹⁶ YAVUZ, Can, Sosyal Medya Ebeveynliği ve Çocukların Unutulma Hakkı, İzmir Barosu Dergisi, Ocak, 2020, s. 26. <https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/sosyal-medya-eb20206417136407.pdf> E.T. 12.03.2022

⁵¹⁷ İtalya’da 16 yaşında bir çocuk, ebeveynlerinin boşanma davası sırasında, annesine karşı fotoğraflarını rızası olmadan Facebook’da yayınladığı için dava açtı. Mahkeme, çocuğun fotoğraflarının izinsiz yayınlanmasının çocuğun kişilik hakkının ihlali olduğuna karar verdi ve anneye eylemini durdurmasına, karara uymadığı takdirde oğluna 10.000 Euro tazminat ödemesi gerektiğine hükmetti. <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/facebook-fines-woman-son-photos-post-social-media-court-italy-rome-a8155361.html> E.T. 12.03.2022; 2017 yılında İstanbul Beykoz Aile Mahkemesi’nde görülen bir boşanma davasında, kendisini ‘blogger anne’ olarak nitelendiren annenin çocuklarının fotoğraflarını sürekli olarak sosyal medya üzerinden paylaştığı, çocukların psikolojik olarak olumsuz etkilendikleri gerekçesiyle mahkeme geçici velayetin babaya verilmesine ve annenin de çocuklarının fotoğraflarını paylaşmasına yasak getirdiğine yönelik karar verdi, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/mahkeme-cocuklarini-reklam-malzemesi-yapan-blogger-annenin-iki-cocugunubabaya-verdi,qS8Pj79Zc0SNNhjagnJu8A> E.T. 12.03.2022

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 23.06.2020 tarih ve 2020/481 sayılı unutulma hakkının arama motorları özelinde değerlendirilmesine yönelik kararı bulunmaktadır. Bu kararda kişilerin ad ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramada çıkan sonuçların indeksten çıkarılmasına yönelik değerlendirmede her somut olay üzerinde incelenecek bazı kriterler belirlenmiştir⁵¹⁸. Belirlenen kriterlerden biri de arama sonuçlarının öznesinin çocuk olmasıdır. Buna göre verinin kaldırılmasını talep eden bir çocuk ise bu talebin kabul görme olasılığı çok yüksek olacak ve bu taleplerin değerlendirilmesinde çocuğun üstün yararı göz önüne alınacaktır. Kurul kararından ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun kendisinin arama motorları özelinde unutulma hakkı talebini veri sorumlusuna yapabileceği, red ya da cevap verilmemesi durumunda kurula başvuruda bulunabileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu yönde çocuklara ilişkin özel bir düzenlemenin ayırt etme gücüne sahip olan ve olmayan çocuk ayrımıyla, GVKT'de belirtilen bir yaş sınırlaması ön görülerek kanunla yapılması gerekmektedir.

Çocuğun sağlık verileri de kişisel veriler kapsamındadır. KVKK m. 6/f. 1 gereğince sağlık verileri ve genetik veriler özel nitelikli veriler olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle sağlık verileri rıza olmadan işlenemez ve rıza öncesinde de kişinin aydınlatılmış olması gerekir. Çocuğun sağlık verilerinin işlenmesinde, rızanın kimin tarafından verileceği hususu, tıbbi müdahaleye rıza ile aynı değerlendirmeye tabi tutulabilir. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk yönünden rıza çocuğun kendisi tarafından verilebilmeli, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk yönünden ise yasal temsilcisi

⁵¹⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 23/06/2020 tarihli ve 2020/481 sayılı Kararında belirtilen kişilerin ad ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramalarda çıkan sonuçların indeksten çıkarılmasına ilişkin değerlendirmede dikkate alınacak ve her somut olay üzerinde incelenecek kriterlere anılan Kararın ekinde yer verilmiştir. Bu kriterler;

- İlgili kişinin kamusal yaşamda önemli bir rol oynaması
- Arama sonuçlarının öznesinin çocuk olması
- Bilginin içeriğinin doğruluğu
- Bilginin kişinin çalışma hayatı ile ilgisi
- Bilginin ilgili kişi hakkında hakaret, onur kırıcı, iftira niteliğine sahip olması
- Bilginin özel nitelikli kişisel veri niteliği taşıması
- Bilginin güncelliği
- Bilginin kişi hakkında önyargıya sebep olması
- Bilginin kişi açısından risk doğurması
- Bilginin kişinin kendisi tarafından yayımlanma durumu
- İçeriğin gazetecilik faaliyeti kapsamında işlenen verileri kapsamı
- Bilgilerin yayımlanmasında yasal zorunluluk olması
- Bilginin ceza gerektiren bir suçla ilgili olması şeklinde belirlenmiştir.

Unutulma Hakkının Arama Motorları Özelinde Değerlendirilmesi, KVKK Yayınları, No: 34, s. 26. <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/11b6fd99-d42a-45b1-a009-21f2d36ded21.pdf> E.T. 04.05.2022

çocuğun yararını göz önüne alarak rıza verebilmelidir⁵¹⁹. Sağlık verilerinin işlenmesi halinde bir ihlal söz konusuysa TMK m. 25’deki korumaya gidilebilir.

B. Çocuğun Mal Varlığı Haklarının Çocuğun Katılım Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

TMK çocuğun malvarlığını, ‘çocuk malları’ başlığı altında 352-363’ncü maddeler arasında düzenlemiştir. Çocuk doğumla birlikte hak ehliyetini kazandığından, mal sahibi olabilir. Miras yoluyla kazanılan mallar, çocuğun kendisine bağışlananalar, çalışarak edindiği mallar, nafaka ile tazminat alacakları çocuğun malvarlığını oluşturur⁵²⁰. Çocuğun malvarlığı, anne babasının malvarlığından ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilir⁵²¹.

TMK m. 352 gereğince, anne ve baba velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler. Anne ve baba yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde hakim müdahalede bulunabilir⁵²². Anne ve baba çocuk mallarının yönetiminde kural olarak hesap ve güvence vermezler. Çocuk mallarının yönetiminden, malvarlığı değerlerinin korunması veya çoğaltılması için yapılması gereken tüm hukuki işlemleri, üzerinde ayni veya şahsi hak kurma, var olan hakkı devretme ve kaldırmaya yönelik borçlandırıcı veya tasarruf işlemlerini yapabilme anlaşılmaktadır⁵²³. Anne ve babanın çocuğun malvarlığını azaltacak nitelikte fiili tasarrufta

⁵¹⁹ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 154.

⁵²⁰ SEROZAN, s. 267; BAYGIN, Cem/DOĞAN, Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 380. https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2005_IX_15.pdf (Erişim Tarihi: 18.12.2021); ALTINKAN, Onur, “Ana ve Babanın Çocuk Mallarına İlişkin Tasarruf İşlemi Yapmaları Konusunda Hukuki Durum”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AKDHFD), C. 11, S. 1, ss. 63- 128, 2021, s. 73.

⁵²¹ AKYÜZ, s. 250; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, GÜHFD, C. 17, S. 3, 2013, s. 83, https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_3_4.pdf (Erişim Tarihi: 18.12.2021); ALTUNKAYA, Mehmet, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 111; BAYGIN/DOĞAN, s. 380.

⁵²² “...Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hakim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez. Velayet hakkına sahip olan annenin çocuğun mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermediği iddia ve ispat edilmemişken; annenin kanundan doğan yönetim hakkını sınırlayacak müdahale niteliğinde karar verilemez.” Y. 2. HD. E. 2010/17939 K. 2011/5497 T. 29.3.2011 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁵²³ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 421; YÜCEL, Özge, “Türk Hukukunda Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanımı ve Harcanması ile Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 164, 2020, s. 775, <https://www.jurix.com.tr/article/20642> (Erişim Tarihi: 18.12.2021); ERTAŞ, Şeref, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerinde Tasarruf Yetkisi” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 392, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz9ozel/sertas.pdf> (Erişim Tarihi: 18.12.2021); ÖZDEMİR, Çocuk Malları, s. 84- 85.

bulunma yetkisi yoktur⁵²⁴. Bu doğrultuda yasal temsilcinin çocuk mallarını başka bir malla birleştirmeleri, işlemeleri, tüketmeleri ya da yok etmeleri mümkün değildir⁵²⁵.

Anne babanın çocuğun mallarını yönetme yetkisi velayetle ilişkilidir. Velayet devam ettiği sürece anne babanın TMK’da düzenlendiği şekliyle kural olarak hesap vermeden, hakim iznine ya da güvence yatırmaya ihtiyaç duymadan çocuğun mallarını yönetebilme imkanları vardır⁵²⁶. Ancak çocuk mallarına ilişkin bu düzenlemeler, çocuğun yüksek yararı ile bağdaşmadığı yönünde doktrinde eleştirilmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, çocuğun ekonomik sömürüden korunması için bu yöndeki düzenlemelerin daha sıkı bir denetimi içermesi gerekmektedir⁵²⁷.

Evliliğin ölüm, iptal veya boşanma nedeniyle sona erdiği durumlarda velayet kendisine bırakılan taraf çocuğun mallarını yönetim yetkisini tek başına kullanacaktır. Bu durumda TMK m. 353’e göre yönetim yetkisini elinde bulunduran eş hakime, çocuğun mal varlığını gösteren bir defter vermek ve malvarlığında yapılan önemli değişiklikleri bildirmekle yükümlü tutulmaktadır⁵²⁸.

TMK m. 357 gereğince anne ve babanın çocuğun mallarını yönetme yetki ve yükümlülüğü çocuğun serbest mallarını kapsamamaktadır. Çocuğun serbest malları; m. 357’de düzenlenen karşılıksız kazandırmalar, m. 358’de düzenlenen çocuğun saklı payı ve m. 359’da düzenlenen çocuğa meslek ve sanat için verilen mal ve kişisel kazançtır. Çocuğun serbest malları üzerinde anne babanın yönetim yetkisi olmadığı gibi kullanma yetkisi de yoktur.

Çocuk mallarının gelirleri öncelikle çocuğun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi için sonrasında ise hakkaniyete uygun olduğu takdirde aile ihtiyaçlarını karşılamak için anne

⁵²⁴ YÜCEL, Çocuk Malları, s. 775; BAYGIN/DOĞAN, s. 383; ALTINKAN, s. 80; ERTAŞ, s. 392- 393.

⁵²⁵ REYHANİ YÜKSEL, s. 103; ÖZDEMİR, Çocuk Malları, s. 84; ALTINKAN, s. 81.

⁵²⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 420- 421; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 358; BAYGIN, s. 386; HELVACI/ERLÜLE, s. 219; AKYÜZ, s. 250- 252; SEROZAN, s. 266.

⁵²⁷ AKYÜZ, s. 252.

⁵²⁸ BAYGIN, s. 397; AKYÜZ, s. 252- 253; SEROZAN, s. 267.

ve baba tarafından kullanılabilir (TMK m. 355). Hakkaniyet ölçüsünün aşılması hakimnin müdahalesine neden olacaktır⁵²⁹.

Çocuğun mallarının yönetimi ve kullanılmasına ilişkin düzenlemelerde, anne babanın yetki ve sorumluk sahibi olduğu, karar alma süreçlerine çocuğun dahil edilmesi yönünde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece çocuğun serbest malları kapsamında çocuk serbestçe tasarruf edebilmekte, çocuğun iradesi esas alınmaktadır. Çocuğun serbest mallarından karşılıksız kazandırmayı yapan kişi yönetim yetkisinin kime ait olacağını belirlememişse, ayırt etme gücüne sahip olan çocuk bizzat kendisi yönetecektir⁵³⁰. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk için ise kayyım atanması söz konusu olacaktır. Meslek ve sanat icrası için çocuğun anne babası tarafından kendi mallarından bir bölümünü verebilir. Çocuğa verilen bu mal üzerinde ana babanın yönetim hakkı sona erecek ve malı yönetme ve yararlanma yetkisi ayırt etme gücüne sahip olan çocuğa geçecektir. Çocuğa verilen bu mallar üzerindeki işlemleri çocuk tek başına yapabilecek ve bu mallarla sınırlı olmak üzere dava açabilecek ve takip edebilecektir⁵³¹. Çocuğun kişisel kazancı üzerindeki kullanım ve yönetim yetkisi de tamamen kendisine ait olmaktadır.

Çocuk malları üzerinde, anne babanın genel yetkili ve sorumluk sahibi olması velayetten kaynaklanmaktadır. Aile bireylerinin dayanışma içerisinde olması ve aile birliğinin selameti için birbirlerine yardımcı olmaları fikri temelinde, çocuğun malvarlığını kullanma hakkı anne ve babaya tanınmıştır⁵³². Her ne kadar çocuğun serbest malları dışında çocuk malları üzerinde anne babanın yönetim ve kullanımına ilişkin

⁵²⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 421- 422; etkisiz önlemler olduğu yönündeki eleştiri için bkz., SEROZAN, s.270; “..Mahkemece çocuğa annesinden intikal eden veya intikal etmesi gereken tüm mal varlığının gelirleriyle birlikte tespit edilmesi, bu mal varlığının velayet sahibi olan davalı baba tarafından nasıl değerlendirildiğinin, çocuk yararına kullanılıp kullanılmadığının araştırılması, bu hususta işin gereği olan şirketler hukuku, muhasebe ve çocuk mallarının korunması konusunda uzmanlığı olan bilirkişilerden rapor alınması suretiyle velayet hakkını kullanan babanın Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin uygulanmasına Dair Tüzüğün 4. maddesinde açıklandığı üzere çocuk malları hakkında gerekli özeni gösterip göstermediği tespit edilerek, çocuk mallarının korunmasında gerekli özenin gösterilmediğinin belirlenmesi halinde, çocuğa ait olan tüm mal varlığı ile gelirlerinden babanın kişisel mal varlığına aktarmış olduğu kısımların tahsili, mevcut olanların da korunması amacıyla gerekli olduğu takdirde çocuk mallarının ve gelirlerinin kayyım devri (TMK m. 361) dahil kanunda öngörülen tedbirlerin alınması gerekir..” Y. 2. HD. E. 2016/4126 K. 2016/7637 T. 14.4.2016 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁵³⁰ AKYÜZ, s. 257; GÖKKAYA, Vildan, “Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı”, TBB Dergisi, S. 133, ss. 325- 348, 2017, s. 341. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1703>

⁵³¹ AKYÜZ, s. 258.

⁵³² GÖKKAYA, s. 344.

işlemlerde çocuğun görüşü alınır şeklinde açık bir düzenleme bulunmasa da TMK m. 339 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Velayetin kapsamı çocuğun kişi varlığının ve mal varlığının korunması ve geliştirilmesi olarak kabul edildiğinde, anne baba tarafından velayet yerine getirilirken m. 339/f. 3 gereği, çocuğa olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme olanağı tanınmaları gerekir ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmaları gerekir. Bu doğrultuda çocuğun mallarının yönetimi ve kullanımında da anne baba bu yetkilerini kullanırken ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun görüşünün alınması gerektiği yönünde açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır. Bu aynı zamanda ÇHS m. 12'nin uygulanmasının da bir gereğidir.

C. Çocuğun Katılım Hakkı Yönünden Velayetin Sınırı

Türk Medeni Kanunu'nda velayetin kapsamı m. 339 ve devamında düzenlenmiştir. Velayetin asıl amacı çocuğun yararının korunmasıdır. Çocuk yararının korunması ilkesinin temelini ise çocuğun görüşüne saygı oluşturmaktadır.

Velayet, ebeveynlere tek yanlı, çocuk üzerinde baskıcı bir egemenlik yetkisi tanımamaktadır. Anne, baba ve çocuk arasındaki çift yönlü bir ilişkinin sonucudur. Anne baba, çocuğun yararını ve taleplerini dikkate alarak onu eğitmek ve bağımsız kişiliğinin kazanmasını sağlayarak topluma kazandırmakla yükümlüdür⁵³³. Çift yönlü velayet ilişkisinin her iki tarafı da eşit hak süjesi olarak yer aldığından, anne baba, çocuğu kendilerine teslim edilmiş bir obje olarak değil hak süjesi olarak idrak etmeli ve çocuğun kişiliğine değer vermeli ve korumalıdır⁵³⁴.

Velayetten bir hak olarak bahsederken, anne babanın velayetten doğan yetki ve görevlerini ancak çocuğun yararına kullanabileceğini belirtmek gerekir⁵³⁵. Velayetin kapsamını belirleyen temel ilke çocuğun üstün yararıdır. Çocuğun üstün yararını belirlemede çocuğun görüşünün alınması gereklidir. Bununla birlikte çocuğun üstün

⁵³³ ÇELİKEL, s. 39; DEDE, Kişi Varlığı Zararları, s. 61- 62; REYHANİ YÜKSEL, s. 85; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 435; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1074; ERLÜLE, Birlikte Velayet, s. 82; HART, s. 6; ALDERSON, s. 80.

⁵³⁴ İMAMOĞLU, Çocuğun Kişiliği, s. 192- 193; REYHANİ YÜKSEL, s. 85- 86; HART/ NEWMAN/ ACKERMANN/ FENNY, s. 4- 5.

⁵³⁵ ERDEM/ MAKARACI BAŞAK, s. 435- 436; DEDE, Kişi Varlığı Zararları, s. 62; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1075.

yararının göz önüne alınmasında çocuğun bir birey olarak görülmesi ve saygı gösterilmesi aynı zamanda çocuğun kişiliğinin gelişmesine de katkı sağlar⁵³⁶.

Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olan çocuğun, kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini açıklama hakkı ÇHS m. 12 ile koruma altına alınmıştır. Çocuk katılım hakkını iki şekilde kullanacaktır; ya sadece görüş bildirme şeklinde ya da bunun bir üst aşaması olarak kabul edilen bir iş ya da işleme olur verme şeklinde⁵³⁷. Her iki durumda da çocuğun katılım hakkının kullandırılması onun bağımsız kişiliğini kazanmasında ve katılımcı demokrasinin temelinde toplumda bir birey olarak kabul edilmesinde önemli bir role sahiptir.

Kanunumuzda velayet şüphesiz ki, anne babaya sınırsız olarak tanınmamıştır. Velayet kapsamında ebeveynlerin yetki ve yükümlülükleri çok geniştir ancak sınırsız değildir. Anne baba velayeti kullanırken çocuğun düşünce ve taleplerini dikkate almakla yükümlüdürler. Velayet, çocuğu erginlik yaşına ulaşana kadar kendi kararlarını verebilecek ve bunun sonuçlarına katlanıp, yararlarını koruyabilecek zihinsel olgunluğa ulaşmasını sağlayan bir süreçtir. Bu sürecin, çocuk ergin oluncaya kadar görüşüne başvurulmadan, ebeveynlerin tek taraflı hakimiyetinde yürütülmesi, ne çocuğu beklenen olgunluğa ulaştıracaktır ne de velayetten beklenen amaç gerçekleşecektir. Velayetin zamanla daralan yapıda olmasının sebebi de budur. Çocuk anne babanın rehberliğinde gelişecek ve geliştikçe bu rehberliğe duyacağı ihtiyaç azalacaktır⁵³⁸. Çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşüne hatta bazı durumlarda rızasına başvurulması da çocuğun yaşıyla ve zihinsel olgunluğa erişmesiyle orantılı olarak artacaktır. Bu doğrultuda anne baba, çocuğa paylaşımcı ve olumlu sorumlu bir iletişim ortamı sağlamalı, onu karar süreçlerine dahil ederek özgür bir toplumda sorumluluk bilinciyle bir yaşama hazırlamalı, bilgi ve tecrübesini aktararak yol göstermeli ve kendi kararlarını oluşturma yeteneğine geliştirmesine katkı sağlamalıdır⁵³⁹.

⁵³⁶ ELÇİN GRASSINGER, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması, s. 66; ALDERSON, s. 80; HILL/ DAVIS/ PROUT/ TISDALL, s. 84; WILLOW, s. 8.

⁵³⁷ SEROZAN, s. 68.

⁵³⁸ REYHANİ YÜKSEL, s. 130; AKYÜZ, s. 227; ERDEM/ MAKARACI BAŞAK, s. 450- 451; SEROZAN, s. 250.

⁵³⁹ HART, s. 6; ALDERSON, s. 80; SINCLAIR, s. 111; NIGEL, s. 200; AKYÜZ, s. 228; DEDE, Kişi Varlığı Zararları, s. 60; ŞAHİN/ARAL, s. 64.

TMK m. 339/f. 3'te velayetin kapsamı düzenlenirken anne baba, çocuğa olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme olanağı tanımakla ve önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşlerini dikkate almakla yükümlü tutulmuşlardır. Düzenleme çocuğun katılım hakkına yönelik olumlu bir adım gibi görünse de çocuğun görüşünün alınmasının 'önemli konularla' sınırlandırması bakımından ÇHS m. 12 ile tam olarak uyumlu olduğu söylenemez. ÇHS m. 12 sınırlama yapmadan çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda katılım hakkının gereğinin yerine getirilmesini öngörmektedir⁵⁴⁰. Ayrıca ilgili hükmün çocuğun görüşlerini dikkate almayı 'olabildiğince' ifadesiyle öngörülemez bir biçimde sınırlandırmaktadır ve anne babaya bu konuda bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak, ÇHS m. 12 bağlamında çocuğun görüşlerinin alınması takdire bağlı olmamalı, takdire bağlı olması gereken çocuğun görüşlerine olgunluğu ölçüsünde verilecek önem olmalıdır⁵⁴¹.

Çocuğun katılım hakkını kullanabilmesi için önceden konuyla ilgili bilgilendirilmesi gerekir. Velayet süresince anne baba, çocukla ilgili konularda karar alırken, çocuğu olabildiğince değil mutlaka karar alma sürecine dahil etmeli, öncesinde açık ve anlaşılır bir dille bilgilendirerek, çocuğun görüşünü almalıdır. Çocuğun görüş ve iradesi her zaman çocuğun yararına sonuç doğuracak nitelikte olmayabilir, bu durumda çocuğun yararı ilkesi temelinde objektif bir değerlendirme yapmak gerekecektir⁵⁴².

VI. VELAYET HAKKI BAğLAMINDA ÇOCUğUN KATILIM HAKKI İHLALLERİNİN BELİRLENMESİ

A. Uygulamadaki Durum

Türk hukukunda çocukla ilgili düzenlemeler genellikle çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemeler olup, katılım hakkına yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Medeni Kanunu'muzun velayetin kapsamını düzenlediği 339/ f. 3 maddesi, çocuğun katılım hakkı bakımından önem arz etmektedir. Velayeti kullanırken anne baba, çocuğun

⁵⁴⁰ ROBERTA, s. 143- 144; SHIER, s. 108; ÖZDEMİR/ RUHİ, s. 24; Ayrıca bu konuda, TMK m. 339/f. 3 ve m. 322 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, TMK'da ÇHS m. 12 hükmü ile uyumlu bir anlayışın benimsendiği sonucuna varılabildiği yönünde bkz. ÖCAL APAYDIN/HIŞIM, s. 306.

⁵⁴¹ SEROZAN, s. 69; YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 133; ZİYAN, s. 138; ÖZTAN, s. 1120.

⁵⁴² ELÇİN GARASSINGER, Çocuğun Menfaati, s. 828- 829; YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 134.

kendisini ilgilendiren konularda olgunluğu ölçüsünde ve önemli konularda görüşlerinin alınmasını düzenlemiştir. Böylece, çocuğun eğitimi, sosyal hayatı ve benzeri konularda söz sahibi olabilmesi, görüşünü ifade edebilmesi sağlanmıştır.

Çocukla ilgili tüm iş ve işlemlerde çocuğun yararı esastır. Çocuğun yararının belirlenmesi noktasında, çocuğun iradesi, görüşünün alınması oldukça önemlidir. Ayırt etme gücüne sahip olsun ya da olmasın, çocuğun kendisiyle ilgili bir konuda karar alma sürecinin dışında bırakılması düşünülemez. ÇHS m. 12 hükmü katılım hakkını tüm çocuklara tanımakta, görüşlerine yaş ve olgunluklarına göre önem vermeyi düzenlemektedir. Bu doğrultuda görüşlerini az ya da çok oluşturabilen çocukların kendileriyle ilgili kararlara katılımlarının sağlanması gerekir⁵⁴³. Sözleşmede de özellikle herhangi bir yaş sınırı belirlenmemesinin temel sebebi budur.

TMK m. 339/f. 3 düzenlemesinde kanun koyucunun çocuğun katılım hakkını düzenlerken her ne kadar eleştiri alan bazı sınırlamalar öngörse de, çocuklar için olumlu ancak yeterli bir düzenleme değildir. Olumlu tarafı, ayırt etme gücüne sahip olan ve olmayan çocuk ayrımı yapılmadan kendisini ilgilendiren konularda görüşlerini bildirme hakkı tanınmıştır. Ayırt etme gücü olmayan çocuğun kararlara katılımı onun kişi varlığına verilen değerdir⁵⁴⁴. Düzenlemenin yetersiz tarafı ise çocuğun görüşlerinin alınmasının ‘önemli konularla’ ve ‘olabildiğince’ ifadeleriyle öngörülemez şeklinde sınırlandırmasıdır. Ayrıca düzenleme ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden oldukça yetersizdir. Sınırlı ehliyetsiz çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşünün alınması, kişi varlığını etkileyen durumlarda ise ‘olur’unun alınması gerekir⁵⁴⁵. TMK m. 16’da da sınırlı ehliyetsiz küçüğün, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kendisi tek başına kullanabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak, yukarıda da ayrıntılı incelendiği üzere, çocuğa yönelik tıbbi müdahaleler, ebeveynlerin sosyal medyada görüntü ve ses paylaşımı, kişisel verilerinin paylaşılması, evlat edinmenin çocuğun adını değiştirmesi gibi çocuğun kişi varlığını yakından ilgilendiren konularda kanun ve yönetmelik hükümlerinin farklı olması, çocuğun katılım hakkı yönünden açık bir düzenlemenin olmaması özellikle sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden hak ihlallerine neden olmaktadır.

⁵⁴³ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 134; ROBERTA, s. 144; SHIER, s. 108.

⁵⁴⁴ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 134.

⁵⁴⁵ SEROZAN, s. 68.

Bu durum hem çocuğun özel hayatının ihlali, hem de kendi geleceğini tayin etme ve özerklik hakkının da ihlali şeklinde gerçekleşmektedir. Çocuğun görüşlerinin alınmaması ve kendisiyle ilgili bir konuda karar katılımı sağlanmadığı durumda, ayırt etme gücüne sahip çocuk bakımından özellikle onun kişi varlığı üzerinde etkili işlemlerde temsil yetkisinin de aşılması anlamına gelmektedir⁵⁴⁶. Velayet kapsamında çocuğun mal varlığının yönetilmesi ve kullanılmasına ilişkin ise çocuğun görüşüne ve katılımına ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.

Çocuğun katılım hakkının ihlali çoğu zaman kişilik hakkının ihlaline de neden olmaktadır. Kişilik hakkı ihlalinde TMK m. 25’de düzenlenen kişiliği koruyucu davalar açılabilir. Ayırt etme gücü olmayan çocuğun dava ehliyeti yoktur, yasal temsilcisi onun adına hareket edecektir⁵⁴⁷. Ayırt etme gücü olmayan çocuğun manevi tazminat talebinde de, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın istisnai durumlarda yasal temsilci aracılığıyla kullanılabilmesi, bu hususta tam ehliyetsiz çocuğun menfaatinin belirleyici olacağı kabul edilmektedir⁵⁴⁸. Ayırt etme gücü olmayan çocukla, yasal temsilcisi arasında menfaat çatışması olması halinde kişiliği koruyucu davanın açılabilmesi için çocuğa kayyım atanacaktır (TMK m. 462/b. 2). Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk kişiliği koruyucu davaları ve manevi tazminat davasını tek başına açabilecektir (TMK m. 16). Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeyi düştüğü takdirde hakim çocuğu koruyucu önlemleri alabilir (m. 346- 347), anne babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmediği durumlarda da velayetin kaldırılması gündeme gelebilir (m. 348- 351).

Çocuk haklarına ilişkin en kapsamlı mevzuat olan Çocuk Koruma Kanunu’nda m. 4/f. 1’de çocuğun katılım hakkının güvence altına alınması ve çocuk ile ailesinin bilgilendirilerek karar alma sürecine katılımlarının sağlanması şeklinde çocuğun katılım hakkına değinilen düzenlemeler mevcuttur. m. 5’de ise çocuğu korumaya ve desteklemeye yönelik tedbirler düzenlenmiştir. Çocuğun katılım hakkı ihlalinde bu tedbirlere başvurulabilir. Çocuk hakkında alınacak bu tedbir kararı, çocuğun velisi, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve

⁵⁴⁶ ZİYAN, s. 140.

⁵⁴⁷ USTA, Velayet Hukuku, s. 398.

⁵⁴⁸ ÖZEN, Burak, Makaleler-Tebliğler (2001-2020), “Ayırt Etme Gücü Olmayanlarla İlgili Bazı Hukuki Sorunlar: Hukuki Sorumlulukları, Manevi Tazminat Talepleri”, (Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu, İstanbul, 2015, ss. 67-74), On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 479- 480.

Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hakimi tarafından alınabilir (m. 7).

Ülkemizde 26.03.2018 tarihinden itibaren yürürlükte olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Bireysel Başvuru Hakkı İhtiyari Protokolü ile çocuğun hak ihlali durumunda, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'ne bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Her ne kadar Çocuk Hakları Komitesi yargı makamı olmadığından, AİHM gibi bir yaptırım gücü olmasa da hak ihlali konu ile ilgili taraf devletle görüşüp rapor yayınlaması sonucunda etkili bir uluslararası izleme sağladığı söylenebilir. Çocuk, katılım hakkının ihlalinde, ulusal hak arama yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yolunu da kullanabilecektir. Ancak uygulamadaki örneklerine rastlamak oldukça güçtür⁵⁴⁹.

Ulusal düzeyde çocuk katılımının sağlanması için ülkemizde belirlenen yapılanma Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı olarak her ilde kurulan Çocuk Hakları İl Çocuk Komiteleridir⁵⁵⁰. Komitelerin amacı, her kesimden çocuğun temsil edilmesidir⁵⁵¹. Yerel yönetimler bazında ise bu yapılaşma yerini, kent konseylerinin altında oluşturulan belediyelere bağlı çocuk meclisleri alır. Ancak bu mekanizmalar temsile dayalı yapılar olduğu için sınırlı sayıda çocuğun katılımına olanak sağladığı, her kesimden çocuğa ulaşma konusunda yetersiz kaldığı ve uygulamada etkin olmadığı yönünde eleştirilmektedir⁵⁵².

Çocuklar hak ihlallerine karşı Kamu Denetçiliği Kurumu'na da başvuru yapabilmektedirler. Kamu kurumlarının ve kamu kurum çalışanlarının her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışları sonucunda ortaya çıkan hak ihlallerine ilişkin konularda kuruma başvuru yapılabilir. Hakkı ihlal edilen çocuk bizzat kendisi ya da yasal

⁵⁴⁹ Komiteye yapılan başvuruların çoğunluğunun sınır dışı etme konulu olduğu belirlenmiştir. Komiteye yapılan başvuruların kayıt altına alındığı veri tabanında yapılan araştırmada Türkiye'den yapılan bir başvuruya rastlanılmamıştır. <https://opic.childrightsconnect.org/crc-pending-cases/> (Erişim Tarihi: 12.02.2022)

⁵⁵⁰ Çocuğa Karşı Şiddeti Önlemek İçin Ortaklık Ağı Çocuk Katılımı Politika Belgesi, (Hazırlayan: Gözde Durmuş), Uluslararası Çocuk Merkezi, Ankara, Aralık 2019, s. 22.

<http://www.cocugasiddetionluyoruz.net/storage/app/uploads/public/5e0/da8/285/5e0da828572c2035862405.pdf> (Erişim Tarihi: 12.02.2022)

⁵⁵¹ ERBAY, Değerlendirme, s. 47- 48.

⁵⁵² ERBAY, Değerlendirme, s. 49; Çocuk Katılımı Politika Belgesi, s. 23.

temsilcisi çocuk adına başvuruda bulunabilir. Çocukların başvuruları Kamu Denetçiliği Kurumu'na ait internet sayfasından yapılabilmektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun vermiş olduğu kararlar tavsiye niteliğindedir.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

ÇHS m. 12 çocuğun her alanda görüşlerine başvurulmasını sağlamak amacıyla sözleşmede katılım hakkına yönelik bir yaş sınırlaması getirmemiştir. Ancak taraf devletleri de kendi ulusal hukuklarında çocuğun katılım hakkını düzenlemeleri ve güvence altına almaları konusunda sınırlandırmamıştır. Sözleşmeye taraf devletler çocuğun katılım hakkını açıkça düzenlemek ve güvence altına almakla yükümlüdürler.

Çocuğun katılım hakkı, kendisiyle ilgili konularda görüşlerini bildirmesi ve bazı durumlarda da olurunun alınması şeklinde olmaktadır. Özellikle çocuğun olurunun alınmasına yönelik şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında ayırt etme gücünün varlığı önem kazanmaktadır. Yabancı hukuk sistemlerinde, ayırt etme gücünü yaş sınırını belirleyen ülkeler olduğu gibi, çocuğun belirli bazı işlemlerini, belirli yaş sınırları ile özel olarak düzenleyen ülkeler de vardır. Bu düzenlemelerin hepsi çocuğun katılım hakkını güvence altına almayı amaçlamaktadır.

İsviçre hukukunda ayırt etme gücünün belirlenmesi yönünden bir yaş sınırı düzenlenmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, her somut olayda çocuğun ayırt etme gücünün olup olmadığına bakılması gerektiğine, yapılacak işlemin hüküm, etki ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olmayan çocuklar yönünden yasal temsilcilerinin yetkili olacağı yönünde kararları vardır⁵⁵³. Ancak ayırt etme gücüne sahip, yapılacak işlemin etki ve sonuçlarını idrak edebilen çocuk yönünden ise ayrıca çocuk koruyucu hükümlerin uygulanmasına gerek kalmayacağı yönünde kararları da bulunmaktadır⁵⁵⁴. Ayrıca İsviçre'de çocuğun boşanma davasında dinlenilmesi ve kendisiyle ilgili kararların

⁵⁵³ MICHEL, Margot/RUTISHAUSER, Christoph, "Referate / Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht", (Herausgeber: Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer), Achte Schweizer Familienrecht Tage, Stampfli Verlag, Zürich, 2016, s. 19.

⁵⁵⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2008 yılında verdiği bir kararda, ebeveynlerin tıbbi müdahaleye rızasının çocuğun aksi yöndeki iradesinin önüne geçemeyeceğini, 17 yaşındaki çocuk hastanın üçüncü kemoterapi tedavisini kabul etmeyebileceği yönünde karar vermiştir, MICHEL/RUTISHAUSER, s. 18.

alınmasında görüşüne başvurulması kanunla düzenlenmiştir⁵⁵⁵. Boşanma davası sırasında velayet kararı için çocuğun bu katılım hakkına yönelik yasal düzenlemeden önce de İsviçre Federal Mahkemesi çocuğun görüşünün alınmasını doğrudan doğruya ÇHS m.12'ye dayanarak kabul etmekteydi⁵⁵⁶. Uygulamada çocuğun katılım hakkı yönünden dinlenilmesi altı yaşından itibaren⁵⁵⁷. On iki yaşından büyük çocukların ise bizzat kendilerinin mahkemede dinlenebileceği kabul edilmektedir⁵⁵⁸.

Alman Medeni Kanunu'na göre ise hukuki işlem yapabilmek için asgari yaş sınırı yedi yaştır⁵⁵⁹. Erginlik yaşı on sekiz olsa da on dört yaşından itibaren çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre bazı işlemleri kendisi yapabilir, örneğin, hekim ayırt etme gücüne sahip olduğuna karar verirse çocuk tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecektir⁵⁶⁰.

Avusturya Hukukunda ayırt etme gücü yaşı on dört olarak belirlenmiştir⁵⁶¹. Çocuğun dinlenilmesinde asgari yaş Norveç'te yedi, Danimarka ve Hollanda'da ise bu yaş sınırı on iki olarak düzenleme altına alınmıştır⁵⁶². Danimarka'da ayrıca çocuğun tıbbi müdahaleler konusunda rıza gösterebilmesi on beş yaş olarak özel kanunla düzenlenmiştir⁵⁶³.

İngiltere'de ise ebeveyn rızası olmadan, çocuğun rızasıyla tıbbi müdahalede bulunmak için on altı yaş ve üzerinde olması gerekmektedir⁵⁶⁴. On altı yaşın altındakilerin kendilerine uygulanacak tıbbi müdahaleye yasal temsilcilerinin onayı olmadan, kendi

⁵⁵⁵ ZGB Art. 144 II. 1 Ocak 2011 sonrası ZPO Art. 298: **SCHWEIGHAUSER**, Jonas, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger), 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2016, s. 2240.

⁵⁵⁶ **ERLÜLE**, Birlikte Velayet, s. 247; **SEROZAN**, s. 69.

⁵⁵⁷ BGE 131 III 553, Çocukların bazen iki yaşından veya üç yaşından itibaren dinlenilmesi gerektiği yönünde görüşler de vardır. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=att%3A%2F%2F131-III-553%3Ade&lang=de&type=show_document E.T. 12.03.2022

⁵⁵⁸ **SCHWEIGHAUSER**, ZPO Art. 298, N. 22.

⁵⁵⁹ BGB § 104, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_104.html E.T. 12.03.2022

⁵⁶⁰ **ŞENOL**, Ayşe Nilay, "Sünnet ve Çocuğun Menfaati", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık, 2019, s. 1341, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/902817> E.T. 12.03.2022

⁵⁶¹ **REYHANİ YÜKSEL**, s. 162- 163.

⁵⁶² **ÖCAL APAYDIN/HIŞIM**, s. 313.

⁵⁶³ 2007 yılında yürürlüğe giren Danimarka Sağlık Kanunu'nda düzenlendiği yönünde bkz: **ŞENOL**, s. 1341.

⁵⁶⁴ **DEDE**, Çocuk Hastalar, s. 168.

rızalarıyla onay verip veremeyecekleri yönünde yeterli olgunluğa ulaşmış olmaları konusunda karar vermede etkili doktrinde “Gillick Yeterliliği” olarak adlandırılan bir kavram bulunmaktadır⁵⁶⁵. İskoçya’da da bu kavramdan esinlenerek 1991 yılında kabul edilen Yasal Kapasite Yaşı Yasası ile yasal ehliyet yaşı 16 olarak kabul edilmiştir⁵⁶⁶. Buna göre on altı yaşın altındakilerin tıbbi müdahaleye rıza verebilmeleri, müdahalenin etki ve sonuçlarını algılayabilecek olgunlukta olup olmadıkları her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Benzer şekilde Amerikan Hukukunda da kabul edilen kavram, çocuk hangi yaşta olursa olsun, uygulanacak tedavinin etki ve sonuçlarını idrak edebilecek olgunluktaysa kendisinin rıza verebileceği yönünde olan “olgun küçük” kavramıdır⁵⁶⁷.

Finlandiya’da Sosyal Refah Kanunu’nun yanı sıra çocuklar için özel olarak düzenlenen Çocuk Refahı Kanunu vardır. İlgili kanun çocuğun görüşlerinin dikkate alınmasını yasal olarak zorunlu kılmaktadır. Ayrıca çocuğun kendisiyle ilgili konularda dikkate alınma hakkını geliştiren ve çocuğun katılım hakkını güçlendirmeyi amaçlayan Çocuk Velayeti Yasası reformu da 2019 yılında yürürlüğe girmiştir⁵⁶⁸. Çocuk ombudsmanı da Finlandiya’da bağımsız ve özerk bir otorite olarak, çocuk haklarının kullanılmasında ve geliştirilmesinde teşvik edici etkin bir role sahiptir ve aynı zamanda çocuk haklarının gerçekleştirilmesini değerlendirir, buna ilişkin politikaları izler ve düzenli olarak parlamentoya rapor sunmakla görevlidir⁵⁶⁹. Finlandiya’da yerel yönetimler çocukların haklarını kullanmalarını ve katılımlarını güçlendirmek için görevlendirilmişlerdir⁵⁷⁰. Çocuğun hak ihlallerinde etkili bir izlem söz konusudur. Bu durum Çocuk Refahı Yasası’nda da yerel yönetim bazında sorumlu olan çocuk refahı çalışanına çocuklarla mümkün olduğunca sık buluşma ve izlem yükümlülüğü getirilerek

⁵⁶⁵ ŞENOL, s. 1342. Vivtoria Gillick’in açmış olduğu bir dava neticesinde, davacının adıyla anılmaya başlamıştır. 16 yaşından küçük bir kızın doğum kontrol tavsiye ve tedavisi için geçerli rıza verme konusunda yasal ehliyetinin olup olmadığı yönünde açılmış bir davadır. 16 yaşın altındaki çocuklar için rızalarının olgunluk derecesine ve yapılan işlemin ne olduğunu, etki ve sonuçlarını tam olarak anlayıp anlayamadığına göre bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde karar verilmiştir. İngilizce metni için bkz. http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm E.T. 12.03.2022

⁵⁶⁶ [https://stringfixer.com/tr/Age_of_Legal_Capacity_\(Scotland\)_Act_1991](https://stringfixer.com/tr/Age_of_Legal_Capacity_(Scotland)_Act_1991) E.T. 12.03.2022

⁵⁶⁷ ŞENOL, s. 1342.

⁵⁶⁸ Finlandiya Hükümeti’nin Birleştirilmiş Beşinci ve Altıncı Periyodik Raporu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Temmuz 2019, s. 5. <https://www.aile.gov.tr/media/44219/fi-nlandiya.pdf> E.T. 12.03.2022

⁵⁶⁹ KURBAN, Samed, “Çocuğun İyi Olma Hâlinin Gelişmesinde Sosyoekonomik ve Yönetmelik Politikalar: Finlandiya Örneği”, Akademik İncelemeler Dergisi, C. 16, S. 2, Ekim 2021, s. 32. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1718777> E.T. 12.03.2022

⁵⁷⁰ KURBAN, s. 39.

çocuk katılımını güçlendirmeye yönelik düzenlemeler yapılmıştır⁵⁷¹. Finlandiya’da çocukların hakları yaşlarına göre düzenlenmiştir. Örneğin⁵⁷², on iki yaşından büyük çocukların rızaları olmadan adları ve soyadları değiştirilemez, bir dini seçmeleri benimsetilemez ve rızaları alınmadan evlat edinilemezler. On beş yaşından büyük çocuklar ise ebeveynlerinin bilgisi dahilinde iş sözleşmesi yapabilirler, kendi adlarına banka hesabı açıp kazandıkları parayı yönetme hakları da vardır.

C. Görüş ve Önerilerimiz

TMK m. 339 velayet kapsamında anne babanın, çocuğun kendisini ilgilendiren önemli konularda görüşüne olabildiğince önem vermesi ve m. 322’de de anne baba ve çocuğun birbirlerine saygı göstermeleri gerektiği çocuğun katılım hakkına yönelik düzenlemelerdir. Çocuğun katılım hakkının daha açık düzenlenmesi, öngörülemez şekilde sınırlandırılmasına imkan vermemek gerekir. Mevcut düzenlemede geçen ‘önemli konular’ ve ‘olabildiğince’ ifadeleri çocuğun katılım hakkını, ÇHS m. 12’nin temel amacının aksine sınırlandırmaktadır. ÇHS m. 12 kendini az ya da çok ifade edebilen her çocuğun görüşünü bildirme hakkı olduğunu, bu görüşleri çocuğun olgunluğu ölçüsünde göz önüne alınmasını düzenlemektedir. Bu demektir ki, çocuğun yaşı ilerledikçe görüşlerine daha çok ağırlık verilmesi gerekmektedir.

Çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşünün kimi zaman ise olurunun alınması gerekir. Bu noktada çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesi önem arz eder. Özellikle de şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanılmasında sınırlı ehliyetsiz çocuğun olurunun alınması gereklidir. Nitekim TMK m.16, ayırt etme gücüne sahip ise çocuk, bu tür işlemlerde yasal temsilcinin onayını gerekli görmemektedir. Yabancı hukuk sistemlerinde de genellikle on sekiz yaş altı herkes çocuk kabul edilmekle birlikte, çocukların bazı hakları tek başına kullanabileceklerinin sıklıkla yasal mevzuatlarında düzenlediklerini görmekteyiz. Ayırt etme gücünün nisbi nitelikte olması ve her somut olayın özelinde belirlenebilen bir kavram olduğu kabul edilmekle birlikte bazı ülkelerde karine olarak ayırt etme gücü

⁵⁷¹ Finlandiya Rapor, s. 17.

⁵⁷² Children’s and youths’ rights and obligations, infoFinland.fi, <https://www.infofinland.fi/en/living-in-finland/family/children/children-s-and-youths-rights-and-obligations> E.T. 12.03.2022

yaşının belirlendiği bilinmektedir. Medeni Kanunumuzda bu yönde bir düzenleme yoktur. Doktrinde de ayırt etme gücü yaşının karine olarak on dört ya da on beş yaşın belirlenmesi gerektiği yönünde görüşler vardır⁵⁷³. Biz de bu görüşlere katılmakla birlikte, TMK m. 12’de düzenlenen mahkeme kararıyla kazanılan erginlik yaşının belirlendiği on beş yaşın, ayırt etme gücünün belirlenmesinde de karine olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz. Karine olarak belirlenecek ayırt etme gücü yaşının düzenlenmesiyle birlikte sınırlı ehliyetsiz çocuğun tek başına yapabileceği işlemlerin özel olarak ayrıca düzenlenmesi de katılım hakkının güvence altına alınmasının bir gereğidir. Özellikle tıbbi müdahaleye ve kişisel verilen işlenmesinde rıza gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden açık ve belirleyici düzenlemelere ihtiyaç vardır. Çünkü ayırt etme gücüne sahip olan çocuk yönünden, görüşü alınmadığı, verilen karara katılımı sağlanmadığı ve gereken durumlarda olurunun alınmadığı hallerde özellikle kişi varlığını yakından ilgilendiren işlemler söz konusu ise temsil yetkisinin aşılması anlamına gelebileceği gibi çocuğu koruyucu önlemlerin gündeme gelmesi de mümkündür⁵⁷⁴.

Ayırt etme gücü yaşının karine olarak belirlenmesi, çocuğu bazı işlemleri tek başına yapabilmesi anlamında önemlidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun da kendisini ilgilendiren her konuda görüşünün alınması ÇHS m. 12 ile güvence altına alınmıştır. Bu nedenle çocuğun katılım hakkını kullanması bakımından sözleşme bir yaş sınırlaması yapmamıştır. Uygulamada ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk yönünden şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanılmasında yasal temsilcinin onayının arandığı görülmektedir. Bunun aynı zamanda çocuğun menfaatinin gereği olduğu da belirtilmektedir. Ancak bazı hakların kullanılmasında, özellikle ebeveynlerin kararıyla, sünnet örneğinde olduğu gibi, vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi zorunluluğu olmayan müdahaleler temel bir hak ihlali olarak değerlendirilebilir. Bu tür müdahalelerin de çocuğun karar verme sürecine dahil oluncaya kadar ertelenmesi gerekir. Bu durum,

⁵⁷³ Avusturya hukukunda olduğu gibi 14 yaşını tamamlamış bir çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu karine olarak kabul edilip, 14 yaşından küçükler için de her somut olayın özelinde yapılacak işe ve ilgili kişiye göre değişecek şekilde ayrıca değerlendirilesi yönünde bkz. **REYHANİ YÜKSEL**, s.162-163; TMK m.16/f.3 düzenlemesi şeklinde 15 yaşını doldurmuş olan küçükler, aksi ispatlanmadıkça ayırt etme gücüne sahip olduğu yönünde, kanun maddesi öneri metni için bkz. **YÜCEL**, Özerklik Hakkı, s. 331.

⁵⁷⁴ **ZİYAN**, s. 140.

çocuğun özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması bakımından da bir gerekliliktir.

Çocuğun katılım hakkı konusunda farkındalığın artırılması hem çocuğun haklarını kullanması bakımından hem de ebeveynlerin yükümlülüklerinin farkına varması bakımından önemlidir. Bu da ulusal ve yerel düzeyde kurumsallaşmış, etkili bir çocuk izlemine gerekli kılmaktadır. Çocuk izlemi ile kastettiğimiz husus çocuğun denetlenmesine yönelik bir izlem değildir. Çünkü günümüzde teknolojiye gelişmelerin etkisiyle de kişilerin konumlarının belirlenmesine ve izlenmesine yönelik mobil uygulamaların yaygınlaştığı ve özellikle ebeveynlerin bu uygulamaları çocukları üzerinden kullandıklarına sıkça rastlanmaktadır. Bu durumun da çocuğun özel hayatının ve mahremiyet hakkının ihlaline neden olabileceği yönündeki kaygı ve düşüncelere biz de katılıyoruz. Daha önce de belirttiğimiz gibi yeterli olgunluk derecesine ulaşmamış, yaşı küçük olan çocuk bakımından ebeveynlerin kontrolü zaruri görülebilir. Ancak çocuğun yaşı ilerledikçe, bununla orantılı olarak çocuğun gizli ve özel alanı da genişleyecektir⁵⁷⁵. Anne ve babaların çocuğun özel yaşamına saygı göstermesi, her türlü haberleşmesini kontrol altında tutmaya çalışmamaları, haklı sebeplerle bazı denetlemelerin yapılması gerekiyorsa çocuğun rızasını almak suretiyle yapmaları gerekmektedir⁵⁷⁶. Bu doğrultuda çocuk izlemi ile anlatmak istediğimiz husus, çocuğun hak ihlallerinde etkili bir izlemdir. Çocuğun katılım hakkı ihlalinde başvurabileceği hızlı ve etkili mekanizmaların da bulunduğu bir sistemin olması gerekir. Mevcut durumda ülkemizde çocukların hak ihlalinde en hızlı ve kolay başvurabilecekleri yol Kamu Denetçiliği Kurumu'nun internet sitesi üzerinden yapabilecekleri başvurulardır. Kurumun kararlarının sadece tavsiye niteliğinde olması ve ayrı bir çocuk ombudsmanlığı yapısının olmaması çocuk hakları yönünden etkin bir koruma sağlayamamaktadır. Yabancı hukuk sistemlerindeki çocuk ombudsmanlıkları, özellikle Norveç, Finlandiya, Kanada Çocuk Ombudsmanlığı gibi modeller ülkemiz için bu konuda örnek teşkil edebilir⁵⁷⁷. Bu ülkelerdeki çocuk ombudsmanlıkları, her şeyden önce çocuklar için özel

⁵⁷⁵ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 150.

⁵⁷⁶ REYHANİ YÜKSEL, s. 177.

⁵⁷⁷ KURBAN, s. 32- 33; ATEŞ, "Betül, Kanada (Alberta Eyaleti) Çocuk Ombudsmanlığı'nın Çocuk Hakları Üzerindeki Rolü ve Önemi", Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi, C. 1, S. 1, ss. 8- 25, 2021, s. 9- 10 <https://dicod.giresun.edu.tr/index.php/dicod/issue/view/1/1> E.T. 12.03.2022; MAMUR İŞIKÇI, Yasemin/İNCE,

ayrı yapılanmalardır. Çocukların sadece talep ve şikayetlerini değerlendiren ve tavsiye niteliğinde etkin olmayan kararlar vermekten ziyade çocuğun haklarını aktif kullanmasına yarayan, hak ihlalleri konusunda denetim mekanizması öngören ve yaptırım gücü olan kararlar veren, aynı zamanda çocuk hak ve ihlalleri konusunda inceleme yapan, veri toplayan ve bunları düzenli olarak raporlayarak çocuğa yönelik politikaların geliştirilmesine katkı sağlayan yapılardır⁵⁷⁸.

Katılım hakkı çocuğun, toplumun dayattığı, edilgen yapısının aksine işlemin nesnesi değil de öznesi olarak bireyselleşmesine ve özerk kişiliğinin oluşabilmesine katkı sağlayan bir kavramdır. Velayet kapsamında çocuğun katılım hakkı incelenmesinde, hem çocuğun kişi varlığı hakları kapsamında hem de çocuğun malvarlığı hakları kapsamında çocuğa yönelik düzenlemelerin eksik olduğu görülmektedir. Temel olarak çocuğa yönelik işlemlerin özel olarak düzenlendiği mevzuat yokluğunun giderilmesi gerektiği gibi çocuğun katılım hakkının varlığı TMK üzerinden de yeniden hatırlatılmalı ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi gereklidir.

Doğukan, “Çocuk Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Örnek Bir Model: Norveç Çocuk Ombudsmanı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2018, s. 54- 55 <https://www.readcube.com/articles/10.30915/abd.514435>, E.T. 12.03.2022

⁵⁷⁸ MAMUR IŞIKÇI/İNCE, s. 69- 70.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VESAYET HAKKI KAPSAMINDA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI

I. VESAYET KAVRAMI

A. Genel Olarak

Vesayet kurumu TMK m. 396- 494 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun Aile Hukuku Kitabının üçüncü kısmında düzenlenen vesayet hükümleri dar anlamda vesayete ilişkin düzenlemelerdir. Dar anlamda vesayeti gerektiren haller küçüklük ve kısıtlılıktır. Dar anlamda vesayet, velayet altında olmayan küçükler ile kısıtlıların kişi varlığı değerleri ile mal varlığı değerlerini korumaya ve onları temsil etmeye yönelik bir kurumdur⁵⁷⁹. Geniş anlamda vesayet ise özel hukuk bağlamında korunması gerekli tüm kişilere yönelik bir hukuki kurum olarak tanımlanabilir⁵⁸⁰. Yasal danışmanlık, kayyımlik

⁵⁷⁹ AKINTÜRK/ATES, Aile Hukuku, s. 469; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 403- 405; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1257; OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 91; ACAR UMUT, Ayşe, Vesayet Kurumu ve Vasinin Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 28; GENÇCAN, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 105; HELVACI, “Vesayet Hukuku”, s.866; KOÇ, Nevzat, “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 99- 100, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/756897> E.T. 26.11.2021; GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, Roma Hukukundan Günümüze Velayet- Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 50- 51; AÇIKGÖZ, Aslı, “Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016, s. 28; ERTÜRK, Fatih, “Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 3; AYDOĞDU, Burcu Gizem, “Aile Hukukunda Vesayet ve Uygulamada Vesayet Davaları”, Atatürk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2021, s. 4.

⁵⁸⁰ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 45.

ve koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması gibi kurumlar geniş anlamda vesayetin kapsamına dahildir⁵⁸¹.

Vesayet hükümlerinin düzenlenmesi yönünden özel hukuk kapsamında değerlendirilse de, işleyiş olarak kural olarak kamu kurumu olarak nitelendirilir ve bu nedenle özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki sınırdaki bir hukuki kurum olarak kabul edilir⁵⁸². Kamu kurumu olarak nitelendirilmesinin sebebi, vesayet işleyişinde devletin aktif bir rolü ve sorumluluğunun bulunmasındandır. Nitekim velayet altında olmayan küçükler ile kısıtlıların korunması ve temsili, devlet aracılığıyla vesayet organları tarafından sağlanmaktadır. Doktrinde vesayet kurumunun kamu hukuku kurumu olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, vesayet kamu hukuku kurumu olduğu yönündedir⁵⁸³. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise vesayet, organlarının ve vesayet dairelerinde görevli kişilerin kamu görevlisi olması nedeniyle kamu hukuku özellikleri taşıırken, aynı zamanda kişilerin fiil ehliyetine etkileri bakımından özel hukuku da içerisinde barındırdığından kamu ve özel hukuk kuralları ile karma nitelikli bir kurum olduğu yönündedir⁵⁸⁴. Çoğunlukta olan görüşe ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de vesayet kural olarak bir kamu kurumudur⁵⁸⁵.

Vesayet hukuku düzenleme itibariyle yardım ihtiyacı içerisinde olan gerçek kişileri kapsamaktadır. Ancak istisna olarak, bir tüzel kişiliğe kayyım atanması da TMK m. 427/I-b. 4'de düzenlenmiştir.

Velayet gibi vesayet de bir yasal temsilcilik çeşididir. Velayet altında bulunmayan çocuklar, vesayet altına alınır. Velayette çocuğun yasal temsilcisi veli iken, vesayette çocuğun yasal temsilcisi vasi'dir. Çocuklar yönünden vesayet, anne baba bakımının yerini tutmaktadır⁵⁸⁶. Vasi de, velayette olduğu gibi çocuğun bakım ve eğitime özen göstermek, kişi ve mal varlığı menfaatlerini korumak ve onu temsil etmekle görevlidir.

⁵⁸¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 403.

⁵⁸² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 403.

⁵⁸³ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 472; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1035.

⁵⁸⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 403; İLYAZ, Emine, Milletlerarası Aile Hukukunda Çocuğun Vesayeti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019, s. 8.

⁵⁸⁵ GENÇCAN, Vesayet s. 106; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1257; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 472; GÜNEŞ CEYLAN, s. 61; AÇIKGÖZ, s. 32.

⁵⁸⁶ AKYÜZ, s. 305.

Hakkında kısıtlama kararı verilen ergin çocuklar ise TMK m. 419/f. 3 gereği kural olarak vesayet altına alınmayıp, velayet altında bırakılırlar.

Vesayetin, kamusal vesayet ve özel vesayet olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Medeni Hukukumuz bakımından asıl olan kamu vesayetidir⁵⁸⁷. TMK m. 397/f. 1'e göre, "kamu vesayeti, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülür." Sulh mahkemesi vesayet makamı, asliye hukuk mahkemesi denetim makamıdır. Vesayet makamının vasi, kayyım ve yasal danışman atama yetkisi bulunmaktadır. Bunun yanı sıra denetim, izin, görevden alma gibi yetkileri de bulunmaktadır. Bazı hukuki işlemlerin yapılmasında ise karar verme yetkisine denetim makamı sahiptir. Bu doğrultuda, kamu vesayetinin her aşamasında vesayet dairelerinin müdahalesinin ve etkinliğinin olduğu söylenebilir⁵⁸⁸.

Özel vesayet ise devletin rolünün ikinci planda kaldığı, kanunumuzda düzenlenen istisnai bir vesayet türüdür⁵⁸⁹. Vesayet altındaki kişinin menfaati gerektiriyorsa, özellikle bir işletmenin veya ortaklığın devamlılığının sağlanması amacıyla vesayet istisnai olarak bir aileye verilebilir. Görev ve yetki bakımından aynı özelliklere sahip özel vesayeti, kamu vesayetinden ayıran tek fark vesayet makamının sulh hukuk mahkemesi değil hısımlardan oluşan aile meclisinin olmasıdır⁵⁹⁰. Özel vesayet türüne uygulamada sık rastlanmadığı söylenebilir.

B. Velayet-Vesayet İlişkisi, Arasındaki Farklar

Velayet ve vesayet amaçları yönünden benzer özellikler taşıyan yasal temsilcilik türleridir. Ancak esas, içerik ve nitelikleri itibarıyla birbirinden oldukça farklı kurumlardır.

Velayet kural olarak küçükler için geçerlidir. Kısıtlanmış ergin çocuğun velayet altına alınacağı istisnai olarak düzenlenmiştir. Vesayet ise kural olarak kısıtlı ergin kişiler için geçerli olup bazı durumlarda küçükler için de geçerlidir. Çocuk, ergin oluncaya kadar

⁵⁸⁷ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 473- 475; GENÇCAN, Vesayet, s. 106- 107.

⁵⁸⁸ İLYAZ, s. 12.

⁵⁸⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 472.

⁵⁹⁰ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1266.

anne ve babasının velayeti altındadır. Velayet altındaki çocuğun anne babası ölmüş ya da velayet kendilerinden alınmış olursa çocuğa vasi atanır. Bu nedenle velayet ve vesayet bir arada olmaz, velayetin olmadığı durumda vesayet söz konusu olur. Vesayetin tamamlayıcı bir niteliği vardır.

Velayet hısımlığa dayanır ve doğumla birlikte kendiliğinden doğar⁵⁹¹. Vesayet ise kendiliğinden doğmaz. Medeni Kanunumuzda belirtilen hallerin bulunması durumunda mahkeme kararıyla kurulur.

Velayet, sadece çocuğun anne ve babasına tanınmış bir hak olmakla birlikte, çocuk üzerindeki yetki ve görevleri, vasinin vesayeti altındaki çocuk üzerindeki yetki ve görevlerinden daha geniştir. Vesayette, kanunda vasiliğe ilişkin şartları sağlayan herkes vasi olarak atanabilir.

Velayet ve vesayet karşılaştırıldığında, vesayetin velayete göre daha genel nitelikli bir kurum olduğu söylenebilir⁵⁹². Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, ehliyet bakımından vesayet hükümlerine tabi kılınmıştır (TMK m. 343). Çocuğun temsilinde de, vesayet makamının iznine tabi işlemler dışında, kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayete de uygulanır (TMK m. 342/f. 3). Madde düzenlemelerinden de anlaşıldığı üzere, uygun olduğu takdirde vesayet hükümleri velayete kıyas yoluyla uygulanmaktadır.

Vesayette, çocuğun malları üzerinde velinin geniş bir kullanma ve yararlanma yetkisi vardır. TMK m. 355 gereği, çocuğun sahip olduğu mallardan elde edilen gelirin onun eğitim ve bakımı için harcanan miktardan fazla olması halinde, aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere velinin bu gelirden harcama yapma hakkı da bulunmaktadır. Vesayette ise vasinin bu mallar üzerinde sadece yönetme yetkisi vardır, yararlanma veya harcama yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca vasinin vesayet görevini yerine getirirken ücret isteme hakkı varken, vesayette velinin ücret isteme hakkı yoktur.

Kural olarak vesayette veli, yasal temsilci olarak çocuk adına hukuki işlem yaparken her hangi bir makamdan izin almakla yükümlü olmadığı gibi her hangi bir

⁵⁹¹ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 470; AKYÜZ, s. 306.

⁵⁹² AÇIKGÖZ, s. 68.

makama hesap ve güvence vermekle de yükümlü değildir⁵⁹³. Vesayette ise vasi bazı işlemleri yaparken vesayet makamından⁵⁹⁴, bazı işlemler için ise hem vesayet hem de denetim makamından⁵⁹⁵ izin almakla yükümlüdür. Ayrıca, vasi hesap tutmak ve bunu vesayet makamının incelemesine sunmakla da yükümlüdür. Bu doğrultuda vesayet makamının vasi üzerinde bir kontrol mekanizması olduğu söylenebilirken, velayette veli üzerinde bir kontrol hakkı yoktur.

Velayette veli, küçüğün bakım ve ihtiyaçlarını kendi imkanı ile karşılamakla yükümlüdür. Vesayette ise bu durum vesayet altındaki küçüğün mal varlığından karşılanır ve yetmediği durumda vasinin bir sorumluluğu yoktur⁵⁹⁶.

Vesayette, vesayet altındaki kişi kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahipse TMK m. 450/f. 1 gereği vasi, önemli işlerde onun da görüşlerini alması gerekir. Velayette ise veli küçüğün malları üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Velinin, küçüğün mallarına ilişkin iş ve işlemlerde onun görüşünü almak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Vesayet altındaki küçüğün yerleşim yeri, hakkında kısıtlama kararı veren vesayet makamının yani Sulh Hukuk Mahkemesi'nin bulunduğu yerdir. Velayet altındaki küçük yönünden ise yerleşim yeri anne ve babanın ortak yerleşim yeridir. Velayet eğer anne

⁵⁹³ İstisnası TMK m. 345: Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hakim onayına bağlıdır. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁵⁹⁴ Taşınmazların alımı, satımı, rehin edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak kurulması, olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehin edilmesi, olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri, ödünç verme ve alma, kambyo taahhüdü altına girme, bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması, vesayet altındaki kişinin bir sanat veya meslekle uğraşması, acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması, mal rejimi sözleşmeleri, mirasın paylaşılması ve miras payının devri sözleşmeleri yapılması, borç ödemedi aciz beyanı, vesayet altındaki kişi hakkında hayat sigortası yapılması, çıraklık sözleşmesi yapılması, vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi, vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi işlemlerinde vesayet makamının izni gerekir (TMK m. 462).

⁵⁹⁵ Vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesi, vesayet altındaki kişinin vatandaşlığa girmesi veya çıkması, bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması, ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölünceye kadar bakma sözleşmeleri yapılması, mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması, küçüğün ergin kılınması, vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması işlemlerinde vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gereklidir (TMK m. 463).

⁵⁹⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 470- 471.

veya babadan birine bırakılmışsa, küçüğün yerleşim yeri velayeti kendisine bırakılan kişinin yerleşim yeridir.

Velayet, küçüğün ergin olmasıyla sona erecektir. Ayrıca velinin ölümü, velayetin ebeveynlerden birine bırakılması ya da her ikisinden alınması gereken durumlarda da velayet sona erer. Vesayette ise vasinin süresinin dolması, vesayeti gerektiren halin ortadan kalkması veya vasiye ilişkin sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi durumunda vasinin görevi sona erecektir.

Vesayette vasinin görevi devam ederken bazı hallerde istifa etmesi veya mahkeme tarafından azledilmesi mümkündür. Ayrıca şartları mevcutsa vasilik görevini kabulden kaçınma hakkı da vardır. Ancak velayet kanundan doğan bir hak olması sebebiyle, velinin velayet hakkından azli, istifası veya feragati mümkün değildir. Velayet hakkının kaldırılması ancak TMK m. 348- 349’da düzenlendiği haliyle hakim kararı ile mümkün kılınmıştır.

II. ÇOCUĞUN VESAYET ALTINA ALINMA NEDENLERİ

Vesayeti gerektiren haller küçüklük ve kısıtlılıktır. Çalışmamızın konusu itibarıyla bu bölümde sadece küçüğe ilişkin vesayet altına alınma nedenleri incelenmiştir. Küçük ya da çocuk kavramından anlaşılması gereken erginlik yaşına ulaşmamış kişilerdir. Medeni Kanunumuz kural olarak küçüklerin ergin oluncaya kadar anne ve/veya babalarının velayetleri altında olacağını düzenlemiştir. Velayet altında olmayan küçük, velayetle tanınan hukuki korumadan faydalanması amacıyla vesayet altına alınır.

A. Ana-babanın ölümü

1. Evlilik devam ederken

Evlilik birliği devam ederken hem annesi hem de babası ölmüş olan çocuk vesayet altına alınır⁵⁹⁷. TMK m. 336/f. 3 gereğince anne ya da babadan biri ölürse, velayet sağ kalan eşe ait olacaktır. Bu durumda velayet devam ettiğinden çocuğa ayrıca bir vasi

⁵⁹⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 407; FEYZİOĞLU, s. 722; AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 477; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1272; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1038.

atanmasına gerek yoktur⁵⁹⁸. Velayeti tek başına yürüten anne ya da baba, çocuğun bakımı ve gelişimi konusunda bazı güçlüklerle karşılaşsa da, çocuğa ayrıca vasi atanmasını talep edemezler, ancak bir kayyım atanması mümkün olabilir⁵⁹⁹. Bu doğrultuda çocuğun yararı, güvenliği ve gelişimi tehlikeye düştüğü takdirde, anne veya baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim TMK m. 346 gereğince çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.

2. Boşanmadan Sonra

Boşanmadan sonra velayet kendisine verilen anne ya da babanın ölmesiyle velayet sağ kalan eşe kendiliğinden geçmez⁶⁰⁰. Sağ kalan eş velayetin kendisine verilmesi için TMK m. 183 gereği talepte bulunabilir. Hakim sağ kalan eş hakkında velayetin veriliş verilmeyeceği konusunda bir karar vermesi gerekir. Eğer sağ kalan eş hakkında velayet kararı verilmezse, çocuğa vasi atanır⁶⁰¹. Bu durum, üvey anne ya da babasına alışımsız ve onları biyolojik anne babası gibi sahiplenmiş, velayet hakkına sahip biyolojik anne babanın ilgilenmediği durumlarda söz konusu olmaktadır⁶⁰². Biyolojik anne babadan velayetin kaldırılması durumunda üvey anne ya da baba vasi olarak atanabilir. Sağ kalan

⁵⁹⁸ “..Davacının, nüfus kaydında T.. ve H..’nin müşterek çocuğu olduğunu, T..’nin ölümünden sonra H..’nin onu terk ettiğini ileri sürerek küçüğün vesayet altına alınması, kendisinin de vasi olarak tayin edilmesi istemiyle açtığı davanın kabulüne karar verildiği, hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut nüfus kaydından, vesayet altına alınması istenen 1990 doğumlu Ç..’nin, H.. ve T..’nin müşterek çocuğu olduğu, babasının 2001 tarihinde vefat ettiği, annesinin ise sağ olduğu görülmektedir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 336. maddesine göre, ana babadan birinin ölümü halinde velayet sağ kalan tarafa aittir. Aynı Kanunun 404. maddesinde de velayet altında bulunmayan küçüklerin vesayet altına alınacağı düzenlenmiştir. Babasının ölümü üzerine velayet hakkının anne tarafından kullanılmaya devam edeceği, anne hakkında velayetin nez’ine ilişkin bir karar da bulunmadığına göre velayet altında bulunan küçüğün vesayet altına alınamayacağı nazara alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..” Y. 2. HD. E. 2003/13684, K. 2003/15158, T. 10.11.2003 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁵⁹⁹ AKYÜZ, s.316.

⁶⁰⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 480; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1273; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 407.

⁶⁰¹ “..Davacı T. S. vekili tarafından hasımsız olarak açılan davada, davacı ile H. K.’nin boşanması üzerine velayet kendisine verilen annenin 2002 tarihinde vefat ettiği belirtilerek küçüğün velayetinin davacı babaya verilmesinin talep edildiği yargılama sırasında yapılan araştırma sonucunda Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesinin ... tarihli ilamıyla T. S.’nin eski eşi H. K.’yı taammüden öldürmek ve 6136 Sayılı Kanuna Muhalefet suçundan onsekiz yıl üç ay ağır hapis cezası ve ağır para cezası ile mahkumiyetine karar verildiğinin ve halen cezaevinde bulunduğu anlaşılmaması üzerine küçük B.’nin velayetinin anneannesi S. K.’ya verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Velayet hakkı, münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından hüküm gerekçesine göre davanın reddine karar verilmesi ve küçüğe vasi tayin edilmesi için durumun vesayet makamına bildirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..” Y. 2. HD. E. 2005/7730, K. 2005/9943, T. 27.6.2005. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁶⁰² AKYÜZ, s. 316- 317.

eşin velayetin kendisine verilmesine dair bir talebi bulunmazsa çocuğa yine vasi ataması yapılacaktır. Burada velayetle ilgili karar, vesayet makamı tarafından vesayete ilişkin karar yönünden bekletici mesele olmalıdır⁶⁰³.

Boşanmada olduğu gibi hakim ayrılığa karar verdiğinde de velayet hakkının kullanılmasına ilişkin gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür⁶⁰⁴.

3. Evli Olmayan Ana Ya Da Babanın Ölümü

Evlilik dışında doğan çocuğun annesi olan soy bağı doğumla kurulmuş olur. Anne kanun gereği çocuğun velayetine sahip olacaktır. Ancak bazı durumlarda velayet annede değilse ya da anneden alınmışsa hakim çocuğun yararına göre hareket edecektir. Anne, küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmış olabilir. Bu durumda hakim velayeti babaya verebileceği gibi, çocuğa vasi atanmasına da karar verebilir⁶⁰⁵. Somut olayın özelliğine göre ve çocuğun menfaati göz önüne alınarak kararın verilmesi gerekir.

4. Evlat Edinenin Ölümü

TMK m. 314 gereğince, asıl anne babaya ait velayet hakkı, evlat edinme işlemleri tamamlanınca evlat edinen kişiye veya eşler birlikte evlat edinmişlerse birlikte evlat edinen kişilere geçer.

⁶⁰³ “..Vesayet hakkındaki hükümler kamu düzenine dair olup, aslolan ergin olmayan çocukların velayet altında bulunmasıdır. Mahkemece yukarda gösterilen yasal düzenlemeler de dikkate alınarak velayet durumunun araştırılması, sağ ve ergin olduğu anlaşılan anne Ç. B.'tan küçük H.'nın velayetinin kaldırılmasına dair bir karar bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, bu yönde açılmış bir dava varsa sonucunun beklenmesi, oluşacak sonuca göre vesayet konusunun değerlendirilmesi gerekirken, bu incelemelere girilmeksizin eksik incelemeyle küçüğün vesayet altına alınmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir..” Y. 18. HD. E. 2014/15381, K. 2014/13475, T. 29.9.2014 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁶⁰⁴ Y. 2. HD. E. 2007/18458, K. 2008/17300, T. 18.12.2008 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁶⁰⁵ “..Davalı annenin evlilik dışı ilişkilerinden olan tanıma ile soybağı kurulan çocuğunu bir müddet birlikte yaşadktan sonra terk ettiği, bir daha çocuğu arayıp sormadığı, çocuğun babaanne yanında kaldığı, ancak babanın çocukla devamlı ilgilendiği, yargılama sürecinde de çocuğu yanına aldığı, çocuğun baba ile birlikte yaşadığı anlaşılmakla; annenin velayet görevini yerine getirmediği, velayetin kaldırılması koşullarının oluştuğu, davacı babanın da velayet görevini üstlenmesine engel bir durumunun bulunmadığı anlaşıldığından davanın kabulü ve velayetin davacı babaya verilmesi yerine, davanın reddi ile annenin çocuk üzerindeki velayetinin kaldırılmasına çocuk için vasi atanması için ihbarda bulunmasına karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir..” Y. 2. HD. E. 2016/13524, K. 2016/12659, T. 28.6.2016 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

Evlat edinen kişi ya da kişilerin ölmesi, evlatlık ilişkisinin kaldırılması veya velayetin evlat edinenden kaldırılması durumunda, evlatlık çocuk kendiliğinden biyolojik anne babasının velayeti altına girmez⁶⁰⁶. Bu durumda hakim, çocuğun velayetini biyolojik anne ve babasına verilebileceğı gibi çocuğa vasi atanmasına da karar verebilir⁶⁰⁷. Evlat edinmeyle birlikte çocuğun sosyal çevresi esaslı bir değışikliğı uğradığından, alışmış olduğı bu çevreden başka bir çevreye getirilmesi onun duygusal ve bilişsel gelişimini olumsuz etkileyebileceğinden, çocuğun menfaati doğrultusunda bir karar vermek gerekir⁶⁰⁸. Biyolojik anne babanın çocuğa vasi atanması durumunda dahi küçüklerde velayetin asıl olduğı kuralı gereğı çocuk hakkında yine velayet hükümleri uygulanacaktır⁶⁰⁹.

B. Ana ya da Babanın Kayıplığı

Kişinin kayıplığı kişiliğı sona erdiren hallerden biri olarak kabul edilir. TMK m. 32 gereğince; *“Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğıne karar verebilir.”* Kişi hakkında gaiplik kararı verilmesiyle kişi ölmüş kabul edilir.

Velayete sahip anne ve/veya baba hakkında gaiplik kararı verilmiş olması durumunda, anne ve/veya babanın ölmüş olması ile aynı hüküm ve sonuçlar doğacaktır. Velayet sahibi anne ve baba her ikisi hakkında gaiplik kararı verilmesi durumunda çocuğa vasi atanacaktır.

C. Velayetin Kaldırılması

⁶⁰⁶ “..Evlat edinme muamelesinin tamamlanmasıyla evlat edinen kimseye geçen küçük üzerindeki velayet hakkı, bu kimsenin, ölümüyle kendiliğinden asıl ana ve babaya dönemez ve geçemez. Bu gibi hallerde küçüğe bir vasi tayini gerekir..” YİBGK, E.1954/17, K. 1954/24 T. 10.11.1954 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁶⁰⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 407; GENÇCAN, Vesayet, s. 302- 304; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1274; AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 480- 481.

⁶⁰⁸ AKYÜZ, s. 317.

⁶⁰⁹ ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğeri Eşin Rıza ve Onamına Bağı İşlemler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 822.

Velayet sahibi anne ya da babanın her ikisi veya velayeti tek başına kullanan kişi hakkında kısıtlama kararı verilmiş olabilir (TMK m. 405- 408)⁶¹⁰. Velayet sahibi anne baba hakkında kısıtlama kararı verilmemiş olsa da velayet yetkileri geçici olarak ellerinden alınmış olabilir⁶¹¹.

TMK m. 348 gereğince velayet sahibi anne babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzer bir sebeple çocuğa yeterli ilgiyi göstermemeleri ve çocuğa karşı yükümlülüklerini ağır bir biçimde savsaklamaları durumunda hakim, velayetin kaldırılmasına karar verebilir. Hakim velayetin kaldırılmasına karar verdiği takdirde çocuğa vasi atanır⁶¹².

TMK m. 349 gereğince boşandıktan sonra velayet kendisine bırakılan tarafın yeniden evlenmesi durumu başlı başına velayetin kaldırılmasını gerektiren bir durum

⁶¹⁰ “..Küçük, 2005 doğumlu olup, evliliğin devamı sırasında babanın 15.2.2011 tarihinde ölümü ile çocukların velayeti davacı anneye kalmıştır (TMK m. 336/3). Davacı anne, Türk Medeni Kanununun 405/1. maddesi uyarınca kısıtlanmış, annesinin velayeti altına bırakılmış, davaya konu çocuğa davalı büyükbaba vasi olarak atanmıştır. Davacı, küçüğün annesi olup, vesayet kararının kaldırılmasını ve velayetin kendisine verilmesini istemiştir. Küçük vesayet altında bulunduğu göre vesayete dair bu karar usulüne uygun biçimde kaldırılmadan, velayetin tevdiine dair bu dava incelenemez. O halde, davanın öncelikle vesayetin kaldırılması talebini içermesi sebebiyle, bu bölüme yönelik istemlerin vesayet makamı tarafından incelenmesi gerekli olduğundan davanın vesayetin kaldırılmasına dair bölümünün tefrik edilerek Sulh Hukuk Mahkemesine görevsizlik kararı verilmesi, vesayet makamı tarafından verilecek karara göre de velayet davasıyla ilgili olarak işin esası hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır..” Y. 2. HD. E. 2016/12465, K. 2016/12663, T. 28.6.2016 (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁶¹¹ GENÇCAN, Vesayet, s. 288; ÖZÜĞÜR, s. 978; “..Koruma altına alınan çocuğun annesinin akıl hastası, babasının da cezaevinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda küçüğün annesi ve babasının vesayet altına alınması için Sulh Hâkimine ihbarda bulunup sonucunun beklenmesi, şayet vasi tayin edilirse, davacıya velâyetin nez'i davası açması için mehil verilmesi ve açıklanacak davanın sonucuna göre karar verilmesi gerekir...” Y. 2. HD., E. 15207, K. 538, T. 15.01.2001, ERTÜRK, s. 16.

⁶¹² ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1272; FEYZİOĞLU, s. 722; ÖZÜĞÜR, s. 822; “..Mahkemece alınan uzman raporunda, davalı annenin velayeti artık üstlenmek istemediği belirtilmiştir. Yine, karar tarihinden sonra davalı annenin çocuğu İstanbul'da bulunan davacı babanın yanına gönderdiği, orada okula gitmesi için muvafakatname verdiği ve küçük M.'un İstanbul ilinde okula başladığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında Türk Medeni Kanunun 348. madde koşulları oluşmuştur. Açıklanan nedenlerle velayetin davalı anneden alınarak davacı babaya verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru olmamıştır..” Y. 2. HD. E. 2013/7715, K. 2013/26702, T. 18.11.2013 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Aynı yönde, Y. 2 .HD., E. 2016/13524, K. 2016/12659, T. 28.6.2016; Y. 2. HD., E. 2016/8657, K. 2016/9149, T. 4.5.2016; Y. 2. HD, E. 2013/7715, K. 2013/26702, T. 18.11.2013; Y. 2. HD., E. 2013/939, K. 2013/20212, T. 9.9.2013; Y. 2. HD., E. 2013/4373, K. 2013/7946, T. 21.3.2013; Y. 2. HD., E. 2011/4655, K. 2011/18053, T. 3.11.2011; Y. 2. HD., E. 2010/14815, K. 2011/309, T. 18.1.2011 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

değildir. Ancak çocuğun yararı gerekli kılıyorsa velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, velayet kaldırılarak çocuğa vasi atanmasına da karar verilebilir⁶¹³.

III. Vasi Seçiminde Çocuğun Katılım Hakkının Analizi

TMK m. 404 gereğince velayet altında bulunmayan her çocuk vesayet altına alınacaktır. Buna göre, çocuğun anne babasının ölümü, kayıplığı ya da her hangi bir nedenle velayetin kaldırıldığı durumlarda çocuğa vasi atanması için idari makamlar, noterler veya nüfus memurları vesayet makamına bildirimde bulunmakla yükümlüdürler. Anne babanın kısıtlanması, velayetin anne babadan kaldırılması gibi çocuğa vasi atanmasını gerektiren bir karar veren mahkeme de vesayet makamına durumu bildirmekle yükümlüdür.

TMK m. 445'e göre vasinin çocuğun bakımına ve eğitimine özen göstermesi gereklidir. Vasi görevini yerine getirirken kendisini anne baba gibi hissedebilmeli ve çocukla arasında güvene dayalı bir ilişki tesis edebilmelidir⁶¹⁴. Bu nedenle vasinin seçimi önemlidir.

Medeni Kanunumuz vasi seçiminde hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Hakim her somut olayın özelinde vasilik görevini yerine getirebilecek uygunlukta olan ergin bir kimseyi vasi olarak atayacaktır (TMK m. 413). Böylece vasi tayininde, vasilik görevini yerine getirme hususunda uygun olma ve ergin olmak üzere iki olumlu şartın varlığı aranmaktadır⁶¹⁵.

⁶¹³ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 480; “..Dava velayetin nez'i davasıdır.Velayeti üstlenen anne veya babanın tekrar evlenmiş olması; tek başına velayetin değiştirilmesi için yeterli değildir. Çocuğun menfaati (üstün yararı) gerektirdiği takdirde, velayet değiştirilebilir. Velayetin değiştirilmesinin çocuğun menfaatine olacağına ilişkin bir delil de mevcut ise velayetin değiştirilmesi talebinin reddine karar verilmesi gerekir..” Y. 2. HD., E. 2013/4764, K. 2013/25031, T. 4.11.2013; “..Müşterek çocuğun velayeti, boşanma kararıyla davalı anneye bırakılmış, karar kesinleşmiştir. Çocuğun, annesiyle birlikte yaşamak istemediği, babasının yanını tercih ettiği görülmektedir. Velayetin düzenlenmesinde aslolan çocuğun üstün yararadır. Annenin başkasıyla evlenmiş olduğu, eşiyle birlikte Bodrum'da yaşadığı, babanın ise, çocuğun eğitim ve öğretim gördüğü İstanbul'da yerleşmiş bulunduğu, çocuğun babasının yanını tercih ettiği gözetildiğinde baba yanında kalmasının bedeni fikri ve ahlaki gelişimine engel olacağı yönünden bir delil ve sebep de bulunmadığına göre, velayetin anneden alınıp, babaya verilmesi uygun olacaktır..” Y. 2. HD., E. 2013/2773, K. 2013/21832, T. 25.9.2013 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁶¹⁴ AKYÜZ, s. 319; ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 1168.

⁶¹⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile Hukuku, s. 489.

A. Çocuğa Vasi Atanmasında Aranılan Uygunluk Sebepleri

TMK m. 413/ f. 1 gereğince yalnızca gerçek kişiler vasilik görevine atanabilmektedir. Çocuğa vasi atanmasında, vasi olarak atanacak kişinin her yönüyle genel anlamda vasilik görevini yerine getirmede uygun kişi olması gerekir. Vasi atanacak kişinin vasiliğe uygun olması demek, kendisine verilen işleri yerine getirme konusunda her yönden yetenekli olması ve işleri yürütme becerisine sahip olması demektir⁶¹⁶. Vesayeti altındaki küçüğün işlemlerini yapabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerektiğinden, vasi atanacak kişinin ergin olması da şarttır (TMK m. 413/ f. 1). Bunların yanı sıra, TMK m. 418’de yer alan vesayete engel nedenlerin, vasi olarak atanacak kişide bulunmaması gerekir. Kendisi zaten vesayet altında bulunan kişiler, kamu hizmetinden yasaklı olan kişiler veya haysiyetsiz hayat sürenler, vesayet altına alınacak kişi ile yararları çatışanlar veya düşmanlığı bulunanlar ve ilgili vesayet dairesi hakimleri vasi olarak atanamazlar.

Vasi atanmasında hakim vasi olarak düşünülen kişinin hem genel hem de özel anlamda yeterliliğini araştırmakla yükümlüdür⁶¹⁷. Çünkü reşit bir kişiye vasi olarak atanmak için yeterli olan bir kişi, çocuğa vasi olarak atanmak için aynı yeterlilikte kabul edilmeyebilir. Çocuk söz konusu olduğunda, vasi atanacak kişide vasiliğe engel hallerin bulunmaması yeterli olmaz, ayrıca bir takım olumlu özellikler de çocuğun güvenliğinin sağlanması için aranır. Kişisel ve mali durum ile diğer durum ve koşulların vesayet görevini yerine getirme konusunda yeterli olması aranır. Vasinin, çocuğun kişiliğine özen gösterebilmesi için ebeveynlere özgü bazı özellikleri taşıması ve yardım arzusunun da bulunması gerekir⁶¹⁸. Önemli olan çocuk ile vasi arasında güven ilişkisi tesis edilebilmesidir.

Çocuğa atanacak vasinin seçiminde, kişinin yaşam koşullarının da dikkate alınması gerekir. Vasi atanacak kişinin sürekli meşguliyeti olan ya da uzun süreli

⁶¹⁶ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 416; KOÇ, s. 114; OĞUZMAN/ DURAL, s. 461.

⁶¹⁷ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 416; KOÇ, s. 114; AKINTÜRK/ ATEŞ, Aile Hukuku, s. 489.

⁶¹⁸ AKYÜZ, s. 320; ZEVLİLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 1168.

seyahatleri barındıran bir meslek sahibi olmaması gerekir ya da vasilik görevini gereği gibi yerine getirmeye engel kişisel sorunlara sahip olmaması da aranır.

Çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda ehil birinin olması vasi seçiminde belirleyici olacaktır. Özellikle çocuğun kişiliğine önem vermesi beklenir. Hakim kendisine vasi atayacağı kişinin mallarını, yapılacak işlemlerin özelliklerini, vasi atanacak kişinin eğitimi ve çocuğun durumu, yaşı ve kişilik özelliklerini de göz önüne alarak vasi ataması yapacaktır⁶¹⁹. Vasi, çocuklara karşı anlayışlı, çocuk yetiştirme konusunda bilgili ve tecrübe sahibi olmalıdır. Özel eğitime muhtaç çocuklar için ise vasi ataması yapılırken daha dikkatli davranılması gereklidir⁶²⁰. Çocuğun kişisel özellikleri ve yetenekleri ile vasinin bu konuda eğitimi olması tercih edilme nedenlerini oluşturacaktır.

B. Çocuğun ya da Anne veya Babasının İsteği

Çocuğa vasi atanmasında, TMK m. 415 gereğince haklı nedenler engel olmadıkça çocuğun kendisinin ya da anne veya babasının isteği göz önüne alınmaktadır⁶²¹. Haklı sebeplerin varlığı halinde hakim talep edilen kişiden başkasını da atayabilir.

Özellikle anne ve babanın ölmesi durumunda çocuğa vasi atanmasında, öncesinde kimin olacağına dair bir talepleri varsa bunun dikkate alınması gerekir⁶²². Bu konuda anne ve babanın çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesinde uygun kişiyi öngörebileceği kabul edilir. Vasi atanmasında ebeveynlerin isteğinin dinlenilmesi velayet hakkı ile ilgili değildir. Bu nedenle velayetin kaldırıldığı durumlarda da ebeveynlerin vasi konusundaki isteklerinin göz önünde bulundurulması gerekir⁶²³. Hakim ebeveynlerin talebini incelemekle yükümlüdür, ancak onların isteği doğrultusunda karar vermekle yükümlü değildir, başka bir kişiyi de vasi olarak atayabilir. Bu durumda mahkeme gerekçesini açıklamak

⁶¹⁹ ACAR UMUT, s. 94; AKYÜZ, s. 320; AKINTÜRK /ATEŞ, s. 489; ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 1168- 1169.

⁶²⁰ AKYÜZ, s. 320.

⁶²¹ “..Mahkemece vesayet altına alınmak istenen ergin A'nın bakım ve gözetimini yapan annesinin ifadesine başvurularak, öncelikle annenin velayeti altına alınması kuralı bulunduğu vasi olarak davacının atanması konusunda haklı sebeplerin olup olmadığının değerlendirilmesi, anne dışında bir kişinin vasi olarak atanmasına gerek görülmesi halinde, annenin davacıyı vasi olarak göstermesi durumunda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” Y. 2. HD. E. 2004/15802, K. 2005/1935, T. 14.2.2005 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁶²² AKYÜZ, s. 321.

⁶²³ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1306; GENÇCAN, Vesayet, s. 445; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 419.

durumundadır⁶²⁴. Her koşulda hakimın, talep edilen kişinin ya da başka bir kişinin vesayet görevine ve çocuğun yararına uygun olup olmadığını titizlikle incelemesi gerekir.

TMK m. 415 düzenlemesine göre vesayet altına alınacak kişinin de görüşü dikkate alınır. Çocuğa vasi atanması durumunda anne ve babasının görüşünün alınması gibi çocuğun da görüşünün alınması gerekir. Çocukla vasi arasındaki kişisel ilişkinin ve güven ilişkisinin kurulabilmesi için de çocuğun vasi konusundaki görüşlerinin dikkate alınması gerekir. Nitekim, bu aynı zamanda ÇHS m. 12 ile de güvence altına alınmış çocuğun katılım hakkının da bir gereğidir. Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her işlemde görüşünü bildirme hakkı, vasi belirlenesinde de dikkate alınması gerekir. Bu hususta vesayet makamı vasi atanmasından önce ayırt etme gücüne sahip çocuğu öncesinde dinlemesi gerekir. Hakim, çocuğun istediği kişinin vesayet görevini üstlenme konusunda ehil olup olmadığı yönündeki incelemesini yine titizlikle yapmakla yükümlüdür. Vasi atanması konusunda anne veya babanın isteği ile vesayet altına alınacak kişinin isteğinin çatışması halinde ise ayırt etme gücüne sahip olan kendisine vasi atanacak kişinin isteğine üstünlük tanınması gerekir⁶²⁵.

C. Çocuğun Yakınlarının Öncelik Hakkı

TMK m. 414 gereğince, haklı sebepler engel olmadıkça ve vasilik görevine uygun olduğu müddetçe vesayet makamı, vasilik görevi için öncelikle vesayet altına alınacak kişinin eşini veya yakın hısımlarından birini atar. Ebeveynler veya çocuk vasi konusunda bir istek bildirmemişlerse, vesayet makamı hısımlara öncelik tanınıp tanınmayacağını incelemesi gerekir. Bu konuda yerleşim yerlerinin yakınlığı ile kişisel ilişkiler dikkate alınır. TMK m. 414 hükmü vasinin yararı için değil çocuğun yararı için düzenlenmiştir⁶²⁶. Çocuğun, kendi akrabalarıyla daha yakın ilişkiler kurabileceği ve çocuğun yararlarının yakınları tarafından daha iyi korunabileceği düşüncesi temelinde şekillenmiştir. Bu nedenle özellikle çocuğa vasi atanmasında hısımların öncelik hakkı önemlidir.

⁶²⁴ AKINTÜRK, s. 491; ÖZÜĞÜR, s. 562.

⁶²⁵ GENÇCAN, Vesayet, s. 445.

⁶²⁶ AKYÜZ, s. 322.

Vasi atanmasında hısımların öncelik hakkı konusunda hısım kavramından kan ve kayın hısımlığı fark etmeksizin her iki hısımlık türünden bahsedilmektedir⁶²⁷. Kanunla düzenlenen öncelik hakkı vasiliğe atanma konusunda hısımlara mutlak bir talep hakkı vermemektedir. Öncelikle haklı sebeplerin engel teşkil etmemesi gerekir. İkinci olarak da hakim, vesayet görevini yerine getirme konusunda kişinin uygun olup olmadığını ayrıca ayrıntılı olarak incelemesi gerekir. Eğer vasiliğe uygun olmadığına kanaat getirirse hakim başka bir yetkin kişiyi çocuğa vasi olarak atayabilir.

Hakkında koruma kararı alınarak bir aile yanına ya da kuruma yerleştirilen çocuğa atanacak vasi hakkında Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük (VVMT) m. 12'de bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, yanına yerleştirildiği aileden uygun bir kişi ya da yerleştirildiği kurum müdürü veya kurumda çalışan bir uzman, çocuğa vasi olarak atanabilir.

Vasiliğin kamu görevi niteliği vardır⁶²⁸. TMK m. 416'da aynı yerleşim yerinde oturan kişilerin vasiliğine atananların, bu görevi kabul etme yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu nedenle farklı yerleşim yerinde oturma dışında vasi olarak atanan kişinin bu görevi kabul etme yükümlülüğü vardır. Bu düzenlemenin istisnası olarak vasilikten kaçınma hakkı ise TMK m. 417'de düzenlemiştir⁶²⁹.

IV. VASİ GÖREVİNİ İFA EDERKEN ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

⁶²⁷ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1307; GENÇCAN, Vesayet, s. 445.

⁶²⁸ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1309.

⁶²⁹ TMK m.417: Aşağıdaki kişiler vasiliği kabul etmeyebilirler:

1. Altmış yaşını doldurmuş olanlar,
2. Bedensel “engelleri” veya sürekli hastalıkları sebebiyle bu görevi güçlükle yapabilecek olanlar,
3. Dörtten çok çocuğun velisi olanlar,
4. Üzerinde vasilik görevi olanlar,
5. Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, hakimlik ve savcılık mesleği mensupları.

Vasinin görevlerinin genel hatları TMK m. 403/f. 1’de belirtilmiştir. Buna göre vasi, vesayet altındaki çocuğun kişilik ve malvarlığı değerlerini korumak ve onu temsil etmekle görevlidir. Vesayet altındaki çocuğun malları varsa, vasi görevine başladığında vesayet makamının belirleyeceği bir temsilci ile birlikte malların defterini tutacaktır (TMK m. 438/f. 1). Çocuk eğer ayırt etme gücüne sahipse defter tutulurken hazır bulundurulması gerekir. Vesayet altındaki çocuğun malvarlığı yoksa defter tutulmasına da gerek yoktur ve bunun vesayet makamına bildirilmesi gerekir (VVMT m. 16).

TMK m. 439 gereğince vasi, varsa çocuğa ait kıymetli evrak, belge gibi değerli eşyaları vesayet makamının denetimi altında bir banka kasasına veya güvenilir bir yere koyar. Zorunluluk olmadıkça vesayet altındaki çocuğun kendisi veya ailesi için değerli olan eşyalar satılmaz ancak çocuğun yararı gerektiriyorsa vesayet makamının talimatı ile kıymetli eşya dışındaki taşınırılar satılır (TMK m. 440). Yine çocuğun yararı gerektiriyorsa vasi çocuğa ait taşınmazları da vesayet makamının izni ile satabilir (TMK m. 444/f. 1).

Vesayet altındaki çocuk, ticari, sınai veya benzeri bir işletme sahibiyse bu işletmelerin akıbetine vesayet makamı karar verecektir (TMK m. 443). Kararda çocuğun yararının güvenceye alınması ve işletmelerin olası riskleri etkili olacaktır. Devam edilmesine karar verilen işletmelerin yürütülmesi vasinin görev alanına dahildir.

Vasi görevlerini yerine getirirken gerekli özeni göstermek zorundadır. Vesayet altındaki çocuğun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri de almakla yükümlüdür (TMK m. 445). Bu konuda vasi, ebeveynlerin yetkilerine sahip olmakla birlikte görevini yerine getirirken oluşacak masraflar vasiye yükletilemez⁶³⁰. Bu durumda öncelikle anne babanın masrafları karşılama yükümlülüğü vardır. Bu mümkün değilse vesayet altındaki çocuğun malvarlığından karşılanır. Çocuğun malvarlığı da yoksa vasi, nafaka yükümlüsü hısımlara⁶³¹, bundan da sonuç alamazsa devletin ödemesi için gerekli yollara başvuracaktır⁶³².

⁶³⁰ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1385.

⁶³¹ Nafaka yükümlüsü hısımlar TMK m. 364’e göre altsoy, üstsoy ve kardeşlerdir. Kardeşlerin nafaka yükümlüsü olabilmeleri için refah için olmaları gereklidir.

⁶³² GENÇCAN, Vesayet, s. 537; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 427.

Vasi, vesayet altındaki çocuğun bedensel ve psikolojik sağlığını korumak, fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini sağlamakla yükümlüdür. Vasi yetkilerini kullanırken bazı sınırlamalara da tabi tutulmuştur. TMK m. 462⁶³³ ve m. 463⁶³⁴'e göre bazı önemli konularda vesayet makamlarının onayını almak ve bu makamlara hesap vermekle yükümlüdür. Bu sınırlar dışında vasi, çocukla ilgili kararları her zaman çocuğun yararını gözeterek serbestçe alacaktır.

B. Vesayet Altındaki Çocuğun Görüşünün Alınması

Vesayet altındaki çocuk görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasinin önemli işlerde karar vermeden önce ve olanak ölçüsünde, çocuğun görüşüne başvurması gerekir (TMK m. 450/f. 1). Kanunda, çocuğun görüşünün alınması gereken önemli işlerin ne olduğu konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak TMK m. 462- 463'de düzenlenen vesayet ve denetim makamından izin alınmasını gerektiren haller, taşınmazlara özgü işlemler, malvarlığını ilgilendiren durumlar, yüksek meblağlı işlemler, meslek seçimi gibi kişisel kararları içeren durumlar önemli işler olarak kabul edilebilir⁶³⁵. İşin önemli olup olmadığına her işin niteliğine göre değerlendirip karar verecek olan kişi vasideir.

TMK'da vesayet devam ederken vesayet altındaki kişinin dinlenilmesi gerektiğine yönelik bazı düzenlemeler de mevcuttur. Vesayet altındaki kişinin malvarlığına ait hesabın hakim tarafından incelenmesi sırasında vesayet altındakinin

⁶³³ Vesayet makamının izninin gerekli olduğu haller: Taşınmazların alımı, satımı, rehin edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak kurulması; olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehin edilmesi; olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri; ödünç verme ve alma, kambiyo taahhüdü altına girme; bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması; vesayet altındaki kişinin bir sanat veya meslekle uğraşması; acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması; mal rejimi sözleşmeleri, mirasın paylaşılması ve miras payının devri sözleşmeleri yapılması; borç ödemededen aciz beyanı; vesayet altındaki kişi hakkında hayat sigortası yapılması; çıraklık sözleşmesi yapılması; vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi; vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi.

⁶³⁴ Vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu haller: Vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesi; vesayet altındaki kişinin vatandaşlığa girmesi veya çıkması; bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması; ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölüncüye kadar bakma sözleşmeleri yapılması; mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması; küçüğün ergin kılınması; vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması.

⁶³⁵ AÇIKGÖZ, s. 187; EŞELİOĞLU SEZGİLİ, Nevin, Vasinin Görevleri ve Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2007, s. 72.

görüşüne başvurulması (TMK m. 454/f. 3) ve vasinin atanması ile birlikte yönetilecek malvarlığına ilişkin defterin tutulması sırasında vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahipse de hazır bulunması gerekir (TMK m. 438/f. 2).

Vesayet altındaki çocuğun görüşüne başvurulması gereken bir konuda, vasinin çocuğu öncesinde bilgilendirmesi gerekir. Vasinin bunu yaparken çocuğun anlayacağı şekilde açık, sade ve anlaşılır bir dil ya da yöntem kullanması beklenir. Çocuk, yapılacak işlem hakkında tüm etki ve sonuçları olmak üzere her yönüyle yeterli düzeyde bilgilendirilmesi gerekir. Bu aynı zamanda vesayet altındaki çocuğun katılım hakkını kullanması ve görüşlerini sağlıklı bir şekilde oluşturabilmesi için hukuki bir gerekliliktir.

Vesayet altındaki çocuğun katılımına ilişkin düzenleme olan TMK m. 450/f. 1 hükmü, çocuğun katılım hakkının yerine getirilmesi yönünden yetersiz bir düzenlemedir. Madde hükmünün “görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olan çocuğun görüşü önemli işlerde ve olanak ölçüsünde alınır” şeklindeki düzenlenmesi ÇHS ile uyumlu değildir. Öyle ki çocuğun katılım hakkının düzenlendiği ÇHS m. 12’de yalnızca önemli işlerde değil, çocuğu ilgilendiren her konuda görüşünün alınması gerekmektedir. Ayrıca çocuğun görüşünün olanak ölçüsünde alınması yönündeki düzenlemeden de, çocuğun görüşünün alınmasının zorunluluktan ziyade imkan dahilinde olmasıyla söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır⁶³⁶. Bu doğrultuda görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip vesayet altındaki çocuğun görüşlerinin alınmasının önemli işler ve olanak ölçüsünde gibi kavramlarla sınırlandırılması, çocuğun katılım hakkını ÇHS ile uyumlu şekilde kullanmasına engeldir. Vasi önemli işlerle sınırlı olmaksızın çocuğu ilgilendiren her meselede onun görüşünü almalı ve bu görüşe itibar etmelidir⁶³⁷. Nitekim vasinin dinleme yükümlülüğünün düzenlendiği TMK m. 450/ f.1 hükmünün asıl amacı da vesayet altındakinin söz konusu işlem üzerinde katkı ve katılımının sağlanarak etkili bir korumaya yönelik desteğin alınmasıdır⁶³⁸. Böylece vasi ile vesayet altındaki çocuk arasında güven ilişkisi de güçlenmiş olur.

⁶³⁶ YILDIZ, Ekrem/ GÜRSOY, Serhan, Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul Ve Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 451.

⁶³⁷ ÖCAL APAYDIN/HIŞIM, s. 306.

⁶³⁸ ÖZMEN, İsmail, Açıklamalı Uygulamalı İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 1996, s. 402.

Vesayet altındaki çocuğun görüşlerinin alınabilmesi için anılan madde düzenlenmesinde her hangi bir yaş sınırı düzenlenmemiştir. Bu yönüyle ÇHS ile uyumlu olduğu söylenebilir. Nitekim, ÇHS m. 12’de yaş sınırlaması öngörülmemiştir, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğa kendisini ilgilendiren meselelerde görüşlerini ifade etme hakkı yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak tanınmıştır. TMK m. 450/ f. 1’de de vesayet altındaki çocuğun dinlenilmesinde sadece görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması kriteri düzenlenmiştir. Çocuğun görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olup olmadığını değerlendirecek olan kişi ise vasi olacaktır⁶³⁹.

TMK m. 450/ f. 1’de düzenlenen vasinin dinleme yükümlülüğüne rağmen vasinin vesayet altındaki görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip çocuğu dinlemeden yapacağı hukuki işlemler ve alacağı kararlar geçerli olacaktır⁶⁴⁰. Öyle ki, madde düzenlenmesinde ve devamında çocuğun katılım hakkını kullanmasına imkan verilmemesinin veya vasinin dinleme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımı düzenlenmemiştir. Bu haliyle de TMK m. 450/ f. 1’in çocuğun katılım hakkını kullanmasında etkin bir hukuki koruma sağladığı söylenemeyecektir. Madde düzenlemesi bu haliyle tavsiye niteliğinde bir hükümdür. Bununla birlikte vesayet altındaki çocuğun görüşüne başvurulmaması veya vasi tarafından yeterince bilgilendirilmemesi gibi katılım hakkının ihlali durumlarında, TMK m. 461/ f. 1 gereğince vesayet makamına şikayet ve itirazda bulunma hakkı da saklıdır.

C. Vasi ile Vesayet Altındaki Çocuğun Görüşünün Çatışması

Vasinin önemli işlerde görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip vesayet altındaki çocuğun görüşünü aldığı durumlarda vasinin görüşü ile çocuğun görüşü farklı olabilir. Vasinin önemli işlerde vesayet altındaki çocuğu dinleme yükümlülüğü bulunmakla birlikte çocuğun görüşüne uygun hareket etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁴¹. Vasi için asıl olan çocuğun menfaatine hareket etmektir. Vasi, vesayet altındaki çocuğun görüşünü alarak, gereken özeni göstererek ve çocuğun menfaatini her zaman ön planda

⁶³⁹ EŞELİOĞLU SEZGİLİ, s. 72; AÇIKGÖZ, s. 187.

⁶⁴⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 430; GENÇCAN, Vesayet, s. 564.

⁶⁴¹ FEYZİOĞLU, s. 661.

tutarak, duruma göre çocuğun görüşüne uygun veya görüşünden farklı şekilde hareket etmesi gerekir⁶⁴².

Vasi, vesayet altındaki çocuğun görüşüne uygun hareket etse de karar aşamasında tek başına hareket edecek ve aldığı karardan tek başına sorumlu olacaktır⁶⁴³. TMK m. 450/ f. 2 gereğince de, vasi vesayet altındaki çocuğun görüşüne uygun hareket etse de yapılan işlem sonucunda bir zarar meydana gelecek olursa, zarardan doğan sorumluluk vasiye ait olacaktır. Çünkü vasi her şeyden önce vesayet altındaki çocuğun yararını gözeterek hareket etmekle yükümlüdür. Bu nedenle vasi, vesayet altındaki çocuğun görüşü ne olursa olsun, önemli işlemlerde daha dikkatli ve titiz davranmalı, çocuğun menfaatini her zaman ön planda tutarak karar vermesi gerekir⁶⁴⁴.

Vasi görevini ifa ederken, almış olduğu karar veya yapmış olduğu bir işlemle vesayet altındaki çocuğun zarara uğraması durumunda vasinin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁵. Vasinin sorumluluğu, görevini ifa ederken iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermemiş olmasından kaynaklanmaktadır⁶⁴⁶. Vasinin vesayet görevini yerine getirirken TMK'nın öngördüğü madde hükümlerine aykırı davranması hukuka aykırılık olarak nitelendirilecektir. Bu doğrultuda vasinin, TMK m. 444, 445, 450 ve 454'e aykırı hareket etmesi hukuka aykırılığa örnek gösterilebilir⁶⁴⁷. Vesayet altındaki çocuğun görüşünün alınması gereken bir konuda vasi bunu yerine getirmezse veya vasi ile vesayet altındaki çocuğun görüşünün çatışması durumunda çocuğun menfaatine hareket etmeyerek zarara sebebiyet veren vasinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Vasinin özen yükümlülüğünün temelini kuşkusuz ki çocuğun menfaati oluşturacaktır. Buna uygun davranmayan vasi, hafif ihmali dahil her tür kusurundan sorumlu olacaktır.

Vesayet altındaki çocuğun görüşünün alınması gereken durumlarda vasinin çocuğu önceden bilgilendirmesi gerekir. Çocuğun görüşünün alınmadığı durumlarda

⁶⁴² GENÇCAN, Vesayet, s. 695.

⁶⁴³ ÖZMEN, s. 402; EŞELİOĞLU SEZGİLİ, s. 73; FEYZİOĞLU, s. 661.

⁶⁴⁴ ÖZÜĞÜR, s.902.

⁶⁴⁵ AKINTÜRK/ ATEŞ, Aile Hukuku, s. 532; DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 469.

⁶⁴⁶ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 469.

⁶⁴⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 532.

vasinin buna ilişkin gerekçelerini belirtmesi beklenir. Her ne kadar madde düzenlemesindeki hukuki yaptırım eksikliğinden dolayı, çocuğun görüşü alınmadan yapılan işlem geçerliliğini korusa da, vesayet altındaki çocuk hiç veya gereği gibi bilgilendirilmediğinden dolayı yapılan işlem nedeniyle bir zarara uğrarsa, oluşan zarardan vasi sorumlu olacaktır⁶⁴⁸.

D. Koruma Amacıyla Vesayet Altındaki Çocuğun Özgürlüğünün Kısıtlanması

Vasi, vesayet altındaki çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür (TMK m. 445). Bu bağlamda vasinin vesayet altındaki çocuğun kişiliğine özen gösterme yükümlülüğü, bakım ve eğitimi gerçekleştirmek amacıyla bir aile ya da kuruma yerleştirilmesini de kapsar. Vasinin çocuğu yerleştirme yetkisi TMK m. 445/ f. 2 gereğince vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasinin anne babanın yetkilerine sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Vasinin çocuğun bakımı ve eğitimi için gereken özeni göstermesi ve gerekli önlemleri alması kapsamına, koruma amacıyla vesayet altındaki çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması da girmektedir⁶⁴⁹. TMK m. 446 gereğince, vesayet altındaki çocuğun koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine vasinin başvurusu üzerine vesayet makamı karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde⁶⁵⁰ ise bu konuda vasinin kendisi bizzat karar verir ve durumu derhal vesayet makamına bildirir.

Vesayet altındaki çocuğun koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması için, çocuğun başka şekilde korunmayacağına ilişkin kuvvetli sebebin varlığı aranmaktadır. Çocuğa yönelik özen yükümlülüğünün yerine getirilmesinde ve eğitiminin sağlanmasında özgürlüğünün kısıtlanması yolu çocuğun korunmasında son çare ise

⁶⁴⁸ AÇIKGÖZ, s. 190.

⁶⁴⁹ İMAMOĞLU, S. Hülya, “Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)”, AÜHFD C. 54, S. 4, 2005, s.308. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/628153> E.T. 26.11.2021; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 427-428.

⁶⁵⁰ Bu hallere örnek olarak, madde bağımlılığı nedeniyle kriz geçiren küçüğün durumu nedeniyle hastaneye yatırılması ile küçüğün eğitimi için bir kuruma yerleştirilmesinin zorunlu olmasının gösterilebileceği yönünde bkzn. ACAR UMUT, s. 44.

başvurulmalıdır⁶⁵¹. Bu doğrultuda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, çocuğu somut olarak ihtiyacı olan korunma ve desteğin sağlanması yönünden elverişli ve zorunlu bir önlem niteliği taşıması gerekir⁶⁵². Aynı zamanda çocuğun yararı da bu önlemi gerekli kılmalıdır.

Vesayet altındaki çocuğun özgürlüğünün kısıtlanarak yerleştirildiği kurumun, gelişimini ve eğitimini sağlayacak özellikte olması gerekir. Çocuğun özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayıcı etkiye sahip vesayet kurumu bu tedbiri ile çocuğun korunmasına hizmet etmeyi amaçlar⁶⁵³.

Çocuğun koruma amacıyla özgürlüğünü kısıtlayıcı kuruma yerleştirilmesine vasinin başvurusu üzerine, yerleşim yeri vesayet makamı karar vermeye yetkilidir⁶⁵⁴. Gecikmesinde sakınca olan hallerde vasi karar verip, durumu derhal vesayet makamına bildirebilecektir. Oysaki TMK m. 462/ b. 13 gereğince vesayet altındaki çocuğun bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi durumunda vesayet makamının izni gereklidir. Ancak TMK m. 446'da böyle bir izin düzenlenmediği gibi vasiye olağanüstü bir yetki tanınmıştır⁶⁵⁵. Gecikmesinde sakınca bulunan haller ile sınırlanan bu durumda ilk müdahaleden sonra çocuğun uzun süre kurumda kalması gerekiyorsa, bu önleme ancak vesayet makamı karar verebilecektir⁶⁵⁶. Vesayet altındaki çocuğun yararı tehlikeye düşmüşse ve vasi çözüm bulamamışsa vesayet makamı kendiliğinden veya ilgililerin başvurusu üzerine de harekete geçebilir⁶⁵⁷.

Hakkında özgürlüğünü kısıtlayıcı yerleştirme kararı verilen çocuk, karar öncesinde bilgilendirilmesi gerekir. TMK m. 446/ f. 3 hükmüne göre özgürlüğünü sınırlandıran karara karşı itiraz edebilmesi için çocuğun on altı yaşını doldurmuş olması

⁶⁵¹ İMAMOĞLU, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 311; KARABAĞ BULUT, Nil, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (2), 517-561, 2020, s. 526.

⁶⁵² İMAMOĞLU, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 312.

⁶⁵³ ÖZTAN, Aile Hukuk, s. 1357; KARABAĞ BULUT, s. 532.

⁶⁵⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 428.

⁶⁵⁵ AKYÜZ, s. 330.

⁶⁵⁶ İMAMOĞLU, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 322-323.

⁶⁵⁷ İMAMOĞLU, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 322.

gerekir⁶⁵⁸. Bu hüküm ÇHS m. 12'ye aykırıdır. Nitekim, hakim çocuğun yararına aykırı olmadıkça her hangi bir yaş sınırı aramaksızın çocuğu dinlemesi çocuğun katılım hakkının bir gereğidir. Çocuğun dinlenilmesi ihtiyarı değil zorunlu olduğundan, anne babasının ya da diğer yakınlarının dinlenilmesi veya karara itiraz etmeleri çocuğun dinlenilmesinden vazgeçilmesini gerektirmez⁶⁵⁹. İsviçre Hukukunda amaç çocuğu korumak olsa da, ayırt etme gücüne sahip olmama durumunda da hakim ilgili kişiyi dinlemesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶⁰. Kaldı ki burada söz konusu olan çocuğun kişisel özgürlüğüne yönelmiş bir müdahaledir. Çocuğun katılım hakkı gereği de çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın görüşünün alınması gerekir. Söz konusu madde hükmünde, koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan çocuğun kendisinin bizzat karara itiraz edebilmesi için aranan on altı yaş sınırı da ÇHS ile çelişmektedir. Bu hususta madde düzenlemesinin çocuğun karara karşı itiraz hakkını kullanabilmesi için yaş sınırı getirmeksizin sadece çocuğun ayırt etme gücünün ölçüt olarak alınması gereklidir⁶⁶¹.

Hakim gerekli görürse çocukla birlikte vasiyi, çocuğun anne babasını veya yakınlarını da kararın nedenleri hakkında bilgilendirir. Çocuğun yakınları yoksa, hukuki korumanın sağlanması için vasi ile çocuk arasında menfaat çatışmasının olabileceği durumlarda TMK m. 426/ b. 2 gereğince çocuğa kayyım atanmalıdır⁶⁶².

TMK m. 437/ f. 3 hükmü gereğince hakim, hakkında özgürlüğü kısıtlamaya yönelik karar vereceği çocuğu dinlemesi gerekir. Böylece hakim, her somut olay özelinde koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanmasının gerekli olup olmadığı hususunda bir kanaate

⁶⁵⁸ “Söz konusu düzenleme 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun hazırlandığı sırada yürürlükte olan mülga İsviçre Medeni Kanunu m. 405/a hükmü göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Ancak, İsviçre Medeni Kanunu m. 405/a hükmü, 19 Aralık 2008 tarihli Ergin Koruması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukuku Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre kanun koyucusu, küçüğün koruma amacıyla kapalı bir kuruma yerleştirilmesi hususunda velayet ya da vesayet altında olup olmadığına bakmaksızın, koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin İsviçre MK. m. 426 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanmasını düzenlemiştir (velayet altındaki küçükler bakımından İMK. m. 314/b; vesayet altındaki küçükler bakımından İMK. m. 327/c). Bu kapsamda vasi, acil hallerde dahi küçüğü, koruma amacıyla bir kuruma yerleştirme hususunda yetkiye sahip değildir. Bunun yanı sıra kanun koyucu, çocukların yetkili makama başvurusu için öngörölmüş olan 16 yaş sınırını kaldırmış ve ayırt etme gücüne sahip olmasını yeterli görmüştür (İMK. m. 314/b)” **KARABAĞ BULUT**, s. 526, dn. 24.

⁶⁵⁹ **ÖZDEMİR**, Saibe, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.II, İstanbul, 2009, s. 1228.

⁶⁶⁰ **İMAMOĞLU**, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 327-328.

⁶⁶¹ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 428; **İMAMOĞLU**, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 334; **KARABAĞ BULUT**, s. 526.

⁶⁶² **İMAMOĞLU**, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 330.

varmış olması gerekir. Çocuğun dinlenilmesi için on altı yaş sınırı aranmaz, hakkında karar verilecek çocuğun bizzat kendisinin dinlenilmesi gerekir⁶⁶³. Çocuğun yararının zedelenebileceği durumlarda çocuğun dinlenilmesinden vazgeçilebilir, ancak bunun dışında çocuğun içinde bulunduğu somut duruma uygun şekilde dinlenilmesi katılım hakkının da bir gereğidir. Çocuğun yaşı, rahatsızlığı veya kişiliğinden kaynaklanan ya da farkı nedenlerle dinlenilmesinin mümkün olmadığı hallerde hakim dosyadaki belgelere göre karar verebileceği gibi gerekli görürse çocuğun yanı sıra vasi veya çocukla ilgili bilgi sahibi olan diğer kişileri de dinleyebilir⁶⁶⁴.

E. Vesayette Çocuğun Katılım Hakkı İhlallerinin Belirlenmesi

Çocuk ergin oluncaya kadar ebeveynlerinin velayeti altında bulunur. Çocuk ergin oluncaya kadar bağımsız kişiliğinin gelişmesinde anne ve babanın destek ve korumasına ihtiyaç duyar. Çocuğun velayet altında bulunmadığı hallerde ise çocuğa vasi atanacaktır. Vasi, anne ve babanın yerine geçerek bir nevi onların çocuğa karşı olan sorumluluklarını üstlenecektir.

Velayette olduğu gibi vesayette de çocuğun bakımı, gelişimi ve eğitimine özen göstermek en temel görevdir. Çocuğa karşı özen yükümünün ifasında vasi, anne ve babanın yetkilerine sahiptir. Ancak ebeveynlerden farklı olarak vasi özen yükümlülüğünü yerine getirirken, birçok işlemin yapılabilmesi vesayet makamlarının iznini gerektirdiğinden, önemli ölçüde vesayet dairelerinin denetimine tabi olmaktadır⁶⁶⁵(TMK m. 445/ f. 2). Vesayet makamlarının denetim yetkileri haricinde vasi, vesayet altındaki çocukla ilgili iş ve işlemlerini bağımsız olarak yürütür. Vasi çocuğun bakım ve eğitimine ilişkin kararları kendi takdir yetkisini kullanarak verecektir. Bu yönde vasi karar alırken her zaman çocuğun menfaatini göz önüne alarak ve buna uygun karar almakla yükümlüdür. Öyle ki, vesayet altındaki çocuğun menfaati, vasinin özen yükümünün ifasında yönlendirici ve sınırlayıcı bir ilke olarak kabul edilmektedir⁶⁶⁶.

⁶⁶³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 428.

⁶⁶⁴ İMAMOĞLU, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 338; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 809.

⁶⁶⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 427; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1385; GENÇCAN, Vesayet, s. 537; ACAR UMUT, s. 44.

⁶⁶⁶ İMAMOĞLU, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 305; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 531- 532.

Vasinin, yapılacak her işlemde ve aldığı her kararda vesayet altındaki çocuğun menfaatinin göz önünde tutulması demek çocuğun kişiliğine saygı duyulması ve onun dikkate alınması anlamına gelir. Bunun gereği de ancak çocuğun katılım hakkının sağlanması ile mümkün olacaktır. Velayette çocuğun katılım hakkının görünümü olan TMK m. 339/f. 3 hükmünün vesayet altındaki çocuk bakımından da uygulanması gerekir⁶⁶⁷. Buna göre vasi, çocuğun yaşı ve olgunluğuna göre kendi hayatını düzenleme imkanını vesayet altındaki çocuğa tanımakla yükümlüdür. Yine çocuğun katılım hakkı kapsamında yer alan çocuğun görüşlerinin dinlenilmesi vesayet hükümlerinde TMK m. 450/ f. 1’de düzenlenmiştir. Düzenlemede çocuğun görüşlerinin dinlenilmesinin önemli konularla sınırlandırılması katılım hakkının yerine getirilmesi bakımından yetersizdir. Vasi önemli işlerler sınırlı olmaksızın çocuğu ilgilendiren her meselede onun görüşünü almalıdır. ÇHS m. 12 gereğince de sadece önemli işlerde değil, çocuğu ilgilendiren her konuda katılımının sağlanması hukuki bir gerekliliktir.

TMK m. 453 ve m. 455 düzenlemeleri ile vesayet altındaki çocuğun fiil ehliyetinin genişletildiği durumlarda çocuğun iradesi belirleyici rol oynayacaktır. Bu doğrultuda vesayet altındaki çocuk yaşı ve olgunluğu ölçüsünde hayatını kendi iradesine göre makul şekilde düzenleyebilecek durumdaysa kendi başına hareket edebilir⁶⁶⁸. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında da durum böyledir.

Velayetten farklı olarak vesayete ilişkin TMK m. 450 hükmünde önemli konular sınırlaması olsa da çocuğun görüşünün alınması vasiye bir yükümlülük olarak yüklenmiş ve vasinin sorumluluğundan bahsedilmiştir. Yine velayete ilişkin hükümlerde çocuğun malvarlığına yönelik konularda çocuğun iradesinden hiç bahsedilmemiştir. Bu yönde vesayette çocuğun katılım hakkına yönelik düzenlemelerin yeterli olmasa da velayete göre daha ayrıntılı olduğu söylenebilir. Vesayete ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde velayet bakımından da uygulanması hususundan yola çıkarak TMK m. 450 hükmünün velayet ilişkisinde de uygulanması gerekir⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ İMAMOĞLU, Özgürlüğün Kısıtlanması s. 306; ACAR UMUT, s. 84.

⁶⁶⁸ İMAMOĞLU, Özgürlüğün Kısıtlanması, s. 306.

⁶⁶⁹ USTA, Velayet Hukuku, s. 335.

Vesayet altındaki çocuğun görüşünün alınması gereken işlemlerde görüşünün alınmaması durumunda vasinin bunu gerekçeleriyle bildirmesi gerekir⁶⁷⁰. Vasinin, çocuğun görüşünü almadan yapmış olduğu işlem hukuken geçerli bir işlem olacaktır. Çünkü çocuğun görüşünün alınmasına yönelik madde düzenlemesinde hukuki bir yaptırıma yer verilmemiştir. Yalnızca vasinin sorumluluğundan bahsedilmiştir. Buna göre, vesayet altındaki çocuk hiç veya gereği gibi yapılacak işlem hakkında bilgilendirilmeme nedeniyle veya görüşü alınmadan yapılan işlem nedeniyle bir zarara uğramışsa, meydana gelen zarardan vasi sorumlu olacaktır.

Vesayet altındaki çocuğun görüşünün alınması çocuğun ÇHS ile güvence altına alınan katılım hakkının da bir gereğidir. Vasi tarafından çocuğun görüşünün alınmaması veya yapılacak işlem öncesinde bilgilendirilmemesi çocuğun katılım hakkının ihlalidir. Katılım hakkı ihlal edilen vesayet altındaki çocuk TMK m. 461/ f. 1’de düzenlenen vesayet makamına şikayette bulunabilir. Buna göre, “ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikayette bulunabilir. Vesayet makamının kararlarına karşı tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir.” Hükümde düzenlendiği üzere, vesayet altındaki çocuğun şikayet hakkını kullanabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Şikayet hakkı vesayet altındakinin hakkının, kötüye kullanılmaması dürüstlük ilkesine uygun kullanılması temelinde şekillenmiştir. Böylece bir zarar meydana gelirse vasinin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Velayet altındaki çocuğun ise ebeveynlerinin kararlarına karşı şikayet veya itiraz hakkı bulunmamaktadır. TMK m. 346 vd. çocuğun korunmasına yönelik hükümler saklıdır. Şikayet hakkı, ayırt etme gücüne sahip olan çocuğa vasinin eylem ve işlemlerine karşı tanınmıştır. Bununla birlikte TMK m. 128’de yasal temsilcinin evlenme izni bakımından şikayette bulunma hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Doktrinde, madde düzenlemesinde geçen yasal temsilci kavramından hem veli hem de vasinin anlaşılması gerektiği bu nedenle şikayet hakkının velayet kurumu için de geçerli olacağı yönünde görüş vardır⁶⁷¹. Velayette şikayet hakkının kullanılamayacağı yönünde de görüş

⁶⁷⁰ AÇIKGÖZ, s. 190.

⁶⁷¹ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 36-38; FEYZİOĞLU, s. 34; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.755-756; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 91.

bulunmaktadır⁶⁷². Bu görüşe göre, söz konusu işleme izin vermemeye eklenen diğer olaylarla birlikte değerlendirildiğinde velayet görevinin ağır biçimde ihmal edildiği durumunda velayetin kaldırılmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir⁶⁷³. Velayet ve vesayet kurumlarının, yasal temsil yetkilerinin birbirine benzerlikleri dikkate alındığında vesayetteki şikayet hakkının velayette de uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Vesayette çocuğun katılım hakkı ihlalinde şikayet hakkını kullanmasının yanı sıra, çalışmanın ikinci bölümünde yer alan velayet hakkı kapsamında çocuğun katılım hakkı ihlallerinin belirlenmesi kısmında görüş ve öneri olarak belirtilen hususlar vesayet için de geçerlidir. Çocuğun katılım hakkı ihlalinde başvurabileceği hızlı ve etkili mekanizmaların da bulunduğu bir sistem çerçevesinde ulusal ve yerel düzeyde kurumsallaşmış, etkili bir çocuk izlemi gereklidir. Ayrıca vesayet altındaki çocukların koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik madde düzenlemesinin yeniden gözden geçirilmesi, vesayet altındaki çocuğun katılım hakkının ihlali sayılan, itiraz hakkını kullanmasında belirlenen yaş sınırlamasının kaldırılması ve velayet ile vesayet altındaki çocuk arasında ayırım yapmayan düzenlemelerin de yapılması gereklidir.

⁶⁷² **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 79; **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı V., Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku Cilt II, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965, s. 26.

⁶⁷³ **VELİDEDEOĞLU**, s. 26.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇOCUĞUN KENDİSİNİ İLGİLENDİREN YARGILAMALARA KATILIM HAKKI

I. ÇOCUĞUN TEMSİLİ

A. Genel Olarak

Çocuğun ehliyet durumundan dolayı her hukuki işlemi, bizzat kendisinin yapması mümkün değildir. Bu nedenle üçüncü kişilerle yapacakları işlemlerde çocuğun korunması ve sahibi oldukları hakları gereği gibi kullanamamaları durumunda olabilecek olumsuzlukların önüne geçmek amacıyla çocukların temsili gerekir. Çocuğun dava ehliyeti de hakları kullanma ehliyeti kapsamındadır ve çocuğun temsili söz konusu olacaktır.

Genel olarak temsil, bir kimsenin bir hukuki işlemi başka bir kimse adına ve hesabına yapması ve söz konusu işlemin hukuki sonuçlarını doğrudan doğruya adına işlem yapılan kişi üzerinde doğmasını sağlamasıdır⁶⁷⁴. Temsil yetkisi kaynağına göre kişinin kendi istek ve iradesi doğrultusunda kendisinin temsil etme konusunda

⁶⁷⁴ **OĞUZMAN**, M. Kemal/ **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, 2019, s. 221-223; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 441-442; **ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, 2015, s. 499-500; **AKYOL**, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul, 2009, s. 3-4; **KUTLU SUNGURBEY**, Ayfer, Yetkisiz Temsil, İstanbul, 1988, s. 37; **NOMER**, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 134; **RESİOĞLU**, s. 148-149; **İNCEOĞLU**, Mehmet Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 8; **KILIÇOĞLU**, s. 298; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip/ **HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2017, s. 622; **KARASU**, Bülent, Karşılaştırmalı Hukukta Temsil, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s. 60-61; **UZUN KAZMACI**, Özge, Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 79.

yetkilendirmesi şeklinde oluşan iradi temsil ile kişinin iradesi dışında kanundan doğan yasal temsil olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁷⁵. Çocuğun velisi ya da vasisi tarafından temsil edilmesi yasal temsil yetkisidir. Yasal temsilde asıl olan temsil olunanın menfaatinin korumaktır. İradi temsilden farklı olarak temsil olunan kişinin yaptığı işlemlere izin ya da onay vermek veya vermemek şeklinde de gerçekleşebilir⁶⁷⁶. Ayrıca temsil olunanın yasal temsilde temsilciye talimat verme imkanı bulunmamaktadır⁶⁷⁷. Burada talimat vermemeden kasıt, iradi temsilde temsil olunan kişinin temsilciye talimat verme imkanının olması ve temsilcinin de bu talimata uygun hareket etme yükümlülüğünün yasal temsilde söz konusu olmamasıdır. Temsil olunan kişinin görüşlerinin göz önüne alınması gerekliliği, talimat verme olarak düşünülmemesi gerekir.

B. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuğun Temsili

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun fiil ehliyeti tam ehliyetsizdir. TMK m. 15 hükmüne göre, kanunda belirtilen istisnai haller dışında tam ehliyetsiz kişilerin fiilleri hukuki bir sonuç doğurmayacaktır⁶⁷⁸. Tam ehliyetsiz çocuğun adına hukuki işlemi yasal temsilcisi olan veli ya da vasi yapacaktır.

Yasal temsilcinin, ayırt etme gücü olmayan çocuk adına hukuki işlemleri ve usul hukuku işlemlerini yapma yetkisi kanunda düzenlenmiştir⁶⁷⁹. Yasal temsilci, ayırt etme

⁶⁷⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 227-228; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 362; İNCEOĞLU, s. 13- 14; AKYOL, s. 343; REİSOĞLU, s. 149-150; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 623; UZUN KAZMACI, Temsil, s. 62.

⁶⁷⁶ AKYOL, s. 7; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 630; KARASU, s. 41. Yasal temsilcinin yapılan işleme göstereceği rızanın temsil olarak değerlendirilmeyeceği yönünde bkz. ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1117.

⁶⁷⁷ REİSOĞLU, s. 149-150; EREN, s. 450-451.

⁶⁷⁸ “..Kural olarak tam ehliyetsiz kişilerin hukuki işlemleri hükümsüzdür.(TMK md.15) Ancak bu kuralın istisnaları vardır. Bunlardan biri TMK.’nın 2. maddesinde de öngörülen dürüstlük kuralıdır. Buna göre, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. TMK.’nın 15. maddesinde hükme bağlanan kuralın istisnalarından biri de T.B.K.’nın 65. maddesi hükmüdür. T.B.K.’nın 114/2.maddesi yollamasıyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanması mümkün olan T.B.K.’nın 65. maddesi uyarınca hakkaniyet elverdiği takdirde tam ehliyetsiz olan kişi diğer tarafın batıl hukuki işlemin hükmü ifade ettiğine güveni sebebiyle oluşan zararından sorumludur. TMK’nın 452/2. maddesinde ise, vesayet altındaki kişinin fiil ehliyetine haiz olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış olması halinde onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olacağı öngörülmüştür. Buna göre kendisini ehil bir kişi gibi gösterip hukuki işlem yapan ve bu suretle karşı tarafı zarara uğratan ehliyetsiz kişinin bu zarardan sorumlu olacağının kabulü gerekir.” Y. 13. HD. 02.10.2017 T., 2015/21861 E., 2017/8788 K. Aynı yönde bkz. Y. 3. HD. 16.12.2020 T., 2020/10148 E., 2020/7914K.; Y. 13. HD. E. 2020/383, K. 2020/4928, T. 18.6.2020; Y. 1. HD. E. 2016/8613, K. 2019/5226, T. 15.10.2019; Y. 13. HD. E. 2018/1319, K. 2018/6955, T. 20.6.2018; Y. 13. HD., E. 2015/21861, K. 2017/8788, T. 2.10.2017; Y. 1. HD. E. 2016/11314, K. 2019/4575, T. 11.9.2019. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁶⁷⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 73; AKİPEK, G. Jale, AKINTÜRK, Turgut, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku Cilt I, İstanbul, 2007, s. 305.

gücü olmayan çocuğun hak ve borçlarını onun adına kullanarak, onu üçüncü kişilere karşı temsil ettiği gibi mahkemelerde de temsil etme yetkisine sahiptir. Ana kural, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun hukuki işleminin, yasal temsilcinin bizzat kendisinin yapmasıdır. Yasal temsilcinin yapılmış olan bir işleme izin veya onay yoluyla katılması, işlemin TMK m. 15 gereğince hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasını engellemez⁶⁸⁰.

TMK m. 449'da ise yasal temsilcilerin dahi yapamayacağı işlemler düzenlenmiştir. Buna göre, yasal temsilci, tam ehliyetsiz çocuğun sahip olduğu mal varlığından önemli bağış yapması, vakıf kurması ya da çocuk adına kefil olması yasak işlemlerdir. Bu işlemlerin yasal temsilci tarafından yapılması durumunda işlem hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.

Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar yönünden ise kural, ayırt etme gücü olmayan çocuğun bu hakları ne kendisinin bizzat ne de yasal temsilcisinin kullanabileceği yönünde olmakla birlikte, doktrinde bu kuralın bu denli katı uygulanmaması yönünde çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında kişiye ait bazı özelliklerin bulunup bulunmamasına göre değerlendirme yapmak gerekir⁶⁸¹. Yasal temsilcinin amacının temsil ettiği kişiyi korumak olduğundan, bazı şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasının aranmadığı durumlarda bu haklar kişinin yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir. Diğer bir görüşe göre ise, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar yasal temsilci tarafından kullanılıp kullanılmamasına göre mutlak ve nispi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar olmak üzere ayırmak gerekmektedir⁶⁸². Bu görüşe göre, evlenme, nişanlanma gibi mutlak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar yasal temsilci tarafından kullanılamaz iken, kişiliğin korunmasına yönelik dava açma, evlat edinme gibi nispi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar yasal temsilci tarafından kullanılabilir⁶⁸³. Başka bir görüş ise, ayırt etme gücü olmayanın zararının söz konusu olduğu durumlarda hakkaniyet gereği şahsa sıkı sıkıya

⁶⁸⁰ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 347; DURAL/ÖĞÜZ, s. 74; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 307.

⁶⁸¹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 319.

⁶⁸² İMRE, s. 351-352; ÖZSUNAY, s. 61-62; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 54-55.

⁶⁸³ “...manevi tazminat talep eden davacının temyiz kudretine haiz olup reşit olmadığı anlaşılmakta ise de, bunun gibi manevi tazminat talepleri münhasıran şahsa bağlı haklara ilişkin olduğundan MK. m. 16 uyarınca bu konuda açılacak davaların doğrudan doğruya temyiz kudretine haiz küçük tarafından ikamesi ve ancak temyiz kudretinin yokluğu halinde kanuni mümessil tarafından açılması gerekir” Y. 3. HD, 29.12.1960 T., 1960/8613 E., 1960/6973 K. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılması mümkün olmalıdır⁶⁸⁴. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca ise ayırt etme gücü olmayanın menfaati göz önüne alınması gerekir. Bu görüşe göre⁶⁸⁵, TMK m. 16'da sadece ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar için bir düzenleme yapılmış ve ayırt etme gücü olmayanların şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarının yasal temsilci tarafından kullanılamayacağı yönünde açık bir düzenleme de yapılmamıştır. Bu nedenle her somut olay özelinde ayrı ayrı değerlendirme yapılarak, ayırt etme gücü olmayanın menfaatinin gerektirdiği durumlarda şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılmasının kabulü gerekir. Değerlendirme yapılırken, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin korunması gerektiği ve hakkın şahsa bağlılığının çok sıkı olmadığı durumlarda yasal temsilci tarafından kullanılabileceği sonucuna ulaşılabilir⁶⁸⁶.

Ayırt etme gücü olmayan çocuk tam ehliyetsizdir. Tam ehliyetsizlerin dava ehliyetleri de bulunmamaktadır, davacı veya davalı sıfatıyla yer aldıkları yargılamalarda yasal temsilcileri tarafından temsili söz konusu olmaktadır⁶⁸⁷. Usul hukukuna özgü yapılan bir işlem kendiliğinden hükümsüz sayılmamakta, yasal temsilci onayıyla düzelebilecek haldedir⁶⁸⁸.

C. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuğun Temsili

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk ehliyet bakımından sınırlı ehliyetsizdir. Sınırlı ehliyetsizler işlem yapma ehliyetinden, tam ehliyetsizler gibi, tamamen yoksun değildirler. Kanunda ön görülen bazı durumlarda hukuki işlem yapma ehliyetleri vardır. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun yasal temsilcisi doğrudan doğruya onun adına hukuki işlem yapabileceği gibi çocuğun kendisi de yasal temsilcinin onayı ya da izni ile işlemi yapabilir. Bununla birlikte, bazı işlemleri yasal temsilcinin izin ya da onayına gerek duymadan kendisi de bizzat yapabilir.

⁶⁸⁴ KÖPRÜLÜ, s. 215; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 367.

⁶⁸⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s. 78.

⁶⁸⁶ ERKAN/YÜCER, s. 513.

⁶⁸⁷ KURU/ AYDIN, s. 106; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKEŞ, s. 148; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 239; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1118; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 305.

⁶⁸⁸ Tam ehliyetsiz çocuk tarafından açılmış olan bir davanın kendiliğinden hükümsüz sayılmayacağı ve yasal temsilcinin onayıyla düzelebilecek halde olduğu yönünde bknz. YHGK. 07.04.1965 T., 1965/1-26 E., 1965/149 K sayılı kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun yasal temsilcinin iznine ihtiyaç duymadan yapabileceği işlemler; karşılıksız kazandırmalar, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulması olarak belirtilebilir. Bu durumlar haricinde ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun fiil ehliyeti tam ehliyetsiz gibi kabul edilir⁶⁸⁹. Ancak tam ehliyetsizlerden farklı olarak ayırt etme gücüne sahip çocuğun, istisnai olarak sayılan haller dışında bir işlemi kendi başına yapması durumunda işlem kendiliğinden kesin hükümsüz olmamakta, yasal temsilci onay veya izin vermediği durumda kesin hükümsüz sayılmaktadır. Yasal temsilcinin henüz onay veya izin vermediği dönem ise askıda hükümsüzlük olarak nitelendirilmektedir⁶⁹⁰.

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun kendi başına karşılıksız kazandırma olarak nitelendirilen bir işlemi yapabilmesi için kendisine bir yükümlülük yüklememesi gerekir. Kendisine yükümlülük yükleyen işlemler yönünden yasal temsilcinin söz sahibi olmasının temel amacının ayırt etme gücüne sahip çocuğun korunması olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, ayırt etme gücüne sahip çocuk yönünden karşılıksız kazandırmanın geniş ele alınması gerekir⁶⁹¹. Hukuki yönden yükümlülük yüklemeyen, ayıp ihbarında bulunmak gibi hak kaybını önleyici nitelikteki tek taraflı hukuki işlemlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir⁶⁹².

TMK m. 16 hükmü gereğince de ayırt etme gücüne sahip çocuk, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken tek başına hareket edebilecektir. Bu doğrultuda kişi varlığı haklarını ayırt etme gücüne sahip çocuk kendisi bizzat kullanabilecektir. Ancak TMK m. 126 hükmünde düzenlenen 17 yaşını doldurmuş ayırt etme gücüne sahip çocuğun evlenebilmesi gibi bazı hallerde⁶⁹³ yasal temsilcinin izni de gereklidir⁶⁹⁴. Yasal temsilcinin

⁶⁸⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 249-250; BAYGIN, Soybağı, s. 297; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 78; ÖZTAN, s. 1116; HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK, s. 28-29; BAKTİR ÇETİNER, s. 75; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 93-94; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 278-280.

⁶⁹⁰ SEROZAN, Medeni Hukuk genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul, 2017, s. 447; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 99; İMRE, s. 405; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 322; USTA, Velayet, s. 348; AKYÜZ, s. 118, HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 33-34.

⁶⁹¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 104; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 280; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 324; USTA, Velayet, s. 351-352; AKYÜZ, s. 117.

⁶⁹² ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 101.

⁶⁹³ TMK m. 12, 118, 126, 204 ve 309 düzenlemelerinde bazı şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasını, önemine binaen, yasal temsilcinin iznine tabi kılmıştır.

⁶⁹⁴ BAYGIN, Soybağı, s. 314; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1117; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 102; BAKTİR ÇETİNER, s. 75; İMRE, s. 410; AKYÜZ, s. 118.

izin aranması, evlenme işleminin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ayırt etme gücüne sahip çocuk tarafından kullanılmasını engellemeyecek, yasal temsilci aracılığıyla gerçekleştirilmesine imkan tanımayacaktır⁶⁹⁵. Yasal temsilcinin rızası, hakkın niteliğini değiştirmedikten, hakkın kullanılmasında irade açıklamasında ancak hak sahibi bulunabilecektir. Yasal temsilcinin ayırt etme gücüne sahip çocuk yerine irade açıklamasında bulunması mümkün olmadığı gibi bu hususta aranan rıza hak sahibinin irade beyanını tamamlayıcı niteliktedir⁶⁹⁶. Yasal temsilcinin rızasının arandığı bu haller, velayet ilişkisi kapsamında değerlendirilip, çocuğun temsili anlamına gelmemektedir⁶⁹⁷. Evlenme işlemi özelinde, ayırt etme gücüne sahip çocuğun menfaatinin korumak adına yasal temsilcinin iznini gerekli kılmak yerine, yaş bakımından reşit olma şartını aramanın yeterli olacağı kanaatindeyiz.

Ayırt etme gücüne sahip, sınırlı ehliyetsiz çocuğun şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkının yasal temsilci tarafından kullanılıp kullanılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁶⁹⁸, sınırlı ehliyetsiz çocuğun ehliyet alanı TMK m. 16 ile birlikte genişlediği ve kendisinin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabileceği kabul edilmekle birlikte çocuğun yararının büyük ölçüde tehlikeye girdiği ve yararı gereği şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmasının gerektiği durumlarda yasal temsilci tarafından kullanılması da mümkün olmalıdır. Bu görüşe göre, yasal temsilcinin hakkı kullanabileceği durum istisnai olarak kabul edilebilir ve ayırt etme gücüne sahip çocuk yönünden daha dar kapsamda düşünülebilir.

Diğer bir görüşe göre ise kanun düzenlemesinin şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında sınırlı ehliyetsiz çocuğu açıkça ehliyetli kıldığı yönündedir. Bu nedenle de yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsiz çocuk yerine işlem yapması mümkün değildir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre⁶⁹⁹, tam ehliyetsiz çocuk yönünden hak kaybına

⁶⁹⁵ Bu durumda eğer yasal temsilci çocuğun yararının aksine şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanmasına izin vermiyorsa, TMK m. 2 ve m. 345'in uygulanacağı yönünde bknz. **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 93; **USTA**, Velayet, s. 358; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 83; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325.

⁶⁹⁶ **ERTAŞ**, Şeref, "Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 106, 2000, s. 7-8. <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/HukukDergileri.aspx>

⁶⁹⁷ **ZİYAN**, s. 111-112; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 326; **ERTAŞ**, Şahsa Bağlı Haklar, s. 8.

⁶⁹⁸ **ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, s. 102; **SEROZAN**, Çocuk Hukuku, s. 279; **USTA**, Velayet, s. 357; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s. 445-446.

⁶⁹⁹ **ELÇİN GRASSINGER**, Çocuğun Menfaati, s. 839; **ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, s. 56; **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 418; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 195; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 169; **ZİYAN**, s. 110-111; **GÜNEŞ CEYLAN**, s. 261.

uğramaması ve menfaati gereği tanınan istisna, sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden geçerli olmamalıdır. Nitekim ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetsiz çocuk bir irade oluşturabilecek durumdadır. Başka bir ifadeyle, TMK m. 16 düzenlemesi ile şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında hak sahibinin kendisinin bizzat karar vermesi, bunun sonucunda oluşabilecek risk ve sorumlulukları üstlenme ile kendini koruma özgürlüğü sınırlı ehliyetsiz çocuğa sunulmuştur⁷⁰⁰. Yasal temsilci, çocuğun yararına olmadığını düşündüğü durumlarda, yapılacak işlemin etki ve sonuçları hakkında çocuğu bilgilendirme imkanına sahiptir.

Ayırt etme gücüne sahip çocuk fiil ehliyetinde olduğu gibi dava ehliyetine de sınırlı şekilde sahiptir⁷⁰¹. Sınırlı ehliyetsiz çocuğun dava ehliyetinde bir görüş, konusu şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları ve hukuka aykırı fiilleri olan yargılamalarda dava ehliyetine sahipken, karşılıksız kazandırmalar yönünden, bunların kaybı halinde yükümlülükleri meydana gelebileceğinden bu davalarda dava ehliyetlerinin olmadığı yönündedir⁷⁰². Bu konuda bizim de katıldığımız görüş uyarınca ise ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuk fiil ehliyetine tam olarak sahip olduğu her alanda dava ehliyetine de sahiptir⁷⁰³. Ayrıca doktrinde sınırlı ehliyetsiz çocuğun tek başına yapabildiği işlemler kapsamında taraf olduğu bir davada kendisini temsil etmesi için avukat ile arasında vekalet sözleşmesi de yapabileceği yönünde görüş de bulunmaktadır⁷⁰⁴.

Ayırt etme gücüne sahip çocuğun tek başına yapamadığı işlemlerde ise yasal temsilcisinin davayı açması ya da izin veya onay şeklinde rıza göstermesi aranacaktır. Yasal temsilcinin izni olmadan ayırt etme gücüne sahip çocuk dava açmışsa, davaya devam edilebilmesi için yasal temsilcinin onay vermesi gerekir ya da çocuğun davalı olduğu yargılamalarda da yine yasal temsilcisi tarafından temsili gerekir⁷⁰⁵.

II. ÇOCUĞU TEMSİL HAKKINA SAHİP OLANLAR

⁷⁰⁰ ŞENOCAK, s. 74-75.

⁷⁰¹ YILMAZ, s. 826; KURU/AYDIN, s. 115; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKEŞ, s. 149.

⁷⁰² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 94; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 1119; İMRE, s. 404; YILMAZ, s. 826; USTA, Velayet, s. 400.

⁷⁰³ KURU/AYDIN, s. 115- 116; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 334; ZİYAN, s. 99.

⁷⁰⁴ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 282; KURU, s. 1044.

⁷⁰⁵ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 321; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 93; DURAL/ÖĞÜZ, s. 96; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 94-95; BAYGIN, Soybağı, s.298.

A. Veli

Velayet sahibi anne ve baba TMK m. 342/f. 1 hükmü gereğince çocuğun yasal temsilcisidir. Çocuğun temsil edilmesi velayetin en önemli işlevlerinden biridir. Velayet altındaki çocuğun kişi varlığı ve mal varlığı değerlerinin üçüncü kişilere korunması yasal temsil yoluyla gerçekleşmektedir⁷⁰⁶.

Velinin yasal temsil yetkisi, vasinin yetkisi ile karşılaştırıldığında denetim yönünden daha serbest olduğu görülse de sınırsız değildir. Velinin yasal temsil yetkisi velayet ilişkisinden kaynaklandığından, velayetin sınırları yasal temsil yetkisinin sınırlarını da oluşturacaktır. Bu bağlamda öncelikli olarak çocuğun menfaati ve katılım hakkı temsil yetkisinin sınırı belirlenirken dikkate alınması gereken temel ilkelerdir. Ebeveynlere temsil yetkisinin tanınmasının temelinde çocuğun menfaatinin korunması yatar. Bu nedenle temsil yetkisi kullanılırken TMK m. 339/ f. 3 gereği uygunluğu ölçüsünde çocuğun görüşünün alınması ve bu yetkinin çocuğun yararına uygun kullanılması gerekir.

Anne babanın yasal temsil yetkisinin dışında kalan bazı yasak işlemler vardır. Yasal temsilci çocuğu herhangi bir borç için kefil yapamaz, çocuğa ait malları bağışlayamaz ve çocuğun mallarından vakıf kuramaz. Ebeveynlerin temsil yetkisi tamamen çocuğun kişi varlığı ve mal varlığı haklarını korumasından ibarettir. Anne ve baba velayet hakkına birlikte sahip iseler, çocuğu temsil yetkisine de birlikte sahip olurlar. Bu durumda ebeveynlerin birlikte hareket etmeleri gerekir⁷⁰⁷. Velayet hakkının anne ya da babadan birine ait olduğu durumlarda ise yasal temsil yetkisi kendisine velayet

⁷⁰⁶ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 272-273.

⁷⁰⁷ “..Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesinde (eşlerden herhangi birisine öncelik veya üstünlük tanınmadan) evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın, velayeti birlikte kullanacağı öngörülmüş ve 342. maddesinde de ana ve babanın velayetleri çerçevesinde çocuklarını temsil edecekleri ilkesi yine ayırım yapılmadan getirilmiştir. Emredici nitelikteki bu yasa kuralı evlilik birliği içinde velayetin kullanılması kapsamında ana ve baba tarafından çocuk adına açılacak tüm davalar yönünden de geçerlidir. Buna göre, eşlerden biri tarafından açılan davaya diğer eşin muvafakatinin olmadığı dikkate alınarak davanın reddi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..” Y. 18. HD. E. 2011/8478, K. 2011/12202, T. 29.11.2011; Aynı yönde bkz. Y. 18. HD. E. 2007/8860, K. 2007/9468, T. 8.11.2007; 8. HD. E. 2017/2158, K. 2017/6854, T. 11.5.2017; Y. 18. HD. E. 2013/20988, K. 2014/2753, T. 20.2.2014; Y. 18. HD. E. 2013/2299, K. 2013/4670, T. 25.3.2013; Y. 18. HD. E. 2011/8478, K. 2011/12202, T. 29.11.2011; Y. 18. HD. E. 2010/11237, K. 2010/15316, T. 30.11.2010; Y. 18. HD. E. 2010/10117, K. 2010/14682, T. 5.11.2010; Y. 18. HD. E. 2010/5620, K. 2010/9404, T. 21.6.2010; Y. 4. HD. E. 2009/8959, K. 2010/4588, T. 19.4.2010; Y. 18. HD. E. 2007/3739, K. 2007/4105, T. 10.5.2007. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

bırakılmış olan taraftadır⁷⁰⁸. Velayete sahip anne ve/veya baba, vesayette olduğu gibi her hangi bir makamın iznine gereksinim duymaz⁷⁰⁹.

TMK m. 342/f. 3 hükmüne göre; “vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır”. Bu durumda, tam ehliyetli olmayan çocuğun temsili yönünden bazı istisnalar dışında kural olarak, vasinin kısıtlıyı temsiline ilişkin hükümlerin uygulanacaktır⁷¹⁰. Vasi temsil yetkisini kullanırken bazı işlemleri yapabilmek için vesayet makamından ya da hem vesayet hem de denetim makamından izin alması gerekir (TMK m. 462, 463). Yine yasal temsil yetkisini kullanırken vasi vesayet organlarının sıkı denetimi altında, kimi zaman defter tutmak, hesap vermekle yükümlü tutulur (TMK m. 454). Buna karşılık veli, vasiye göre temsil yetkisini kullanırken daha bağımsızdır, sınırlama ya da yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle Medeni Kanunu’nun temsile ilişkin hükümleri velayet altındaki küçükleri yeteri kadar korumadığı yönünde eleştirilmektedir⁷¹¹. Ancak velinin temsil yetkisini kullanırken keyfi hareket etmesi ya da kötüye kullanması durumunda hakim çocuğun korunması için gerekli önlemleri alır (TMK m.346-348, 360-363).

Çocuğun fiil ehliyeti de velinin temsil yetkisinin sınırını belirleyecektir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz çocuk yönünden velinin temsil yetkisi tamdır. Ancak çocuğun menfaatini de göz önüne alarak işlem yapması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden ise velinin temsil yetkisinin sınırını TMK m. 16 belirlemektedir. Ayırt etme gücüne sahip olan ve olmayan çocuk için de TMK m. 449’da sayılan temsil yönünden yasak işlemler saklıdır.

Çocuğun velisi ile yaptığı ya da veli yararına üçüncü kişi ile yapılacak, çocuğa borç yükleyen işlem söz konusu ise çocuğun menfaatine de olsa TMK m. 345 hükmünün uygulanması gerekecektir. Hüküm gereğince bu işlemler kayyımın katılması ve hakim onayı ile gerçekleştirilebilir. Düzenleme gereği, kayyım belirli işler için atanır ve kayyım atandığında velinin temsil yetkisi olmaz. Yine çocuğun menfaati ile yasal temsilcinin

⁷⁰⁸ BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 302-303.

⁷⁰⁹ ÖZMEN, İsmail, Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara, 2013, s. 45.

⁷¹⁰ AKYÜZ, s. 261.

⁷¹¹ USTA, Velayet, s. 335; AKYÜZ, s.261-262.

menfaatinin çatıştığı durumlarda da bu hüküm uygulama alanı bulacaktır⁷¹². Kayyım çocuğun menfaati doğrultusunda hareket edecek ve yapılan işleme hakim onay vermesiyle işlem geçerli hale gelecektir⁷¹³.

B. Vasi

Velayet altında olmayan çocuk vesayet altına alınır. Vesayet altındaki çocuğun yasal temsilcisi ise vasidir. TMK m. 403/ f. 1’de düzenlendiği üzere vasi, vesayet makamının denetimi saklı kalmak üzere, vesayet altındaki çocuğun kişi varlığı ve mal varlığı değerlerini korumak ve onu temsil etmekle yükümlüdür⁷¹⁴.

TMK m. 420/ f. 2 hükmü gereğince vasinin temsil yetkisi, vesayet makamının kararı ile vasi olarak göreve atanmasıyla başlar ve vasilik sıfatının sona ermesiyle biter. Vasinin temsil yetkisi iradi değil, kanundan doğmaktadır⁷¹⁵. Vasi her ne kadar vesayet altındaki kişinin görüşlerini önemli işlerde almakla yükümlülüğü olsa da onun iradesine uygun hareket etme yükümlülüğü yoktur. Her halde vasi vesayet altındakinin menfaatine uygun şekilde hareket etmekle yükümlüdür. Bu nedenle vasi ile temsil ettiği vesayet altındaki kişi arasındaki ilişki yasal bir vekalet ilişkisine benzetilir⁷¹⁶.

Vasinin temsil yetkisi velinin temsil yetkisine göre daha dar kapsamlı olduğu söylenebilir. TMK m. 448’de “*Vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasi, vesayet altındaki kişiyi bütün hukuki işlemlerinde temsil eder.*” hükmü düzenlenmiştir. Velinin temsil yetkisi konusunda vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine velayette velinin, vesayette olduğu gibi bir makamın denetim ve gözetiminde bulunmaması nedeniyle velayeti yürütürken kendisine herhangi bir müdahalede bulunulmaması, onun vasiye göre daha geniş yetkiye sahip olduğunu göstermektedir⁷¹⁷.

Vasi temsil yetkisini, vesayet altındaki çocuğu zarara uğratacak şekilde kullanamayacaktır, aksi takdirde vasinin sorumluluğu doğacaktır. TMK m. 462 ve m.

⁷¹² ELÇİN GRASSINGER, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması, s. 42-43.

⁷¹³ AKYÜZ, s. 263.

⁷¹⁴ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1187; ÖZMEN, Vesayet, s. 401.

⁷¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 418.

⁷¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 418.

⁷¹⁷ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 324-325.

463’de belirtilenler dışındaki tüm işlemleri vasi kural olarak tek başına yapabilir. Ancak vasi bazı işlemleri yapabilmek için vesayet makamının veya denetim makamının iznini almakla yükümlüdür.

Vesayet altındaki çocuğun evlatlık verilmesi ve mahkeme kararı ile ergin kılınması durumlarında denetim makamının izni gereklidir⁷¹⁸.

Vasi temsil yetkisini, vesayet altındaki çocuk adına işlem yaparak kullanabileceği gibi, TMK m. 451 gereğince ayırt etme gücüne sahip çocuğun yapmış olduğu işlemlere izin veya onay vermek ya da reddetmek şeklinde de kullanabilir. Ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki çocuk yönünden ise karşılıksız kazandırmalarda bulunması ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanması bakımından ise vasinin temsil yetkisinden bahsedilemeyecektir. Ayrıca, TMK m. 449’da düzenlenen yasaklı işlemler ve m. 453 ile m. 455’de düzenlenen vesayet altındakinin kendi tasarrufuna bırakılmış mallar yönünden vasinin her hangi bir temsil yetkisi bulunmamaktadır.

Vesayet altındaki çocuk ile vasinin menfaatlerinin çatıştığı durumlarda vasinin temsil yetkisi yoktur⁷¹⁹. Vasinin bu işlemleri yapabilmesi için TMK m. 463/ f. 7 gereğince açıkça yetkilendirilmesi veya işlemin vesayet altındakini aldatma yönünde olmaması gerekir. Vasi ile vesayet altındaki çocuğun bir sözleşme yapmaları durumunda aralarında menfaat çatışması olacağı için çocuğa bir kayyım atanması gerekir (TMK m. 426/ f. 2)⁷²⁰.

III. ÇOCUĞUN BAĞIMSIZ TEMSİLİ

A. Genel Olarak

Çocuğun katılım hakkı, çocuğun kendisini ilgilendiren tüm iş ve işlemlerde görüşünün alınması ve çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalarda bağımsız temsili olmak üzere iki yönlüdür. Çocuğun bağımsız temsili, çocuğun katılım hakkının düzenlendiği ÇHS m. 12 ile güvence altına alınmıştır⁷²¹. Çocuğun katılım hakkının sonucu olarak yargılamalarda temsili hem üçüncü kişiler tarafından açılan çocuğu ilgilendiren

⁷¹⁸ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 829-830.

⁷¹⁹ ÖZMEN, Vesayet, s. 435.

⁷²⁰ ÖZMEN, s. 436.

⁷²¹ BALO, Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Hukuku, Ankara, 2013, s. 50-51.

yargılamalar için hem de çocuğun kendisinin başlattığı yargılamalar için söz konusu olmaktadır⁷²². Çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalardaki bağımsız temsiliyetinin ise yasal temsil şeklinde mi yoksa iradi temsil şeklinde mi olacağı sözleşmede belirtilmemiştir. Sözleşmeye taraf devletler bu konuyu yasal düzenlemelerinde belirleyeceklerdir.

Çocuğun kanundan doğan yasal temsilcisi veli ve vasidir. Genellikle çocuğun temsili veli veya vasi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bunun en önemli sebepleri, çocuğun fiil ehliyetine tam olarak sahip olamaması ve ekonomik olarak bağımsız konumda olmamasıdır⁷²³. Veli ve vasi çocuğun sürekli temsilcisi konumundadırlar, sadece yargılamalarda değil her iş ve işlemleri onlar tarafından yerine getirilir. Veli ya da vasinin temsil görevini yerine getiremediği durumlarda ya da çocuk ile aralarında menfaat çatışması olduğu durumlarda çocuğun bağımsız temsili gündeme gelir. Ayrıca veli ya da vasinin temsile istekli olmadığı konularda da bağımsız temsil gereklidir⁷²⁴. Nitekim ÇHS m. 12 düzenlemesinden de çocukların dava açma ve çeşitli kanun yollarına başvurma haklarına sahip olduğu anlaşılmaktadır⁷²⁵.

Çocuğun bağımsız temsili, çocuğu ilgilendiren yargılamalarda hem adil yargılanmanın şartlarına uygundur hem de çocuğun yüksek yararına hizmet eder⁷²⁶. Çocuğu ilgilendiren bir yargılamada çocuğun yüksek yararının belirlenmesi çocuğun yaşadığı yakın çevresiyle olan ilişkilerinin de gözlemlenmesini gerektirir⁷²⁷. Bağımsız temsilci, yasal temsilciye göre bu konuda daha profesyonel ve objektif hareket

⁷²² O'DONELL, Daniel, The Right of Children to be Heard Children's rights to have their views taken into account and to participate in legal and administrative proceedings, UNICEF, Innocenti Research Center, 2009, s. 1. <https://www.unicef-irc.org/publications/553-the-right-of-children-to-be-heard-childrens-rights-to-have-their-views-taken-into.html> E.T. 26.01.2022

⁷²³ YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 147.

⁷²⁴ Anne ve babanın, çocuğun kullanmasını istemedikleri ve bu nedenle desteklemedikleri yönde bazı hakları konusunda örneğin, yeterli imkanı olmayan çocuğun kendi eğilimleri yönünde uygun bir eğitim alması için devletten yardım alması gerekiyorsa anne baba bu konuda yeterince istekli olmayabilirler. Bu durum çocukla yasal temsilci arasında uzak da olsa yarar çatışmasına neden olur, YÜCEL, s. 147.

⁷²⁵ O'DONELL, s. 3- 4.

⁷²⁶ GROVER, Sonja, "Advocating for Children's Rights as an Aspect of Professionalism: The Role of Frontline Workers and Children's Rights Commissions", Child and Youth Care Forum, (33) 6, ss. 405- 423, 2004, s. 406.

⁷²⁷ GOODMAN, Gail S./ EDELSTEIN, Robin S./ MITCHELL, Emilie B./ MYERS, John E.B, "A comparison of types of attorney representation for children in California juvenile court dependency cases" Child Abuse and Neglect, 32, ss. 497- 501, 2008, s. 500- 501. <https://pdf.sciencedirectassets.com/271783/> E.T. 20.01.2022

edebilecektir. Çocuğun bağımsız temsili, onun bağımsız kişiliğinin kabul edildiği ve yetkinliğinin tanındığı bir anlayışla mümkün olabilecektir⁷²⁸.

Uygulamada Türk hukukunda çocuğun sürekli yasal temsilcisi olan veli ya da vasiden farklı olarak bağımsız temsilci olarak inceleyebileceğimiz kayyım ve avukat olmak üzere iki tür temsilci bulunmaktadır. Kayyımın bir vesayet organı olarak görev yapması çocuğun etkin şekilde bağımsız temsiline imkan tanımamaktadır. Avukat ile temsil yönünden ise özellikle sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden kendisinin yapabildiği işlemlerde avukata temsil yetkisi verebileceği kabul edilse de çocuğun vekalet sözleşmesi yapıp yapamayacağı sorunu gündeme gelecektir. Bu hususta öncelikle sürekli temsilciler olan veli ve vasiden farklı olarak, uygulamada çocuğun bağımsız temsiline bir ölçüde imkan tanıyan bu temsil çeşitleri incelenecektir.

B. Kayyım

Kayyım, TMK m. 403/ f. 2'ye göre belirli işleri görmek veya mal varlığını yönetmek için atanır. Çocuk için atanan kayyım da belirli bir işin görülmesi veya belirli bir davada çocuğu temsil etmek üzere çocuğun kişi varlığı ve mal varlığını koruma amaçlı görevlendirilir. Kayyımın temsil görevi sürekli değildir, belirli ve sınırlıdır⁷²⁹. Kayyımlığın türüne göre süresi belirsiz de olabilir ancak velayet ve vesayette olduğu gibi sürekli ve daha geniş kapsamlı bir temsilden söz edilemez⁷³⁰.

Kayyımlık, Medeni Kanunumuzda sınırlı sayıda ve tipte, vesayet önlemi olarak düzenlenmiş bir kurumdur⁷³¹. Kayyımın temsil yetkisi, kişinin hem mal varlığı hem de kişi varlığı değerlerini korumaya yöneliktir. Dolayısıyla çocuk yönünden de önemli bir koruma işlevi görür. TMK m. 426 gereğince çocuğu menfaati ile yasal temsilcisinin menfaatinin çatışması durumunda ya da yasal temsilcinin görevini ifa etmesine engel bir durumun varlığı halinde veya çocuk mallarının tehlikeye düşme durumu söz konusu ise çocuğa kayyım atanacaktır⁷³². Türk- İsviçre hukukunda menfaat çatışması nedeniyle

⁷²⁸ GROVER, s. 420.

⁷²⁹ YÜCEL, Kayyım, s. 36; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 289.

⁷³⁰ GÜMÜŞ, s. 295.

⁷³¹ YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 149.

⁷³² “...Ayrıca 6100 Sayılı HMK'nın 297/1-b bendi gereğince tarafların adının hükümde bulunması zorunludur. Bu husus gözetilmeksizin bölge adliye mahkemesi ilamının karar başlığı bölümünden, dava dilekçesinde ve ilk derece mahkemesi

kayyım atanması için, çocuğun somut olayda bir zarar görmesi aranmaksızın, soyut bir tehlikenin varlığı ve soyut bir menfaat çatışması yeterli görülmektedir⁷³³.

TMK m. 458 hükmüne göre bir kimseye kayyım atanması, onun fiil ehliyetinde bir değişikliğe sebep olmamaktadır. Bu nedenle, kayyım atanmasından önce kişi tam ehliyetsiz ise tam ehliyetsiz olmaya, sınırlı ehliyetsiz ise yine sınırlı ehliyetsiz olmaya devam edecektir. Çocuk yönünden de, kendisine kayyım atanmış çocuk ayırt etme gücüne sahipse sınırlı ehliyetsiz olarak, ayırt etme gücüne sahip değilse tam ehliyetsiz olarak ehliyet durumu etkilenmeden devam edecektir⁷³⁴. Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuğun tek başına yapabileceği işlemlerde, çocuk hukuki işlem ehliyetine sahip olduğundan kayyım atanması söz konusu olmayacaktır⁷³⁵. Bununla birlikte, yasal temsilcinin rızasının gerektiği hukuki işlemlerde çocuğa kayyım atanmışsa, işlemin geçerli olması kayyımın vereceği rızaya bağlı olacaktır.

Kayyım tarafından temsil edilme durumunda temsil yetkisi dorudan doğrudan kanuna dayandığından ve temsil edilen kişinin verdiği bir yetki söz konusu olmadığından kayyımlığın yasal temsil yetkisi kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁷³⁶. Belirli bir iş için çocuğa mahkeme kararıyla atanan kayyım, vesayet makamının talimatlarına uygun şekilde çocuğun yararı doğrultusunda hareket etmek ve çocuğu temsil etmekle yükümlüdür⁷³⁷. Çocuğun duygu, düşünce ve isteklerine yönelik iradesinin belirlenmesinde kayyımın temsili önemlidir. Ancak, kayyımın bir vesayet organı konumunda hakim talimatlarıyla bağlı olması ve kayyım tayini hususunun düzenli bir

kararında davalılar arasında gösterilen ... Turgut'un çıkarılması doğru görülmediği gibi davalı ... ile yasal temsilcisinin menfaatlerinin çatıştığı gözetilerek 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 426/2. maddesine uygun şekilde ...'e kayyım tayin ettirilerek husumetin kayyımaya yöneltilmesi, gösterdiği takdirde delillerinin toplanılması, delillerin birlikte değerlendirilmesi ve sonuca göre karar verilmesi gerektiği halde, bu husus göz ardı edilerek eksik hasımla işin esasının incelenmesi de doğru görülmemiş, kararın bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir." Y. 2. HD. E. 2021/5791, K. 2021/9354, T. 9.12.2021; Aynı yönde bkz. Y. 8. HD. E. 2017/9039, K. 2019/3800, T. 8.4.2019; Y. 14. HD. E. 2016/9037, K. 2019/3118, T. 4.4.2019; Y. 3. HD. E. 2017/9973, K. 2018/13057, T. 20.12.2018; Y. 14. HD. E. 2016/315, K. 2018/5394, T. 10.9.2018; YHGK. E. 2017/2-2486, K. 2018/1148, T. 30.5.2018; YHGK. E. 2017/2-1587, K. 2018/1147, T. 30.5.2018; YHGK. E. 2017/2-2949, K. 2018/1133, T. 23.5.2018; Y. 8. HD. E. 2017/6301, K. 2017/17192, T. 20.12.2017; Y. 2. HD. E. 2017/1277, K. 2017/5314, T. 3.5.2017, (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁷³³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 448; GÜMÜŞ, s. 47; YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 149; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 273.

⁷³⁴ ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 787; YÜCEL, Kayyım, s. 36.

⁷³⁵ YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 149.

⁷³⁶ YÜCEL, Kayyım, s. 36.

⁷³⁷ YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 149.

işleyişin olmaması nedeniyle hakimin takdirine bırakılması kayyımın bağımsız temsilini kısıtlayıcı niteliktedir⁷³⁸.

Kayyım, yasal temsilcinin temsil görevini yerine getiremediği durumlarda çocuğa geçici bir temsilci olarak atanmaktadır. Kural olarak kayyım atandığı görev kapsamında bağımsız hareket etmeli ve gereken durumlarda temsil ettiği kişinin rızası doğrultusunda onun korunmasına yönelik işlemlerde bulunabilir ve gereken önlemleri alabilir⁷³⁹. Bu doğrultuda TMK m. 450 hükmünün kıyasen kayyımlık için de uygulama alanı bulması gerekir⁷⁴⁰. Kayyımın, atandığı görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olan çocuğun önemli konularda olanak ölçüsünde görüşlerini alması gerekir. Vaside olduğu gibi kayyımlıkta da, temsil edilen kişinin görüşüne uygun hareket etmek kayyımı sorumluluktan kurtarmayacaktır. Kayyım çocuğu temsil ettiği her işte onun yararına uygun hareket etmekle yükümlüdür.

C. Avukat

Avukatlık mesleği, Avukatlık Kanunu m. 1'e göre, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden kamu hizmeti niteliğinde serbest bir meslektir. Avukat, müvekkilleriyle vekalet sözleşmesi yaparak onların vekilliği üstlenir. Vekalet sözleşmesi, güven ilişkisine dayalı haklar ve yükümlülükler içeren bir sözleşme olmakla birlikte, Avukatlık Kanunu m. 164 gereğince avukatlık ücreti kararlaştırılmasa bile istenebilen ücret niteliğindedir ve müvekkilin yükümlülüğündedir⁷⁴¹.

Avukat ile çocuk arasında yapılacak avukatlık sözleşmesi ücretsiz olsa dahi, Avukatlık Kanunu m. 173 gereğince çocuk masrafları ödeme borcu altına girecektir⁷⁴². Bu nedenle avukatla yapılacak böyle bir sözleşme çocuğu borçlandırıcı nitelikte olduğu için yasal temsilcinin izni aranacaktır. Ancak ayırt etme gücüne sahip çocuk tek başına hukuki işlem yapma ehliyetine sahip olduğu konularda ise bir avukatla, kendisini davada temsil

⁷³⁸ YÜCEL, Kayyım, s. 184- 185. Ayrıca uygulamada genellikle veli ya da vasi ile arasında menfaat çatışması olan çocuğa atanacak kayyımın belirlenmesinde hakim, çocuğun veli ya da vasisinin önerdiği kişiler arasından atanması kayyımlığın temel amacını zayıflattığı yönünde bkz. YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, dn. 31, s. 149.

⁷³⁹ GÜMÜŞ, s. 297.

⁷⁴⁰ GÜMÜŞ, s. 297.

⁷⁴¹ GÜNER, Semih, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 244-245.

⁷⁴² YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 150.

etmesi konusunda tek başına sözleşme yapabilir⁷⁴³. Öncesinde de belirtmiş olduğumuz üzere ayırt etme gücüne sahip çocuğun tek başına hukuki işlem ve dava ehliyetine sahip olduğu şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları ile yönetimi kendisine bırakılan malları ile ilgili işlemlerde tek başına hareket etme yetkisi vardır⁷⁴⁴. Ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz çocuk, belirli bazı işlemleri tek başına yapabileceği kabul ediliyorsa, bu işlemlerle bağlantılı borçlandırıcı işlemleri de yine tek başına yapabileceği kabul edilmelidir⁷⁴⁵.

Çocuğun avukatlık ücretini ve yargılama giderini ödeme gücünün olmaması durumunda ise Avukatlık Kanunu m. 176 ve HMK m. 334 vd. gereğince adli yardım yoluyla çocuğa avukat atanması sağlanabilir. Yine dava açılırken de harç ve masrafların hazineden karşılanması için mahkemeden adli yardım talep edilebilir. Ancak bunlar için belirli evrakların ilgili mercilere sunulması gerekir. Çocukların bu resmi işlemlerden uzak hukuki yardım alabilmesi, bağımsız temsil edilmesi çocuğun korunmasının ve çocuğun üstün yararı ilkesinin de bir gereğidir⁷⁴⁶.

Çocuğun avukat tarafından yani bağımsız bir temsilci ile yargılamalarda temsili yalnızca dava ehliyetine sahip olduğu işlemler ile sınırlıdır. Çocuğun dava ehliyetine sahip olmadığı işlemler yönünden avukatın yardımından faydalanamaması, bağımsız temsil

⁷⁴³ USTA, Sevgi, “Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Önlemleri”, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, Yayına Hazırlayan: İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul, 2004, s. 100-101; YÜCEL, Kayyım, s. 37; KURU, s. 1044.

⁷⁴⁴ Türkiye Noterler Birliği’nin 09.10.1992 tarih 45 Sayılı genelgesi de bu yöndedir: “Mümeyyiz küçükler kural olarak dava ehliyetine sahip değildirler. Bunlar davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler. Ancak bazı istisnai hallerde dava ehliyetine sahiptirler. Bu haller şunlardır;

a) Mümeyyiz küçükler kişiye sıkı olarak bağlı (münhasıran şahsa bağlı haklarını kullanmada yasal temsilcilerinin rızasına muhtaç değildirler. (M.K.m.16, II),

b) Kendisine sulh mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen vesayet altındaki kimse veya kendisine anne ve babası tarafından bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilen mümeyyiz küçük, bu meslek veya sanatın gereği ile ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda dava ehliyetine sahiptir. (M.K.m.284,396)

c) Mümeyyiz küçük tasarruf hakkı kendisine bırakılmış olan mal ve ala-caklar için açılan davalarda dava ehliyetine sahiptir. (M.K.m.283,398)

Yukarıda sayılan durumlarda tam dava ehliyetine sahip bulunan mümeyyiz küçükler; bunun doğal bir sonucu olarak dava için vekil (avukat) tayin edebilir ve avukat ile bir ücret sözleşmesi de yapabilir.” Ancak bu genelge 26.08.2016 tarihli ve 24 sayılı genelge ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷⁴⁵ ERTAŞ, Şahsa Bağlı Haklar, s. 8. Ayrıca, İsviçre Medeni Kanunu m. 407 ile uyumlu olarak TMK’da “ayırt etme gücüne sahip kişi, fiil ehliyeti olmasa bile kişiler hukuku çerçevesinde kendi fiilleriyle borçlanabilir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabilir” şeklinde bir düzenleme yapılabileceği yönünde bkz. YAVUZ, Cevdet/ ERLÜLE, Fulya/ TOPUZ, Murat, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.104-105.

⁷⁴⁶ YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 150.

yönünden yetersizliği de beraberinde getirmektedir. Bu durum da çocuğun bağımsız temsilde uzmanlaşmış bir yöntemi gerekli kılmaktadır.

IV. ÇOCUĞUN BAĞIMSIZ TEMSİLİNDE BİR YÖNTEM MÜMKÜN MÜ?

A. Çocuğun Bağımsız Temsilinin Önemi

Çocuğun bağımsız temsili çocuğun katılım hakkının bir gereğidir. Bağımsız temsilin bir hak olarak çocuğa tanınması gerektiği ilk kez çocuğun katılım hakkının düzenlendiği ÇHS m. 12’de belirtilmiştir. Çocuğun bağımsız temsili ile ilgili düzenlemeler içeren bir diğer önemli uluslararası sözleşme ise Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (ÇHDAS)’dır. Her iki uluslararası sözleşme metninde de çocuğun bağımsız temsili terim olarak kullanılsa da, “çocuğa özel bir temsilci atanması”, “çocuğun kendi temsilcisini atama hakkı” gibi ifadelerden ve sözleşmelerin bütününe yorumlanmasından çocuğa sürekli yasal temsilcisinin dışında bağımsız temsil hakkı tanınmak istendiği anlaşılmaktadır⁷⁴⁷.

ÇHS m. 12/ f. 1’de çocuğa kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini ifade etme hakkı tanınmıştır. Bu amaçla, çocuğun etkileyen her hangi bir adli veya idari yargılamada çocuğun ya doğrudan doğruya kendisinin, ya da bir temsilci veya uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi, ulusal yasalarla çocuğa özellikle sağlanması gerektiği m. 12/ f. 2’de düzenlenmiştir. Çocuğun sadece taraf olduğu yargılamalarda değil kendisini etkileyen tüm yargılama ve işlemlerde temsil edilmesi ve görüşünün alınmasına yönelik madde düzenlemeleri çocuğun yüksek yararına hizmet eden düzenlemelerdir. Çocuğun doğrudan doğruya kendisinin ya da uygun bir makam veya temsilci yoluyla dinlenilmesi hususunda usule ilişkin ulusal mevzuatlarını düzenleme yükümlülüğü taraf devletlere aittir. Bu aynı zamanda çocuğun kendi yaşamını belirleme hakkını kullanabilmesi için de gereklidir. Madde düzenlemesinde geçen “temsilci” kavramından yasal temsilci mi yoksa bağımsız bir temsilci mi olduğu açıkça anlaşılamamaktadır⁷⁴⁸. Ancak hem “uygun makam yoluyla” deyiminin kullanılması hem de yasal temsilciden özel olarak bahsedilmemesi çocuğun sürekli temsilcisinin dışında bir temsilden bahsedildiğini düşündürmektedir. Bizim de

⁷⁴⁷ YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 147.

⁷⁴⁸ Kayyımın ÇHS m. 12’de belirtilen temsilci niteliğinde olduğu yönünde bkz. USTA, Koruma Önlemleri, s. 98.

katıldığımız görüş uyarınca çocuğun katılım hakkının düzenlendiği bu hüküm, çocuğun sürekli yasal temsilcisinden farklı olarak bağımsız bir temsilci ile temsil edilme hakkını düzenlemektedir⁷⁴⁹.

Çocuğun bağımsız temsilini daha ayrıntılı düzenleyen ÇHDAS ise çocuğun katılım hakkının düzenlendiği ÇHS hükmünün somut olarak nasıl kullanılacağına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Öyle sözleşmenin alanı ve amacını düzenleyen m. 1/ f. 2’de *“Bu sözleşmenin amacı, çocukların yüksek çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmaktır.”* denilmektedir. ÇHS’den farklı olarak temsilci kavramından ne anlaşılması gerektiği m. 2/ c’de *“bir adli merci önünde, bir çocuk adına hareket etmek için tayin edilmiş avukat gibi bir şahıs ya da kurum”* şeklinde belirtilmiştir. Sözleşmede bağımsız temsilci ile sürekli yasal temsilci birbirinden ayrılarak açıkça düzenlenmiştir. ÇHDAS m. 4 ve m. 5 çocuğa özel temsilci atanması hakkını düzenlemektedir⁷⁵⁰. Düzenlemelere göre yasal temsilciyle menfaat çatışmasına düşen çocuğa bağımsız temsil edilme hakkı tanınmıştır⁷⁵¹. Bununla birlikte m. 5 düzenlemesiyle çocuğun bağımsız temsil edilme hakkını sadece sürekli yasal temsilci ile olan menfaat çatışmasına bağlı tutmayarak bu durumların dışında da çocuğun bağımsız temsiline ilişkin usul hakları belirlenmiştir. Bu haklara yönelik düzenlemelerin yapılması taraf devletlere önerilmektedir. Sözleşme çocuğun bağımsız temsiline sadece yasal temsilcisiyle yarar

⁷⁴⁹ GÜMÜŞ, s. 183; YÜCEL, Kayyım, s. 49- 50.

⁷⁵⁰ ÇHDAS m. 4: Özel bir temsilci atanmasını isteme hakkı: 1) 9. madde saklı kalmak kaydıyla, iç hukuk bir menfaat çatışması nedeniyle çocuğun ebeveynlerini çocuğu temsil etme olanağından mahrum ederse, çocuğun şahsen veya diğer şahıs ve kurumlar aracılığıyla, adli bir merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda kendisini temsil edecek özel bir temsilci atanmasını isteme hakkı vardır.

2) Devletler 1. Paragraftaki hakkın, yalnız iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuklara uygulanmasını öngörmekte serbesttirler.

m. 5: Usule ilişkin, mümkün olan diğer haklar: Taraflar, adli bir merci önünde çocukları ilgilendiren davalarla ilgili olarak onlara usule ilişkin özellikle; a) kendi görüşlerini ifade etmekte yardımcı olması için kendi seçtikleri uygun bir kişiden yardım almayı isteme hakkı; b) kendi kendilerine veya diğer şahıslar veya kurumlar vasıtasıyla, ayrı bir temsilcinin, uygun olduğu takdirde bir avukatın tayinini isteme hakkı, c) kendi temsilcilerini tayin etme hakkı; d) söz konusu davalarda tarafların sahip olduğu hakların tümünü veya bir kısmını kullanma hakkı; gibi ek haklar tanınması olanağını incelerler.

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf

E.T. 17.02.2022

⁷⁵¹ YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 148.

çatışmasına düştüğü durumlarda değil her zaman kendi temsilcisini atama hakkı tanınmasını da önermektedir.

Hem ÇHS hükümleri hem de ÇHDAS hükümleri incelendiğinde çocuğun bağımsız temsil edilmesi konusu taraf devletlerin takdirine bırakılmış, onlara bu konuda serbestlik tanınmıştır⁷⁵². Bunun nedeni sözleşmeye taraf devletlerin usul hükümlerinin farklılık arz etmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak bununla birlikte sözleşmeye imza atan devletlerin, usul hükümlerinde çocuğa temsil konusunda gerekli hakları tanınması ve bu yönde gerekli değişiklik ve düzenlemeleri yapmaları da yükümlülükleri kapsamındadır⁷⁵³. Öyle ki ÇHDAS m. 1/ f. 4’de “*Her Devlet, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgesinin tevdiî sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine muhatap bir beyanla, bir adli merci önünde bu Sözleşmenin uygulanacağı en az üç çeşit aile uyuşmazlığını belirlemelidir.*” hükmü düzenlenmiştir. Türkiye sözleşmeye taraf olduğunda ilgili madde gereği sözleşmenin uygulama alanı bakımından; boşanma davaları, ayrılık davaları, çocukların velayetine ilişkin davalar ve ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve babalığın mahkeme kararıyla kurulmasına yönelik davaları belirtmiştir.

Çocuğun görüşünün alınması, çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde en temel etmendir. Çocuğun görüşünün alınması, kendisini ilgilendiren her konuda, iş ve yargılamada çocuğa bağımsız temsilci tanınmasını da gerekli kılar. Çocuğun katılım hakkının hukuki güvence altına alınması, hem çocuğun kendisinin hem de bağımsız temsilci aracılığıyla dinlenilmesi ve görüşünün alınması ile mümkün olabilecektir. Çocuğun kendisini etkileyen ya da ilgilendiren yargılamalarda ayrı bir taraf konumuna sahip olması gerekir ve taraflardan birinin eksik temsili halinde adil bir yargılamadan

⁷⁵² **BALO**, s. 73.

⁷⁵³ **SEROZAN**, Çocuk Hukuku, s. 70.

bahsedilemeyecektir⁷⁵⁴. Bu nedenle çocuğa hem kendini ifade etme hakkı tanınırken hem de bağımsız temsilci ile temsil hakkı sağlanmalıdır⁷⁵⁵.

B. Çocuğun Bağımsız Temsilinde Yöntem Önerisi

Uluslararası statüde çocuk hakları ilk kez ÇHS ile ayrıntılı şekilde bir insan hakları belgesi niteliğinde düzenlenmiştir. Sözleşmede düzenlenen hakların ve özellikle çocuğun katılım hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere ÇHDAS düzenlenmiştir. ÇHDAS genel itibarıyla çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalarda bilgilendirilmesini ve yargılamalara katılımının sağlanmasını temin etmek üzere hazırlanan bir sözleşmedir. Bu sözleşmeye göre çocuğun bağımsız temsilinde temsilci, avukat gibi bir şahıs veya bir kurum olabilmektedir.

Çocuğun temsili konusunda ülke uygulamalarında, avukatla, kayyım tarafından veya gönüllü avukatlar aracılığıyla temsil durumu söz konusudur⁷⁵⁶. Çocuğun bağımsız bir avukatla temsilinde, avukatın çocuğun yararı doğrultusunda hareket etmesi gerektiğinden takdir yetkisinin kısıtlandığı belirtilir⁷⁵⁷. Çocuğun menfaatinin temel alınması avukatın kişisel değer yargılarının yerine çocuğun yararının esas alınmasını gerektirir. Avukatın çocuğun yararı konusunda, çocuğun gelişimini, isteklerini, duygu ve düşüncelerini değerlendirirken yetersiz kaldığı durumlar söz konusu olabilir. Bu da genelde pek olumlu bakılmayan bir tarafın çocuk olduğu vekalet sözleşmelerine farklı yönden bir bakış açısı getirir. Avukatın gerektiğinde alanında uzman kişilerden yardım almasını sağlayacak çok disiplinli bir çalışmayı gerektirecektir. Öyle ki, Amerikan

⁷⁵⁴ SPINAK, Jane, “When Did Lawyers for Children Stop Reading Goldstein, Freud and Solnit? Lessons from the Twentieth Century on Best Interests and the Role of the Child Advocate”, Family Law Quarterly, Volume 41, Number 2, Summer 2007, s. 410-411. https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/30-years-family-advocacy/files/Spinak_When_Did_Lawyers_Stop_Reading_Goldstein_Freud_Solnit.pdf (Erişim Tarihi: 12.03.2022)

⁷⁵⁵ CHAN, Naomi, State Representation of Children's Interests, Family Law Quarterly, V. 40, N. 1, 2006, s. 116. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/famlq40&div=15&id=&page=> (Erişim Tarihi: 23.02.2022)

⁷⁵⁶ SPINAK, s. 395; GUGGENHEIM, Martin, “How Children's Lawyers Serve State Interests”, Nevada Law Journal, Vol. 6: 805, Spring, 2006, s. 807- 810. <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1388&context=nlj> (Erişim Tarihi: 10.03.2022).

⁷⁵⁷ SPINAK, s. 403.

uygulamasında çocuk avukatları, alanında uzman kişilerle birlikte çocuk savunmasında örgütlenmektedirler⁷⁵⁸.

Türk hukukunda ise çocuğun temsili genellikle sürekli yasal temsilci olan veli ya da vasi tarafından yerine getirilmektedir. Kayyımın atanması gereken durumlar kanunda özel olarak belirlenmiştir. Çocuk ile yasal temsilcisi arasında menfaat çatışması olması durumunda çocuğa kayyım atanması söz konusu olmaktadır (TMK m. 426/ b.2). Türk-İsviçre hukuk öğretisinde çocuk ile yasal temsilcisi arasındaki menfaat çatışması için soyut bir tehlikenin varlığı yeterli kabul edilmektedir⁷⁵⁹. Ancak yalnızca soybağı davalarında, çocuğun soybağının reddi durumunda ebeveynleriyle mutlak bir menfaat çatışması içerisinde olacağından, kayyım atanması açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 291). Uygulamada ise kayyımın atanacağı hususunda bir düzenleme içermeyen durumlarda genellikle çocuğa kayyım ataması yapılmamakta, TMK m. 426/ b. 2. çoğu zaman uygulanmamaktadır. Oysaki taraf olduğumuz ÇHDAS m. 4 gereğince ulusal hukuk, menfaat çatışması nedeniyle yasal temsilci çocuğu temsil edemezse, çocuğun kendisini temsil etmesi için özel bir temsilci atanmasını isteme hakkı vardır. Medeni hukukumuzda çocuğun bağımsız temsili söz konusu iki araç olan, kayyımlık ve avukatlık hem uygulama hem düzenleme bakımından yetersizdir⁷⁶⁰. Kayyımlık, bir vesayet organı olması nedeniyle ve avukatlık ise çocuğun kendini borçlandırıcı işlem yapamaması nedeniyle çocuğun bağımsız temsili sağlamada eksik kalmaktadır.

⁷⁵⁸ SPINAK, s. 403. Amerikan uygulamasında bu örgütlenme Ulusal Çocuk Savunuculuk Merkezi (NCAC) olarak adlandırılmaktadır. Alabama, Huntsville'de bulunan Ulusal Çocuk Savunuculuk Merkezi (NCAC), Amerika Birleşik Devletleri'nin çocuklara yönelik cinsel istismara verdiği tepkide devrim yaratmıştır. 1985 yılında kuruluşundan bu yana, NCAC, şu anda Amerika Birleşik Devletleri'nde ve dünya çapında 34'ten fazla ülkede faaliyet gösteren 950'den fazla Çocuk Savunuculuğu Merkezi (CAC) için bir model olarak hizmet verdiği yönünde bkz. National Children's Advocacy Center. <https://www.nationalcac.org/> (Erişim Tarihi: 03.04.2022).

⁷⁵⁹ YÜCEL, Kayyım, s. 61.

⁷⁶⁰ Hukukumuzda çocuğun bağımsız temsili konusunda özel hukuk yargılamasında pek imkan tanınmazken, ceza yargılamasında ise çocuğun bağımsız temsili sağlandığı görülmektedir.

CMK m. 234: (2) Mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

CMK m. 236: (1) Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.

(2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır.

(3) Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur.

(4) Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınır.

Çocuğun bağımsız temsiliinde farklı bir model, Özge Yücel tarafından, hem iradi temsilciliğin hem de yasal temsilciliğin özelliklerini içerisinde barındıran ‘çocuk savunmanlığı ve çocuk baroları’ olarak önerilmiştir⁷⁶¹. Yücel’e göre çocuk savunmanlığı modelinde⁷⁶²; “farklı meslek mensubuna sahip kişilerin çocuğun bağımsız temsili için birlikte çalışacakları, barolar gibi kamu kurumu niteliğinde bir kuruluş kurularak mahkemece atanacak bağımsız temsilci bu kuruluştaki çalışan savunmanlar arasından seçilmelidir. Çocuk savunmanı, mahkeme tarafından atandığından dolayı yasal temsilci olmakla birlikte çocuğa karşı sahip olduğu yükümlülükler ve yaptığı iş bakımından vekil sayılacaktır.” Yücel’in çocuk savunmanlığı önerisinde, savunmanlar kurulacak özerk kamu kurumu niteliğindeki çocuk barolarında çalışacak ve avukat statüsünde devlete karşı bağımsız çalışan kişilerden oluşacaktır.

Türk hukukunda çocuğa atanabilecek bağımsız temsilci araçları yetersiz kaldığından, çocuğa uygun bir savunmanlık anlayışının getirilmesi gereklidir. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun yönergeleriyle bağlı bir savunman tarafından temsili çocuk baroları ya da çocuk savunmanlığı gibi bir anlayışla olması gerektiği görüşüne biz de katılıyoruz. Bununla birlikte, çalışmanın ikinci bölümünde de belirttiğimiz ulusal ve yerel düzeyde kurumsallaşmış etkili bir çocuk izlemi sistemi oluşturularak içerisinde çocuk barolarının da bulunduğu bir yapı olmalıdır. Çocuğun katılım hakkı ihlalinde ve bağımsız temsiliinde başvurabileceği hızlı ve etkili mekanizmaların da bulunduğu bu yapı özerk kamu kurumu niteliğinde olmalıdır. Almanya’da çocuklara yönelik bu tür bir resmi yapılanma “Gençlik Daireleri (Jugendamt)” adı altında karşımıza çıkmaktadır⁷⁶³. Gençlik Dairesi, bir şehir veya ilçe belediyesinin yönetimi dahilinde çocuklar, gençler ve ailelerle özel olarak ilgilenmek amacıyla kurulmuş bir bölümdür. Çocuğun korunması kapsamında bir çocuk ihmal edilir veya istismar edilirse, Gençlik Dairesi harekete geçer ve ihtiyacı olan çocuğun bakımını devralır⁷⁶⁴. Danışmanlık ve desteğe ihtiyaç duyan çocukların

⁷⁶¹ YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 151.

⁷⁶² YÜCEL, Çocuk Savunmanlığı, s. 151- 153.

⁷⁶³ Handbook Germany, <https://handbookgermany.de/tr/rights-laws/youth-welfare-office.html> (Erişim Tarihi: 05.04.2022)

⁷⁶⁴ “Federal İstatistik Dairesinin 2017 verilerine göre Almanya genelinde 61 bin 383 çocuk ailelerinden uzaklaştırılarak Alman Gençlik Dairesi tarafından himaye altına alınmıştır. Bu çocukların 11 bin 101’i geçici, 50 bin 282’si ise uzun süreli olarak koruma altında tutulmaktadır. Çocukların himaye altına alınmasının en belirgin nedeni ise ebeveynlerin “yetersiz” bulunmasıdır. Bu sebeple himaye altına alınan çocuk sayısı 17 bin 291’dir. Şiddete uğradığı için 4 bin 918 çocuk himaye altına alınırken cinsel istismardan dolayı Gençlik Dairesi tarafından korumaya alınan çocuk sayısı ise

doğrudan başvurabileceği bir yapıdır. Gençlik Daireleri, resmi yapılar olduğundan bağımsız nitelikte oldukları söylenemese de çocuk izlemini sistematik bir şekilde yapmaları yönünden olumlu bir model olduğu söylenebilir. Türk hukuku yönünden gerekli olanın, çocuğun bağımsız temsilinin de sağlandığı ve aynı zamanda çocuğun katılım hakkı ve diğer hak ihlallerinin tespiti konusunda düzenli bir izlem gerçekleştiren, çocuğun hak ihlalinde başvurabileceği hızlı ve etkili mekanizmaların da bulunduğu kamu kurumu niteliğinde bir yapının varlığı olduğu kanaatindeyiz.

V. MEDENİ YARGILAMADA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKINI KULLANMASI BAKIMINDAN ÇOCUĞUN YAŞI

A. Genel Olarak

Çocuğun katılım hakkı çift yönlüdür. Birincisi, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğa kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı, çocuğun yaş-olgunluk durumuna uygun olarak gereken özen gösterilerek tanınır. İkinci yönü ise çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalarda ya doğrudan kendisinin ya da bir temsilci veya uygun bir makam yoluyla dinlenilmesidir.

ÇHS m. 12/ f. 2 çocuğun katılım hakkının ikinci yönünü düzenlemektedir. Bu doğrultuda BM Komitesi çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalar olan, boşanma, velayetin kaldırılması veya değiştirilmesi, evlat edinme ve ayrılık davalarını, çocuğun görüşlerini ifade etme hakkının tanınması gerektiği başlıca durumlar olarak nitelendirmiştir⁷⁶⁵. Çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalarda doğrudan ya da temsilci aracılığıyla görüşlerini ifade edebilmesi, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için de gereklidir. Bu düzenleme doğrultusunda görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuk, görüşünü ifade etme hakkına da sahiptir. Yani çocuk ayırt etme gücüne sahip olmasa da görüşünü ifade etme hakkına sahiptir. ÇHS çocuğun görüşünün alınmasında herhangi bir yaş sınırlaması düzenlememiştir.

693'tür. Himaye altına alınan çocuk sayısında 2015'ten sonra gözlemlenen hızlı artışın sebebi ise herhangi bir ebeveyn ya da akrabası olmadan Almanya'ya Irak ya da Suriye'den mülteci olarak gelmiş çocuklardır. 2017'de himaye altında olan 22 bin 492 mülteci çocuk olduğu bilgisi kayıtlara geçmiştir." **ELİAÇIK**, Zeliha/ **SARIALTIN**, Tuba/ **YAMAN**, Fikret, Alman Gençlik Dairesi Tarafından Koruma Altına Alınan Türk Kökenli Çocuklar, Seta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 37. <https://setav.org/assets/uploads/2019/12/R148.pdf> E.T. 05.04.2022)

⁷⁶⁵ 12 No'lu Genel Yorum, N. 50.

ÇHDAS m. 3’de ise yargılamada çocuğun katılım hakkı, “Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a) ilgili tüm bilgileri almak;

b) kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c) görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre ÇHDAS, yeterli idrak kavramı ile çocuğun yargılamaya katılımında ayırt etme gücü ölçütüne daha yakın olduğu görülmektedir ve ayırt etme gücünün varlığı taraf devletlerin ulusal mevzuatlarının takdirine bırakılmıştır⁷⁶⁶.

B. TMK Düzenlemesi

Çocuğun kendisini ilgilendiren ya da etkileyen medeni yargılamalarında katılım hakkını kullanması görüşlerini ifade edebilmesi ve doğrudan veya temsilci aracılığıyla katılımının sağlanması şeklinde olmaktadır. Bu aynı zamanda adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Anayasa m. 36/ f. 1’de “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenen hak arama hürriyetine çocuklar da sahiptir.

Hukuki dinlenilme hakkı ise 6100 Sayılı HMK m. 27’de düzenlenmiştir. HMK m. 27/ b. 1’e göre, “Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.” şeklinde çocukları da kapsayan genel bir kural öngörülmektedir. Adil yargılanma hakkı aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) m. 6’da da düzenlenmiştir. Çocuğun yargılamalara katılım hakkının sağlanamaması aynı zamanda İHAS ile güvence altına alınan bu hakkın ihlaline neden olacaktır. HMK m. 27/ b. 2’de ise “bu hak, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak

⁷⁶⁶ YÜCEL, Kayyım, s. 48.

değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.” hükmü ile ÇHS m. 12/ f. 2 ile paralel yönde bir düzenleme olduğu görülmektedir⁷⁶⁷.

Türk Medeni Kanunu’nda, çocuğun katılım hakkı yönünden herhangi bir yaş sınırı belirlenmemiştir. Yine kanunumuzda çocuğu yakından ilgilendiren boşanma ve ayrılık davalarında çocuğun katılım hakkına yönelik bir düzenleme de bulunmamaktadır. TMK m. 182/ f. 1 gereğince *“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.”* hükmüyle çocuğun velayetindeki ebeveynlerinin, vesayet altında ise vasinin veya vesayet makamının görüşünün alınması düzenlenmiş ancak çocuğun görüşünün alınması gerektiğine yer verilmemiştir. Oysaki boşanma ve ayrılık davaları ve bu davalarda verilen kararlar çocukları yakından ilgilendirmekte ve etkilemektedir. Çocuğun velayeti konusunda ne karar verileceği, velayet kendisine bırakılmayan taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilmesi hususunda çocuğun mahkeme tarafından dinlenilmesi katılım hakkının bir gereğidir. Bu konuda ÇHS’ye taraf devletlerin ulusal mevzuatlarını düzenlemekle yükümlü oldukları ve çocuğun dinlenilmesi hakkına yer verilmesi gerektiği Komite tarafından da belirtilmiştir⁷⁶⁸.

TMK m. 346 vd. hükümlerinde çocuğun korunmasına yönelik düzenlemeler mevcuttur. TMK m. 346 düzenlemesi uyarınca, *“Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”*. Çocuğun gerektiğinde bir kuruma ya da aile yanına yerleştirilmesine yönelik m. 347/ f. 1 gereğince *“Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir”*. Velayetin kaldırılmasına ilişkin m. 348/ f. 1’e göre ise *“ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi; ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması durumunda çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin*

⁷⁶⁷ ÖCAL APAYDIN/ HİŞİM, s. 302- 303.

⁷⁶⁸ 12 No’lu Genel Yorum, N. 50 vd.

yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim velayetin kaldırılmasına karar verir”. Madde düzenlemelerinden de anlaşılacağı üzere çocuğun görüşünün alınması veya dinlenilmesi yönünde katılım hakkına yer verilmemiştir. Çocuk korunmasına yönelik velayetin kaldırılması ya da aileden alınması kararlarında çocuğun yüksek yararını belirlemek amacıyla çocuğun görüşünün de dikkate alınarak bir karar verilmesi gereklidir⁷⁶⁹. Ayrıca Komite de, çocuğun kuruma ya da koruyucu aile yanına yerleştirilmesi kararında ve çocuğun ebeveynleriyle kişisel ilişki tesisinde çocuğun dinlenilerek karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁷⁷⁰.

Komite çocuğun evlat edinilmesinde de çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde, çocuğun görüşünün alınmasının gerekli olduğunu belirtmiştir⁷⁷¹. Medeni Kanunumuzda evlat edinme kararında çocuğun yüksek yararının belirlenmesi ve çocuğun görüşünü ifade etmesine yönelik açık bir düzenleme yapılmıştır. TMK m. 316 hükmü gereğince, “Evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırmada özellikle evlat edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitime yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir.” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece evlat edinme kararlarında hakim, evlat edinilecek çocuğun görüşünü almakla yükümlüdür.

Çocuğun katılım hakkına yer verilen bir başka düzenleme ise 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)’dur. Kanun’un temel ilkelerinin sayıldığı 4. Maddesinde “çocuğun katılım hakkının güvence altına alınması ve çocuk ile ailesinin bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması” şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir. Yine ÇKK m. 13/ f. 2 gereğince de “tedbir kararının verilmesinden önce yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun görüşü alınır, ilgililer dinlenebilir, çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesi istenebilir” düzenlemesiyle çocuğun görüşünün alınması gerektiği belirtilmiştir. İlgili kanun kapsamında, çocuğun katılım

⁷⁶⁹ ERLÜLE, “Kişisel İlişki”, s. 187.

⁷⁷⁰ 12 No’lu Genel Yorum, N. 97.

⁷⁷¹ 12 No’lu Genel Yorum, N. 55.

hakkını korumasına yönelik ek tedbirlere başvurulabileceği de Yönetmelik hükmünde ayrıca düzenlenmiştir⁷⁷².

Türk hukukunda çocuğun katılım hakkı yönünden herhangi bir yaş sınırlaması belirlememiş olması ÇHS düzenlemesi ile uyumludur. ÇHS'ye göre görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun görüşünü ifade etme hakkı bulunmaktadır. Buradaki “görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olma” dan kasıt ayırt etme gücüne yakın olmakla birlikte daha esnek değerlendirilen bir kavram olmasıdır⁷⁷³. Çocuğun yaşına ve olgunluk durumuna uygun bir iletişim yöntemiyle görüşünün alınması gereklidir. Belirli bir yaş sınırı düzenlenmemiş olsa da çocuğun dinlenilmesi ve bağımsız temsiline sağlanması konusunda taraf devletlerin yükümlülükleri söz konusudur. Bu nedenle, çocuğu ilgilendiren yargılamalarda görüşünün alınması, dinlenilmesi ve bağımsız temsiline yönelik düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

C. Yargıtay’ın konuya yaklaşımı

Yargıtay kararlarında da çocuğun dinlenilmesi ve görüşünün alınmasına yönelik asgari bir yaş sınırı belirlenmediği görülmektedir. Çocuğu ilgilendiren yargılamalarda, ÇHS m. 12’ye de atıf yapılarak idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınacağı belirtilmektedir⁷⁷⁴.

Medeni Kanunumuzda çocuğun idrak yaşının belirlendiği bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay’ın bu yönde çeşitli kararları bulunmaktadır. Örneğin, altı – yedi yaşlarındaki çocuğun idrak gücüne sahip olmadığı yönünde görüş bildiren kararları vardır⁷⁷⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 27.06.2018 tarihli kararında⁷⁷⁶; “*somut olayda da, velayetinin değiştirilmesi talep edilen müşterek çocuk E., dava tarihinde 8, karar*

⁷⁷² Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 8/ f. 12. (Kazancı Hukuk Otomasyon)

⁷⁷³ YÜCEL, Çocuğun İradesi, s. 133.

⁷⁷⁴ Y. 2. HD. E. 2010/12050, K. 2011/12818, T. 20.07.2011; Y.2. HD. E. 2003/1779, K. 2003/2976, T. 06.03.2003; Y. 2. HD. E. 2003/3393, K. 2003/4801, 03.04.2003. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁷⁷⁵ Y. 4. HD. E. 1981/1247, K. 1981/3013, T. 11.03.1981; Y. 2. HD. E. 2014/3856, K. 2014/11160, T. 14.05.2014; Y. 18. HD. E. 2016/5035, K. 2016/7858, T. 12.05.2016; Y. 2. HD. E. 2015/ 8105, K. 2016/470, T. 13.01.2016. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁷⁷⁶ YHGK. E. 2017/2-3117, K. 2018/1278, T. 27.06.2018. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

tarihinde 10, bozma kararının verildiği tarihte ise 12 yaşında olup, müşterek çocuk davanın tüm aşamalarında idrak çağındadır. İdrak çağında olan müşterek çocuğun uzmanlar tarafından alınan beyanında hem annesi hem de babası ile olmak istediğini ifade ettiği, herhangi bir tercihte bulunmadığı belirtilmiştir. 17.06.2015 tarihli raporun sonuç kısmında da küçüğün kendi arzu ve isteklerini belirleyebilecek, bunları ifade edebilecek olgunlukta olduğu, bu sebeple çocuğun beyanlarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir” denilerek sekiz yaşındaki çocuğun idrak çağında olduğu belirtilmiş ve açıklanan gerekçelerle yerel mahkemenin yapması gerekenin, idrak gücüne sahip olan çocuğa görüşünü gerekçesiyle birlikte ifade etme ve dinlenme imkanının sağlanması ve açıklanan görüşün çocuğun menfaatine ters düşmediği müddetçe önem verilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 17.04.2017 tarihli kararında, ortak çocuğun velayetinin anne ve babasından kaldırılarak çocuğa vasi atanmasına yönelik yerel mahkeme kararını, çocuğun görüşünün alınmaması nedeniyle bozmuştur. ÇHS m. 12 ve ÇHDAS m. 3 ve m. 6 hükümlerine atıf yapan Yargıtay, velayet konusunun çocuğu ilgilendiren konuların en başında geldiğini, somut olayda ortak çocuğun sekiz yaşında olduğundan idrak çağında bulunduğu, ancak buna rağmen çocuğun görüşlerine başvurulmadan karar verildiğini belirtmiştir. Bu nedenle çocuğun ya bizzat kendisinin ya da istinabe yoluyla eğitim, kültür ve sosyal yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, hakim tarafından kendisine sorulması ve gerektiğinde yine alanında uzman kişi ya da kişilerce hazırlanan sosyal inceleme raporu ile birlikte tüm deliller değerlendirilerek buna göre bir karar verilmesi gerekir⁷⁷⁷.

Yargıtay’ın yakın zamana kadar çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalarda görüşünün alınması için genellikle dokuz yaş⁷⁷⁸ ve üzerini idrak çağında bulunma olarak kabul ettiği, sekiz yaşındaki çocuğu ise idrak çağında kabul etmediği görülmektedir⁷⁷⁹. Ancak son dönem Yargıtay kararları incelendiğinde, çocuğun sekiz yaşından itibaren

⁷⁷⁷ Y. 2. HD. E. 2015/25793, K. 2017/4300, T. 17.4.2017 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁷⁷⁸ Y. 2. HD. E. 2003/1779, K. 2003/2976, T. 06.03.2003; Y. 2. HD. E. 2015/8671, K. 2015/9384, T.06.05.2015 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁷⁷⁹ Y. 2. HD. E. 2015/2456, K. 2015/16245, T. 17.09.2015 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

idrak çağında bulunduğu yönünde görüşün hakim olduğu söylenebilir⁷⁸⁰. Bu doğrultuda sekiz yaş ve üzerindeki çocukların özellikle velayete ilişkin yargılamalarında çocuğun görüşünün alınmasının zorunlu olduğunu, aksi bir durum bozma sebebi olarak değerlendirildiğini görmekteyiz. Ancak bu durumun Yargıtay'ın sekiz yaşın altındaki çocukları yargılamada dinlemeyeceği anlamına da gelmemektedir⁷⁸¹. Yargıtay vermiş olduğu birçok kararında çocuğun üstün yararının belirlenmesi gerekliliği ve bunun için de çocuğun dinlenilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁷⁸². İdrak çağına erişmek ya da idrak kabiliyetine sahip olmak, çocuğun bir işi veya işlemi anlamlandırabilecek, etki ve sonuçlarını değerlendirip kavrayabilecek durumda olması anlamına gelmektedir⁷⁸³. İdrak çağının belirlenmesi sadece yaşla orantılı olarak değerlendirilebilecek bir olgu değildir, her somut olay özelinde değerlendirilmesi gerekir⁷⁸⁴. Nitekim ÇHS'de de çocuğun görüşünün alınması konusunda asgari bir yaş belirlenmesinden özellikle kaçınılmıştır. Bu

⁷⁸⁰ Y. 2. HD. E. 2021/1844, K. 2021/4865, T. 15.6.2021; Y. 2. HD. E. 2020/2328, K. 2020/3581, T. 1.7.2020; Y. 2. HD. E. 2015/25793, K. 2017/4300, T. 17.4.2017; YHGK. E. 2017/2-3117, K. 2018/1278, T. 27.06.2018. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁷⁸¹ **ELÇİN GRASSINGER**, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması, s. 89- 90.

⁷⁸² “..Velayet düzenlemesi yapılan ortak çocuklardan S. 2000 doğumlu olup, idrak çağındadır. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 4, 6 ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinin 12. maddesi; çocukları ilgilendiren davalarda, idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınacağı ve görüşüne gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Açıklanan sebeplerle velayet düzenlemesine konu her iki çocuğu da kapsayacak şekilde idrak çağında olan çocuğun görüşünün alınarak gerektiğinde uzman incelemesi yaptırılarak, velayet düzenlemesi yapılması gerekirken eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup; bozmayı gerektirmiştir.” Y. 2. HD. E. 2010/12050, K. 2011/12818, T. 20.7.2011; “..velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6.maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması hâlinde, tercihi onun aleyhine bir sonuç doğurmayacaksa, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir.” YHGK, E. 2017/2-2066, K. 2019/15, T. 17.1.2019; “..ortak çocuk idrak çağında olup, bu sebeple mahkemece eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bizzat veya istinabe yoluyla bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin kendisinden sorulması ve psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı niteliğindeki uzmanlardan, her iki ebeveyn ve çocukla görüşmek suretiyle inceleme ve rapor istenip tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumlarına göre çocuğun sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının, yaşanan ortamın da inceleme yapmak sureti ile araştırılması ve diğer deliller de göz önüne alınmak suretiyle ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının çocuğun menfaatine olacağı tespit edilerek tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre velâyet konusunda karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Y. 2. HD. E. 2021/1844, K. 2021/4865, T. 15.6.2021; Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. E. 2007/2045, K. 2007/2362, T. 20.02.2007; Y. 2. HD. E. 2005/12496, K. 2005/15273, T. 25.10.2005; Y. 2. HD. E. 2003/ 11130, K. 2003/16531, T. 09.12.2003; Y. 2. HD. E. 2004/4582, K. 2004/5242, T. 26.04.2004; Y. 2. HD. 08.11.2005, E. 2005/12496, K. 2005/15273, T. 08.11.2005; YHGK, E. 2003/2-513, K. 2003/521, T. 01.10.2003. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁷⁸³ **AKYÜZ**, s. 110.

⁷⁸⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 18.03.2010 tarihli bir kararında velisi tarafından yönlendirilen yedi ve sekiz yaşlarındaki çocukların beyanlarına idrak çağında olmadıkları gerekçesiyle itibar etmemiştir. Yargıtay'ın bu konuda çocuğun idrak çağında olup olmadığını somut olayın özelliğine göre belirlediği yönünde bkz. **ÖZÜĞÜR**, s. 694.

da sözleşmenin taraf devletlerce uygulanabilirliğinin sağlanmasını, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun uygun iletişim yoluyla görüşünün alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın kararlarında idrak çağı olarak benimsediği yaştaki çocukların dinlenemeyeceği yönünde bir yargıya varmak mümkün değildir⁷⁸⁵.

D. Karşılaştırmalı hukukta durum

Almanya'da "Aile Hukuku Meselelerine İlişkin Yargılama ve Çekişmesiz Yargılama Hakkında Kanun" FamFG § 159/ f. 1'de çocuğun şahsi olarak yargılamada dinlenilmesi düzenlenmiştir⁷⁸⁶. Buna göre çocuk eğer on dört yaş ve üzerindeyse şahsen mahkemede dinlenilmesi gerekir. Çocuğun mahkemede şahsen dinlenilmesinden ancak dört durumda vazgeçilebileceği düzenlenmiştir. Bu durumlar, pek önemli bir nedenin varlığı, çocuğun eğilim ve isteklerini açıkça ifade edememesi, çocuğun eğilimleri ve iradesinin kararla ilgili olmaması ve dava konusunun niteliğinin yüz yüze duruşmayı gerektirmeyecek olmasıdır⁷⁸⁷. Eğer çocuk ile ilgili dava çocuğun beden ve ruh sağlığının tehlikeye girmesi durumunda alınacak önlemlere⁷⁸⁸ veya velayetin değiştirilmesi ya da kaldırılmasına⁷⁸⁹ ilişkin bir dava ise pek önemli bir nedenin varlığı, çocuğun şahsen mahkemede dinlenilmesinden vazgeçilecek bir neden olarak ileri sürülemeyecektir. Yine bu davalarda eğilim ve isteklerini açıkça ifade edemeyen çocuklar hakkında mahkemenin kişisel bir izlenim edinmesi gerektiği de ayrıca düzenlenmiştir⁷⁹⁰. Alman hukukunda çocuğun yargılamaya katılımında şahsen dinlenilmesinin ayrıca düzenlenmesi çocuğun dinlenilmesine verilen önemin bir göstergesi olduğu ve bundan vazgeçilmesinin nedenlerinin ayrıca belirli sayıda düzenleme altına alınmış olması, mahkemenin bu konudaki takdir yetkisini daraltmak amacı taşıdığı görüşündeyiz. Öyle ki, mahkemenin çocuğun görüşünü şahsen dinlemekten ve kişisel bir izlenim edinmekten kaçındığı durumda, bunu nihai kararında gerekçelendirmesi gerektiği de ayrıca düzenleme altına alınmıştır⁷⁹¹. Ayrıca çocuğun yaşına uygun şekilde dava konusu hakkında

⁷⁸⁵ ELÇİN GRASSINGER, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması, s. 90.

⁷⁸⁶ Bundesamt Für Justiz, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/> E.T. 02.04.2022

⁷⁸⁷ FamFG § 159/ 2.

⁷⁸⁸ BGB § 1666, <https://dejure.org/gesetze/BGB/1666.html> E.T. 02.04.2022

⁷⁸⁹ BGB § 1666a.

⁷⁹⁰ FamFG § 159/ 2.

⁷⁹¹ FamFG § 159/ 3.

bilgilendirilmesi, ona yorum yapma fırsatı verilmesi ve temsilci atanması imkanının tanınması da düzenlenmiştir⁷⁹².

Alman hukukunda çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamada şahsen dinlenmesi, hem çocuk hakkında mahkemenin doğrudan kanaate sahip olması bakımından hem de çocuğun üstün yararının belirlenmesi bakımından önemli ve gereklidir⁷⁹³. Özellikle velayet davalarında çocuğun yaşından bağımsız olarak, şahsen dinlenmesi mahkemeden beklenmektedir ve bu yönde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Çocukla ilgili yargılamada verilen karar, on dört yaş ve üzerindeki çocuğun kendisine tebliğ edilmektedir⁷⁹⁴. Böylece çocuğa, karara itiraz hakkı da tanınmış olmaktadır.

İsviçre Hukukunda ise boşanma davalarında çocuğun dinlenilmesi, temsili ve velayetin değiştirilmesinde çocuğun dinlenilmesine ilişkin hükümler İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)'nda yer almakta iken 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO)'nun kapsamına dahil edilmiştir. Çocuk kendisini ilgilendiren yargılamalarda, yaşı veya haklı bir nedenin varlığı engel olmadığı müddetçe bizzat kendisi mahkeme tarafından veya mahkemenin görevlendireceği üçüncü bir kişi tarafından uygun bir yolla dinlenmektedir⁷⁹⁵. Böylece aile hukukuna ilişkin çocukları ilgilendiren uyuşmazlıklarda çocuğun istek ve görüşleri hakkında bilgi sahibi olmak ve çocuğun menfaatini belirlemek amacıyla çocuk karar alma sürecine dahil edilmektedir. Bununla birlikte çocuğun dinlenilmesine ilişkin düzenlemede çocuğun yaşına ilişkin bir sınır belirlenmemiştir. Madde düzenlemesinde “uygun iletişim yoluyla dinlenir” şeklindeki düzenlemeyle çocuğun yaşına uygun bir iletişim metodunun tespiti amaçlanmıştır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, çocuğun katılım hakkı bakımından İsviçre’de kabul gören yaş sınırının altı yaş itibariyle olduğunu belirtmiştir⁷⁹⁶. Yine uygulamada on iki yaş ve üzeri çocukların şahsen mahkemede dinlenmeleri kabul edilmiştir⁷⁹⁷. On iki yaşın altındaki çocukların da mahkeme tarafından uygun bir yolla dinlenmesi önemlidir ve altı yaşın altındaki çocukların dinlenilmesi için de çocuk

⁷⁹² FamFG § 159/ 4.

⁷⁹³ OCAŁ APAYDIN/HIŞIM, s. 313.

⁷⁹⁴ FamFG § 164.

⁷⁹⁵ ZPO Art. 298/ 1, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/de> E.T. 02.04.2022

⁷⁹⁶ BGE 131 III 553, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-III-553%3Ade&lang=de&type=show_document E.T. 02.04.2022

⁷⁹⁷ ELÇİN GRASSINGER, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması, s. 88- 89.

psikoloğuna danışılması gerektiği belirtilmektedir⁷⁹⁸. Ayrıca ayırt etme gücüne sahip çocuğun, mahkemede dinlenilmesinin reddedilmesi kararına karşı itiraz etme hakkı da düzenlenmiştir⁷⁹⁹. On dört yaşından itibaren mahkeme kararının çocuğa da tebliğ edileceği de belirtilmiştir⁸⁰⁰.

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ayrıca çocuğa temsilci atanması da düzenlenmiştir⁸⁰¹. Önceki düzenlemede sadece boşanma davasında çocuğa temsilci atanacağı düzenlenmişken, değişiklikle birlikte çocuğa temsilci atanması ve çocuğun dinlenilmesi daha geniş kapsamlı düzenlendiği görülmektedir. Madde düzenlemesinde çocuğa temsilci atanmasını gerektiren durumlar ayrıca belirtilmiştir⁸⁰². Böylece Alman hukuku ile paralel bir düzenleme öngörülerek mahkemenin çocuğa temsilci atanması ve çocuğun dinlenilmesi konusundaki takdir yetkisinin önemli ölçüde sınırlandırılması amaçlanmıştır.

E. Türk Aile Hukukundaki Uyuşmazlık Konularının Değerlendirilmesi

1. Velayetin Düzenlenmesi

Velayetin, belirlenmesi, düzenlenmesi ya da kaldırılmasını içeren aile mahkemesi uyuşmazlıkları çocuğu yakından ilgilendirir. Bu nedenle hem taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde öngörüldüğü üzere hem de bu davalarda temel ölçüt olan çocuğun üstün yararının belirlenmesinde çocuğun katılımının sağlanması şarttır.

Yargıtay, çocuğun üstün yararı konusunda değerlendirme yaparken çocuğun farazi iradesini esas almaktadır. Bu yöndeki bir kararında⁸⁰³ “*velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fıkri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını*

⁷⁹⁸ ÖCAL APAYDIN/HIŞIM, s. 316.

⁷⁹⁹ SCHWEIGHAUSER, ZPO Art. 298/III, N. 22.

⁸⁰⁰ ZPO Art. 301/ b.

⁸⁰¹ ZPO Art. 299.

⁸⁰² ZPO Art. 299/ II- a.

⁸⁰³ Y. 2. HD. E. 2016/16883, K. 2018/5547, T. 24.4.2018. Aynı yönde bkznz. Y. 2. HD. E. 2016/24299, K. 2017/302, T. 12.1.2017. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.” denilmektedir. Bu nedenle, hakkında velayet düzenlemesi yapılacak çocuğun bizzat kendisinin ya da istinabe yoluyla, eğitim, kültür ve sosyal yaşam olanakları açısından nerede yaşamak istediği hususunda öncesinde bilgilendirerek, velayet konusundaki görüşünün dinlenilmesi ve gerekiyorsa yeniden alanında uzman çalışmacılardan sosyal inceleme raporu alınması ile tüm deliller birlikte değerlendirilip çocuğun menfaatine uygun şekilde velayet hakkında karar verilmesi gerekir.

Boşanma, ayrılık ya da velayetin kaldırılması veya değiştirilmesi davalarında çocuğun görüşünün alınması gerektiği TMK’da düzenlenmemiştir. Hakim, velayetin düzenlenmesine karar verirken dikkate alacağı en önemli husus çocuğun güvenliği olacaktır⁸⁰⁴. Yargıtay da çocuğun güvenliğini sağlamak amacıyla, velayetin düzenlenmesi hususunda çocuğun görüşünün alınmasını, yeterli idrak gücüne sahipse kendisinin bizzat dinlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalara katılımı, özellikle velayet gibi çocuğu doğrudan ilgilendiren yargılamalarda yasal olarak da düzenlenmesi gerekir.

Yargıtay bir kararında⁸⁰⁵, velayetin belirlenmesinde “yeterli idrak gücüne sahip” çocuk yerine “olgunluk çağı” kavramından bahsetmektedir. Kararda *“Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12., Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 2. ve 6. Maddeleri gereğince olgunluk çağına olup dinlenen müşterek çocuğun anne yanında kalmak arzusu dikkate alınarak velayetin davalı anneye verilmesi gerekirken yazılı şekilde velayetin babaya bırakılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”* denilmektedir. Olgunluk kavramı, idrak gücü kavramına göre daha ileri bir aşamayı tanımladığından, uygulamayı yersiz olarak daraltma durumu söz konusudur⁸⁰⁶. Yargıtay’ın aradığı idrak gücüne sahip olma, çocuğun mahkemede bizzat kendisinin dinlenilmesine yönelik aranılan bir özelliktir. Çocuk haklarına ilişkin taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler gereğince, görüşünü oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun

⁸⁰⁴ GENÇCAN, Velayet, s. 177.

⁸⁰⁵ Y. 2. HD. E. 2004/5425, K. 2004/6539, T. 20.05.2004, GENÇCAN, s. 178.

⁸⁰⁶ GENÇCAN, s. 178.

görüşünün alınması gerekir. İdrak çağına gelmemiş olan çocuğun da uygun bir iletişim yoluyla görüşünün alınması gereklidir. Bu nedenle çocuğun görüşünün alınması konusunda, mahkemenin takdir yetkisini daraltıcı düzenlemelere de ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay birçok kararında velayetin, çocuğu ilgilendiren konuların başında geldiğini ve bu hususta idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınması gerektiğini vurgulamaktadır⁸⁰⁷. Bu doğrultuda, “*velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6.maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması halinde, tercihi onun aleyhine bir sonuç doğurmayacaksa, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekeceği*” belirtilmektedir. Ayrıca idrak çağındaki çocuğun velayet konusunda görüşünün alınmaması da bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Yargıtay bir kararında, boşanma davası sırasında idrak çağındaki çocukla, mahkemenin atadığı uzmanın görüştüğü ancak velayet konusundaki çocuğun görüşünün alınmadığı belirtilmiştir⁸⁰⁸. Çocuğun mahkemece dinlenerek velayet hususundaki görüşünün alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek velayet konusunda bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Çocuğun görüşüne, velayet konusundaki isteğine de ayrıca öncelik tanınmaktadır. Çocuğun menfaatine aykırı bir durum söz konusu olmadığı müddetçe, çocuğun görüşüne önem ve öncelik tanınması gerektiği belirtilmektedir. “*Mahkemece alınan sosyal inceleme raporunda velayetleri anneye bırakılan 2000 doğumlu M.'nin babayı istediği, 2005 doğumlu O. F.'nin ise abisiyle birlikte olmak istediğini söylediği anlaşılmaktadır. Sosyal inceleme raporunda çocukların baba yanında kaldıkları ve annelerinin kendilerine kötü davrandığını beyan ettikleri belirtilmiştir. Mahkemece büyük çocuk*

⁸⁰⁷ Y. 2. HD. E. 2013/15483, K. 2014/1063, T. 21.01.2014; Y. 2. HD. E. 2013/16184, K. 2013/29266, T. 11.12.2013; Y. 2. HD. E. 2009/18194, K. 2010/3704, T. 1.3.2010; Y. 2. HD. E. 2016/23862, K. 2017/7, T. 9.1.2017; Y. 2. HD. E. 2005/12496, K. 2005/15273, T. 8.11.2005; Y. 2. HD. E. 2009/18194, K. 2010/3704, T. 1.3.2010 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸⁰⁸ Y. 2. HD. E. 2013/16184, K. 2013/29266, T. 11.12.2013; Y. 2. HD. E. 2020/28, K. 2020/1504, T. 24.2.2020 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

M.'nin tercihi de nazara alınarak çocukların üstün yararı gereği velayetinin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” denilerek, özellikle boşanma davalarında velayetin belirlenmesinde çocuğun isteğinin dikkate alınacağı belirtilmiş, çocuğun isteğinin aksine verilen kararlar, menfaatine de ters düştüğü takdirde bozmayı gerektireceği belirtilmiştir⁸⁰⁹.

Uygulamada çocuğun velayet konusundaki görüşü alınırken, menfaatine ters düşmediği müddetçe görüşüne öncelik tanınması idrak çağındaki çocuk için geçerli olan bir durumdur. Yargıtay, idrak çağında olmayan çocuğun görüşüne değer verilmeyeceğini bir kararında belirtmiştir⁸¹⁰. Somut olayda, yerel mahkeme yedi yaşındaki çocuğu mahkemede dinlemiş ve velayet konusunda görüşü alınmıştır. Çocuk babasının yanında kalmak istediğini belirtmiş, ancak hem sosyal inceleme raporunun velayetin anneye verilmesi yönünde görüş bildirmesi ve anne bakım ve şefkatine muhtaç olması göz önüne alınarak çocuğun üstün yararı gereği velayetin anneye verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Karar gerekçesinde çocuğun idrak çağında olmadığından, görüşlerinin olası sonuçlarını algılayabilecek olgunlukta olmadığı ve çocuğun görüşü doğrultusunda velayetin babaya verilmesi doğru bulunmayarak karar bozulmuştur. Çocuğun katılım hakkının güvence altına alınması bakımından, idrak çağında olmayan çocuğun da görüşünün uygun bir iletişim yoluyla alınması, karar verme sürecinin dışında bırakılmaması gereklidir. Ancak çocuğun görüşüne uygun karar verilmesi, çocuğun menfaati doğrultusunda her somut olay özelinde değerlendirilmesi gereken bir durumdur.

Yeterli idrak gücüne sahip çocuk yönünden de isteğinin karara esas alınması için, çocuğun menfaatine uygun olması gereklidir. Yargıtay bir kararında “*Yapılan soruşturma ve toplanan delillerle, davalı babanın bir başka kadınla yaşamaya başladığı, çocuğun ise 2005 yılı Haziran ayından beri Avusturya'da annesinin yanında kaldığı öğrenimine orada devam ettiği gerçekleşmiştir. Çocuk Haklarına dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesine göre; görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda*

⁸⁰⁹ Y. 2. HD. E. 2013/19391, K. 2014/949, T. 20.01.2014; Y. 2. HD. E. 1987/2988, K. 1987/3841, T. 28.04.1987; Y. 2. HD. E. 2013/2558, K. 2013/26858, T. 19.11.2013; Y. 2. HD., E. 2012/11992, K. 2012/31868, T. 27.12.2012; Y. 2. HD. E. 2009/21062, K. 2009/1364, T. 27.12.2012 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸¹⁰ Y. 2. HD. E. 2013/14946, K. 2013/28693, T. 05.12.2013. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı mevcuttur. Çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde çocuğu ilgilendiren davalarda adli merciler, çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir. Çocuk, uluslararası istinabe yoluyla Avusturya Eyalet mahkemesince dinlenmiş, babasının olumsuz davranışlarını beyan ederek annesinin yanında yaşamak istediğini ısrarla ifade etmiştir. Dosyada ana yanında kalmasının çocuğun yüksek çıkarına açıkça aykırı olduğuna ilişkin bir delil ve olgu da bulunmamaktadır. O halde, çocuğun görüşüne değer verilerek, isteğin kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” şeklinde ifade ederek, çocuğun tercihini, isteğini, tek başına velayetin belirlenmesinde dayanak yapılamayacağını belirtmektedir. Çocuğun ebeveynleriyle olan ilişkileri, genel durumu, ebeveynlerin yaşam koşulları, velayetin belirlenmesinde, göz önüne alınarak değerlendirilmesi gereken hususlardır. Tüm bu hususlar çocuğun menfaatini belirlemeye hizmet eder.

Anayasa Mahkemesi de çocuğun üstün yararının belirlenmesinde çocuğun dinlenilmesi gerektiğini belirtmektedir. Velayetin değiştirilmesi talebinde bulunan tarafın bunu sağlamak için başvurucuya şiddet uyguladığı ve baskı altında tuttuğu iddiasına karşılık böyle bir ortamın çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimine uygun olup olmadığı yönünde mahkemenin değerlendirme yapması gerektiği görüşündedir. Velayetin değiştirilmesine yönelik Deniz Sarıcaoğlu başvurusunda Anayasa Mahkemesi kararında⁸¹¹, “*velayet davalarında asıl amacın tarafların iddiaları ile mevcut deliller değerlendirmek suretiyle çocuğun üstün yararına olanın belirlenmesi olduğu hatırlatılmalıdır. Bu bağlamda yargılama süreci bir bütün halinde değerlendirildiğinde; yukarıda belirtildiği üzere velayetin değiştirilmesini sağlamak amacıyla başvurucunun baskı altına alındığı ve şiddet gördüğü yönündeki yargıya yansıyan ve velayet davasını etkileyebilecek nitelikteki iddialarla ilgili bir inceleme yapılmadığı, çocuğun içinde bulunduğu koşullar tam olarak ortaya konulmak suretiyle çocuğun sağlığı ve gelişimi açısından üstün yararına olanın tespit edilmediği hususları gözetildiğinde, yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına ilişkin Anayasa'da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözetken özenli bir yargılama yaptıkları söylenemez. Ayrıca çocuğun mahkeme huzurunda dinlenmesinin ve çocuğun görüşünün alınmasının önem*

⁸¹¹ Deniz Sarıcaoğlu, Başvuru No: 2017/35776, 02.06.2020, § 43.
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/35776>

arz ettiği hususunun yargı makamları tarafından gözetilmediği anlaşılmıştır.” gerekçeleriyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Velayetin düzenlendiği davalarda, çocuğa sürekli yasal temsilcisinin dışında bir temsilci atanması TMK m. 426/ f. 2 gereğince soyut yarar çatışması durumunda kayyım atanması şeklinde gerçekleşmektedir. Uygulamada babalık davası gibi soy bağı davalarında yasal düzenleme olduğundan dolayı çocuğa kayyım atanması zorunlu olarak yapılmaktadır⁸¹². Velayetin düzenlenmesi ve belirlenmesine yönelik yargılamalarda ise çocuğa kayyım atanması konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun farklı kararları bulunmaktadır. Hukuk Genel Kurulu 23.05.2018 tarihli bir kararında⁸¹³, velayetin değiştirilmesine yönelik bir davada çocuğa kayyım ataması yapılmadığından bozma yönünde karar vermiştir. Karar metninde “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 4. ve 9. maddeleri ve Türk Medeni Kanununun 426/2. maddesi gereğince küçükleri davada temsil etmek üzere kayyım atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulması, açılan davanın sonucunun beklenilmesi, çocukları temsilen kayyımın davaya katılımının sağlanarak, gösterdiği takdirde delillerinin toplanıp sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir” denilmiştir. Bu karar çocuğun bağımsız temsili yönünden olumlu bir karardır. Mevcut hukuk sistemimizde çocuğun bağımsız temsiline en yakın temsil türü kayyım ile temsildir. Velayetin düzenlenmesine ilişkin davalar çocuğu doğrudan ilgilendiren davalar olması nedeniyle ve kayyım ile temsilde soyut yarar çatışmasının olması yeterli olduğundan, bu tür davalarda çocuğa kayyım atanmasına imkan tanınmalıdır.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu çok kısa bir süre sonra başka bir kararında, aynı konu hakkında aksi yönde bir karar tesis etmiştir. 06.06.2018 tarihli kararında⁸¹⁴, somut olayda velayetin değiştirilmesi davasında TMK m. 426/ f. 2 gereğince çocuğa temsil kayyımının atanmasının gerekip gerekmediği konusu ön sorun olarak

⁸¹² “..4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 301. maddesinin son fıkrasında yer alan "babalık davası Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye; dava ana tarafından açılmışsa kayyıma, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir." Hükümü uyarınca ana tarafından açılan davanın kayyıma ihbar edilmemesi, küçüğün kayyımı yok ise, kayyım atanmadan davanın sonuçlandırılması usul ve yasaya aykırı görülmüştür.” Y. 2. HD. E. 2005/9793, K. 2005/11787, T. 12.9.2005. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸¹³ YHGK, E. 2017/2-2949, K. 2018/1133, T. 23.5.2018. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸¹⁴ YHGK, E. 2017/2-2069, K. 2018/1179, T. 6.6.2018. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

incelenmiştir. Müşterek çocuk ile velayeti kendisine bırakılan anne arasında menfaat çatışması olmadığından, çocuğa temsil kayyımı atanmasının gerekmediği kabul edilmiştir. Bu husus Hukuk Genel Kurulu’nun başka tarihli bir kararında⁸¹⁵ ise şu şekilde açıklanmıştır; “*velayetin değiştirilmesi davasının taraflarının çocuklar olmadığı, davaya taraf olmayan çocuklar ile anne ve baba arasında menfaat çatışmasının bulunmadığı, dolayısıyla temsil kayyımı atanmasının gerekmediği sonucuna varıldığı, bu kararın mahkemece de benimsendiği ayrıca velayetin değiştirilmesi davalarının niteliği gereği kısa sürede sonuçlandırılması gerektiği, aksi durumun çocuğun menfaatine aykırı olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.*”. Çocuğu taraf olarak kabul etmeyen Yargıtay’ın bu yöndeki görüşüne katılmamız mümkün değildir. Çocuk ile anne ya da baba arasındaki menfaat çatışmasının somut olarak ortaya konulmayan durumlarda, kayyım atanması gerekli görülmemektedir. Oysa ki, hukukumuz soyut yarar çatışmasını yeterli görmekle birlikte, velayetin değiştirilmesine yönelik açılan bir davada yasal temsilci ile çocuk arasında menfaat çatışmasının olması yüksek olasılıktır. Ayrıca TMK m. 426/ f. 2 hükmü takdire yer bırakmayan emredici nitelikte bir hükümdür. Bu nedenle çocuğu ilgilendiren, çocuğu dolaylı olarak taraf haline getiren boşanma davasında velayetin belirlenmesi ve velayetin değiştirilmesi davalarında çocuğa kayyım tayininin yasal olarak da düzenlenmesi gereklidir. Hatta anlaşmalı boşanma davalarında da çocuğa temsil kayyımı atanmasının gerektiği kanaatindeyiz. Taraflar arasında yapılan boşanma protokolünde çocuğu doğrudan ilgilendiren hususların varlığı, örneğin çocuğa ait malvarlığına ilişkin bir düzenlemenin olması, bunu gerekli kılmaktadır.

Yargıtay velayetin kaldırılması davalarında ise çocuğa temsil kayyımı atanmasını gerekli görmektedir. Bu konudaki bir kararında⁸¹⁶, “*velayetin kaldırılmasına dair davalar çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren davalardır. Bu kadar önemli bir davada, velayet hakkına sahip anne ya da babanın, kural olarak temsil olunanın menfaatine hareket ettiği kabul edilse dahi, her zaman çocuğun yararına davranmayacağı, herhangi bir sebeple çocuk aleyhine hareket ederek onun zararına bir durum yaratma ihtimali olduğu da kaçınılmazdır. Olağandır ki, bu tür davalarda davanın açılış amacı da diğer tarafın çocuğun menfaatine aykırı davrandığı iddiasıdır. O hâlde çocuk ile yasal*

⁸¹⁵ YHGK, E. 2007/2-251, K. 2007/277, T. 16.5.2007. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸¹⁶ YHGK, E. 2017/2-1587, K. 2018/1147, T. 30.5.2018 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

temsilcisi arasında bir menfaat çatışmasının olduğu kabul edilerek TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince küçüğe bir temsil kayyımı atanması gerekmektedir.” şeklinde ifade edilerek, velayetin kaldırılması davaları, çocuğu doğrudan korumaya yönelik davalar olduğundan soyut yarar çatışmasının varlığı kabul edilerek, çocuğa temsil kayyımı atanması uygulamada kabul edilmektedir. Velayetin kaldırılmasında olduğu gibi, boşanma davasında velayetin düzenlenmesi ve velayetin değiştirilmesi davalarında da çocuğa temsil kayyımı atanması gereklidir. Neticede tüm bu yargılamalar hem çocuğun kendisini hem de çocuğun yararını, güvenliğini doğrudan ilgilendiren yargılamalar olduğundan soyut yarar çatışmasının varlığı kabul edilmelidir.

2. Kişisel İlişki kurma

TMK m. 182 hükmü gereğince, boşanma veya ayrılığa karar verilirken, mahkeme çocukla anne -baba arasında kişisel ilişki tesis ederken, olanak buldukça anne ve babayı dinler, çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini alır. Velayette olduğu gibi kişisel ilişki tesisinde de çocuğun görüşünün alınması gerekliliği Medeni Kanunu'muzda düzenlenmemiştir.

Kişisel ilişki tesisine yönelik kararların odak noktası çocuğun güvenliği ve yararlarıdır. Doğrudan çocuğu ilgilendirir ve çocuğun menfaatini etkileyen kararlardır. Ayrıca taraf olduğumuz çocuk haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmeler olan ÇHDAS m. 3 ve m. 6 ve ÇHS m. 12 gereğince de kişisel ilişki tesisi davalarında görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun görüşünün alınması gereklidir.

Yargıtay'ın kişisel ilişki tesisi yargılamasında idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınmaması nedeniyle yerel mahkemenin kararını bozmasına yönelik kararları vardır. 05.03.2020 tarihli bir kararında⁸¹⁷, *“dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden kişisel ilişki konusunda uzman raporları alındığı ancak 2008 doğumlu idrak çağındaki çocuğun mahkeme huzurunda dinlenilmediği anlaşılmıştır. Bu itibarla idrak çağındaki çocuğun kişisel ilişki konusundaki görüşünün alınması ve tüm delillerle birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu hususta eksik incelemeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”* şeklinde ifade edilmiştir. Karar

⁸¹⁷ Y. 2. HD. E. 2020/812, K. 2020/1921, T. 5.3.2020, Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları, Cilt:2 (Yargıtay-Danıştay), s.219.

metninde uluslararası sözleşmelere de atıf yapılarak, kişisel ilişki tesisi çocuğun kendisini ve çocuğun menfaatini doğrudan ilgilendiren bir husus olması nedeniyle özellikle çocuğun yararının belirlenmesinde çocuğun dinlenilmesinin zorunlu olduğu da belirtilmiştir. Özellikle idrak çağındaki çocuğun görüşünün alınmaması eksik inceleme ile bozma sebebi olarak kabul edilmektedir⁸¹⁸. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında⁸¹⁹ “somut olayda da, baba ile kişisel ilişkilerinin kaldırılması istenilen Ş. 1997, N. ise 1998 doğumlu olup idrak çağına geldikleri açıktır. Yargılamada müşterek çocuklar Ş. ve N. sosyal hizmet uzmanı ve psikolog tarafından dinlenilmiş ise de, mahkeme huzurunda hakim tarafından doğrudan dinlenilmemişlerdir. O halde, mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocukların, kendilerini doğrudan ilgilendiren kişisel ilişkinin kaldırılması konusunda bizzat dinlenilerek, görüşlerini gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanması; ifade edecekleri görüşlerin, çıkarlarına ters düşmediği takdirde, buna değer verilmesi ve gerektiği” belirtilmiştir. İdrak çağına gelen çocuğun mahkemede dinlenilmesi gerekli olmak birlikte, menfaatine aykırı olmadığı müddetçe görüşleri yönünde karar tesisi sağlanması gerekmektedir⁸²⁰.

Kişisel ilişki davaları da velayetin düzenlenmesi davalarında olduğu gibi çocuğu ilgilendiren konuların başında gelmektedir. Özellikle kişisel ilişkinin değiştirilmesi ya da kaldırılması davalarında soyut yarar çatışmasının olması yüksek olasılıktır. Bu nedenle çocuğun bağımsız temsili konusunda da yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Ebeveynler ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilirken analık-babalık duygusunun tatmin edilmesinden önce çocuğun güvenliği gelmektedir⁸²¹. Bu nedenle kişisel ilişki kararları kesin hüküm niteliğinde olmazlar. Çocuğun menfaatinin gerekli

⁸¹⁸ Y. 2. HD. E. 2005/9057, K. 2005/10845, T. 07.07.2005; Y. 2. HD. E. 2008/1003, K. 2008/2388, T. 27.02.2008; Y. 2. HD. E. 2004/9190, K. 2004/10173, T. 20.09.2004, **GENÇCAN**, Velayet, s. 507-508.

⁸¹⁹ YHGK, E. 2012/2-401, K. 2012/723, T. 17.10.2012 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸²⁰ “..Tarafların ortak çocuğu olan ... 2004 doğumlu olup idrak çağındadır. Ortak çocuk, babası ile kişisel ilişki kurulurken yatılı olarak kalmak istemediğini belirtmiştir. O halde, idrak çağındaki çocuğun beyanı nazara alınarak çocukla baba arasında yatılı olmayacak şekilde kişisel ilişki kurulması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir” Y. 2. HD. E. 2019/6697, K. 2020/3924, T. 21.9.2020. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸²¹ **GENÇCAN**, Velayet, s. 501.

kıldığı, durum ve şartların değiştiği her durumda kişisel ilişki tesisinde değişikliğe gidilebilir⁸²².

AİHM, Türkiye’den yapılan kişisel ilişki talebinin reddine yönelik başvuruyu değerlendirirken, yerel mahkemenin çocuğun görüşlerine doğrudan alınmamasını AİHS’nin ihlali olarak kabul etmiştir⁸²³. Kararda çocuğun görüşlerinin bir uzman aracılığıyla alınması her zaman yeterli olmamaktadır. Çocuğun üstün yararı belirlenirken, çocuğun görüşünün alınmasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

7343 Sayılı Kanun’la çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuk teslimine ilişkin ilamların yerine getirilmesine yönelik yapılan kanun değişikliği 30.11.2021 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir⁸²⁴. Kişisel ilişki kararlarının yerine getirilmesinde icra daireleri yetkili iken yapılan kanun değişikliğiyle ilgili düzenlemelere Çocuk Koruma Kanunu’nda yer verilmiş ve bu işlemlerin Adalet Bakanlığı tarafından kurulan “Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri” nce yerine getirileceği belirtilmiştir (m. 41/A). Çocuğun teslimi için hangi makamlara başvurulacağı, çocuğu teslim etmekle yükümlü tarafın bu konuda bilgilendirilmesi ve yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlar m. 41/B ve m. 41/C’de düzenlenmiştir. Yapılan kanun değişikliğiyle, kişisel ilişki kararının yerine getirilmesinde, genel itibariyle işleyiş ve uygulamanın aynı kaldığı, kararı yerine getirmekle görevli merciin değiştiğini görmekteyiz. Yeni yasal düzenlemenin incelenmesinden çocuğun pasif konumunu değiştirmede, görüşüne yer vermediği anlaşılmaktadır. Oysaki çocukla kişisel ilişki tesisi, çocuğun özne olarak bulunduğu bir haktır. Bu hakkın var oluş amacı daha öncesinde de belirttiğimiz üzere çocuğun üstün yararının kendisidir. Bu nedenle de hem kişisel ilişki tesisi kararı alınırken hem de kararın yerine getirilmesinde çocuğun yüksek

⁸²² “..Kişisel ilişki ile ilgili kararlar teknik anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İlerde değişen şartlara göre her an yeniden düzenlenebilir. Somut olayda, velayet hakkı anneye verilen müsterek çocuk O. K. 2003 doğumlu olup anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Gerçekleşen bu durum karşısında küçüğün gece yatısına kalacak şekilde ve her yılın 1 Temmuz-20 Temmuz tarihleri arasında uzun süreli olarak babaya bırakılması küçüğün bedeni ve fikri gelişimi yönünden olumsuz sonuçlar doğuracağı gibi, anne bakım ve şefkatinden de yoksun bırakacaktır. Bu yönler nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.” Y. 2. HD. E. 2004/3313, K. 2004/4469, T. 7.4.2004. Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. E. 2015/644, K. 2015/8344, T. 2.04.2015; YHGK, E. 2008/2-709, K. 2008/712, T. 26.11.2008. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸²³ Şahin V. Türkiye Başvuru No. 30943/96, T. 11.10.2001, **ÖCAL APAYDIN/HİŞİM**, s. 299.

⁸²⁴ 7343 Sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211130-1.htm> E.T. 02.04.2022

yararının gözetilmesi gerekir. Çocuk, kişisel ilişki kuracak taraf olduğu halde ilişki tesis edilecek bir konumda nesneleştirilmesi söz konusudur. Karar verilirken ve icra edilirken velayet kendisine bırakılmayan anne ya da babanın görüşü alınırken çocuğun da görüşünün alınması gereklidir. Diğer ebeveyninden etkilenmeyen, idrak gücüne sahip çocuğun kişisel ilişkiyi istemediği bir durumda kararın icra edilmemesine yönelik çocuk merkezli bir uygulamaya ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz.

3. Evlat Edinme

Evlat edinme TMK m. 305 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Evlat edinmede aranılan diğer şartların yanı sıra, ayırt etme gücüne sahip çocuğun rızasının alınması gerekliliği ve çocuk vesayet altında ise ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izninin gerektiği m. 308’de düzenlenmiştir. Yasal bir sebep bulunmadan rızası alınması gereken kişilerin rızaları alınmamışsa, evlatlık ilişkisinin kaldırılması da talep edilebilir (m. 317).

Yargıtay bir kararında⁸²⁵ “evlat edinmeye evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlat edinilemez. Küçüklerin mahkemece dinlenmeleri, ilköğretim çağında olmaları nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları gözlenerek evlat edinilmeye rıza gösterip göstermediklerinin sorulması gerekir.” denilerek evlat edinilecek çocuğun rızasının alınmamasını, mahkeme önünde dinlenilmemesini bozma sebebi saymıştır⁸²⁶. Bununla birlikte evlat edinmede çocuğun rızası aranırken vesayet altında olup olmamasına göre ayırım yapılması da eşitlik ilkesine aykırı bir hükümdür.

TMK m.314/f.3’te ise evlat edinenin, evlat edindiği küçüğün adını değiştirebileceği yönünde düzenleme vardır. Yargıtay da bu konuda “4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 27. maddesi hükmü uyarınca adın değiştirilmesi, ancak haklı nedenlere dayanılarak hakimden istenebilir. Anılan Yasanın 314. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre de evlat edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir. Yasanın her iki

⁸²⁵ Y. 2. HD. E. 2009/16483, K. 2010/19941, T. 30.11.2010. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸²⁶ Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. E. 2004/16433, K. 2005/2331, T. 21.2.2005; Y. 2. HD. E. 2006/3188, K. 2006/9718, T. 19.6.2006; Y. 2. HD. E. 2004/2319, K. 2004/3351, T. 17.3.2004 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

hükmü birlikte değerlendirildiğinde evlat edinen davacıların çocuğa yeni bir ad vermek istemeleri 27. maddede öngörülen haklı neden kabul edileceğinden bu yasal haklılık karşısında istemin kabulü” şeklinde ifade edilerek evlat edinenin talebini, evlatlığın adının değiştirilmesinde haklı neden olduğuna karar vermiştir⁸²⁷. Madde düzenlemesinde, evlat edinilen çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre bir ayırım da yapılmamıştır. Oysa ki, evlat edinenin ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun adını tek başına değiştirmesi düşünülemeyecektir. Çünkü ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun adın değiştirilmesinde görüşünün alınması çocuğun katılım hakkının da bir gereğidir. Ancak madde hükmü ile ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun görüşü ve rızası göz ardı edilerek, evlat edinenin çocuğun adının değiştirilmesinde tek yetkili olarak belirlendiği görülmektedir. Bu hususta ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun evlat edinme de rızasının arandığı gibi, adının değiştirilmesi konusunda da rızasının araması gerektiği görüşüne biz de katılıyoruz⁸²⁸.

Evlat edinme davasında, evlat edinilecek çocuğa temsil kayyımı atanması hususunda Yargıtay’ın mahkemenin bu konuda resen hareket edeceği yönünde kararı bulunmaktadır⁸²⁹. Kararda, evlat edinmeye ilişkin dava kamu düzeni ve soybağıyla ilgili olduğundan resen çocuğa kayyım atanmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca evlat edinilecek çocuk ayırt etme gücüne sahipse onun da görüşünün alınıp karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yargıtay başka bir kararında evlatlık ilişkisinin kaldırılması yargılamasında menfaat çatışması nedeniyle çocuğa temsil kayyımı atanması gerektiğini belirtmiştir. Kararda çocuğun haklarına da atıf yapılarak “*dava, evlatlık ilişkisinin kaldırılması isteğine ilişkindir. Menfaat çatışması sebebiyle, velayet sorumluluğuna sahip olan kişiler, çocuğu davada temsil edemezler. Bu durumda, yasal düzenleme gereğince davada küçüğü temsil etmek, hak ve menfaatlerini korumak amacıyla kayyım tayin edilmesi ve kayyımın huzuru ile davanın görülmesi, göstermesi halinde onun delillerinin de toplanması zorunludur. Doğrudan çocuğun haklarıyla ilgili olan bu husus gözetilmeden hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*” şeklinde ifade edilmiştir⁸³⁰.

⁸²⁷ Y. 2. HD. E. 2005/3685, K. 2005/5286, T. 20.5.2005. (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸²⁸ **HERDEM**, s. 72.

⁸²⁹ Y. 2. HD. E. 2003/1679, K. 2003/2907, T. 5.3.2003 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸³⁰ Y. 18. HD. E. 2015/11068, K. 2016/10313, T. 27.6.2016. Aynı yönde bkz. Y. 2. HD. E. 2004/6534, K. 2004/7627, T. 10.6.2004; Y. 18. HD. E. 2015/4746, K. 2015/18041, T. 8.12.2015 (Kazancı Hukuk Otomasyon).



SONUÇ

TMK m. 339 velayet kapsamında anne babanın, çocuğun kendisini ilgilendiren önemli konularda görüşüne olabildiğince önem vermesi ve m. 322’de de anne baba ve çocuğun birbirlerine saygı göstermeleri gerektiği çocuğun katılım hakkına yönelik düzenlemelerdir. Çocuğun katılım hakkının daha açık düzenlenmesi gerektiği gibi öngörülemez şekilde sınırlanmasına da imkan verilmemelidir. Mevcut düzenlemede geçen ‘önemli konular’ ve ‘olabildiğince’ ifadeleri çocuğun katılım hakkını, ÇHS m. 12’nin temel amacının aksine sınırlandırmaktadır. ÇHS m. 12 kendini az ya da çok ifade

edebilen her çocuğun görüşünü bildirme hakkı olduğunu, bu görüşlerin tümüne önem verilmesi ve çocuğun olgunluğu ölçüsünde göz önüne alınmasını düzenlemektedir.

Çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşünün kimi zaman ise olurunun alınması gerekir. Bu noktada çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesi önem arz eder. Özellikle de şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanılmasında sınırlı ehliyetsiz çocuğun olurunun alınması gereklidir. Nitekim TMK m.16, ayırt etme gücüne sahip ise çocuk, bu tür işlemlerde yasal temsilcinin onayını gerekli görmemektedir. Yabancı hukuk sistemlerinde de genellikle on sekiz yaş altı herkes çocuk kabul edilmekle birlikte, çocukların bazı hakları tek başına kullanabileceklerinin sıklıkla yasal mevzuatlarında düzenlediklerini görmekteyiz. Ayırt etme gücünün nisbi nitelikte olması ve her somut olayın özelinde belirlenebilen bir kavram olduğu kabul edilmekle birlikte bazı ülkelerde karine olarak ayırt etme gücü yaşının belirlendiği bilinmektedir. Medeni Kanunumuzda bu yönde bir düzenleme yoktur. Doktrinde de ayırt etme gücü yaşının karine olarak on dört ya da on beş yaşın belirlenmesi gerektiği yönünde görüşler vardır. Biz de bu görüşlere katılmakla birlikte, TMK m.12’de düzenlenen mahkeme kararıyla kazanılan erginlik yaşının belirlendiği on beş yaşın, ayırt etme gücünün belirlenmesinde de karine olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz. Karine olarak belirlenecek ayırt etme gücü yaşının düzenlenmesiyle birlikte sınırlı ehliyetsiz çocuğun tek başına yapabileceği işlemlerin özel olarak ayrıca düzenlenmesi de katılım hakkının güvence altına alınmasının bir gereğidir. Özellikle tıbbi müdahaleye ve kişisel verilen işlenmesinde rıza gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden açık ve belirleyici düzenlemelere ihtiyaç vardır. Çünkü ayırt etme gücüne sahip olan çocuk yönünden, görüşü alınmadığı, verilen karara katılımı sağlanmadığı ve gereken durumlarda olurunun alınmadığı hallerde özellikle kişi varlığını yakından ilgilendiren işlemler söz konusu ise temsil yetkisinin aşılması anlamına gelebileceği gibi çocuğu koruyucu önlemlerin gündeme gelmesi de mümkündür.

Ayırt etme gücü yaşının karine olarak belirlenmesi, çocuğu bazı işlemleri tek başına yapabilmesi anlamında önemlidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşünün alınması ÇHS m.12 ile güvence altına

alınmıştır. Bu nedenle çocuğun katılım hakkını kullanması bakımından sözleşme bir yaş sınırlaması yapmamıştır. Uygulamada ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk yönünden şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanılmasında yasal temsilcinin onayı gerekmektedir. Bu aynı zamanda çocuğun menfaatinin gereğidir. Ancak bazı hakların kullanılmasında, özellikle ebeveynlerin kararıyla, vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi zorunluluğu olmayan müdahaleler temel bir hak ihlali olarak değerlendirilebilir. Bu tür müdahalelerin de çocuğun karar verme sürecine dahil oluncaya kadar ertelenmesi gerekir. Bu durum, çocuğun özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması bakımından da bir gerekliliktir.

Çocuğun katılım hakkı konusunda farkındalığın artırılması hem çocuğun haklarını kullanması bakımından hem de ebeveynlerin yükümlülüklerinin farkına varması bakımından önemlidir. Bu da ulusal ve yerel düzeyde kurumsallaşmış, etkili bir çocuk izlemine gerekli kılmaktadır. Çocuğun katılım hakkı ihlalinde başvurabileceği hızlı ve etkili mekanizmaların da bulunduğu bir sistemin olması gerekir. Mevcut durumda ülkemizde çocukların hak ihlalinde en hızlı ve kolay başvurabilecekleri yol Kamu Denetçiliği Kurumu'nun internet sitesi üzerinden yapabilecekleri başvurulardır. Kurumun kararlarının sadece tavsiye niteliğinde olması ve ayrı bir çocuk ombudsmanlığı yapısının olmaması çocuk hakları yönünden etkin bir koruma sağlayamamaktadır. Yabancı hukuk sistemlerindeki çocuk ombudsmanlıkları, özellikle Norveç, Finlandiya, Kanada Çocuk Ombudsmanlığı gibi modeller ülkemiz için bu konuda örnek teşkil edebilir. Bu ülkelerdeki çocuk ombudsmanlıkları, her şeyden önce çocuklar için özel ayrı yapılanmalardır. Çocukların sadece talep ve şikayetlerini değerlendiren ve tavsiye niteliğinde etkin olmayan kararlar vermekten ziyade çocuğun haklarını aktif kullanmasına yarayan, hak ihlalleri konusunda denetim mekanizması öngören ve yaptırım gücü olan kararlar veren, aynı zamanda çocuk hak ve ihlalleri konusunda inceleme yapan, veri toplayan ve bunları düzenli olarak raporlayarak çocuğa yönelik politikaların geliştirilmesine katkı sağlayan yapılardır.

Katılım hakkı çocuğun, toplumun dayattığı, edilgen yapısının aksine işlemin nesnesi değil de öznesi olarak bireyselleşmesine ve özerk kişiliğinin oluşabilmesine katkı sağlayan bir kavramdır. Velayet kapsamında çocuğun katılım hakkı incelenmesinde, hem

çocuğun kişi varlığı hakları kapsamında hem de çocuğun malvarlığı hakları kapsamında çocuğa yönelik düzenlemelerin eksik olduğu görülmektedir. Temel olarak çocuğa yönelik işlemlerin özel olarak düzenlendiği mevzuat yokluğunun giderilmesi gerektiği gibi çocuğun katılım hakkının varlığı TMK üzerinden de yeniden hatırlatılmalı ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi gereklidir.

Velayette olduğu gibi vesayette de çocuğun bakımı, gelişimi ve eğitimine özen göstermek en temel görevdir. Çocuğa karşı özen yükümünün ifasında vasi, anne ve babanın yetkilerine sahiptir. Vasi karar alırken her zaman çocuğun menfaatini göz önüne alarak ve buna uygun karar almakla yükümlüdür. Vasinin, yapılacak her işlemde ve aldığı her kararda vesayet altındaki çocuğun menfaatini göz önünde tutması demek çocuğun kişiliğine saygı duyulması ve onun dikkate alınması anlamına gelir. Bunun gereği de ancak çocuğun katılım hakkının sağlanması ile mümkün olacaktır. Velayette çocuğun katılım hakkının görünümü olan TMK m. 339/ f. 3 hükmünün vesayet altındaki çocuk bakımından da uygulanması gerekir. Buna göre vasi, çocuğun yaşı ve olgunluğuna göre kendi hayatını düzenleme imkanını vesayet altındaki çocuğa tanımakla yükümlüdür. Yine çocuğun katılım hakkı kapsamında yer alan çocuğun görüşlerinin dinlenilmesi vesayet hükümlerinde TMK m. 450/ f. 1’de düzenlenmiştir. Düzenlemede çocuğun görüşlerinin dinlenilmesinin önemli konularla sınırlandırılması katılım hakkının yerine getirilmesi bakımından yetersizdir. Vasi önemli işlerle sınırlı olmaksızın çocuğu ilgilendiren her meselede onun görüşünü almalıdır. ÇHS m. 12 gereğince de sadece önemli işlerde değil, çocuğu ilgilendiren her konuda katılımının sağlanması hukuki bir gerekliliktir.

Velayetten farklı olarak vesayete ilişkin TMK m. 450 hükmünde önemli konular sınırlaması olsa da çocuğun görüşünün alınması vasiye bir yükümlülük olarak yüklenmiş ve vasinin sorumluluğundan bahsedilmiştir. Yine velayete ilişkin hükümlerde çocuğun malvarlığına yönelik konularda çocuğun iradesinden hiç bahsedilmemiştir. Bu yönde vesayette çocuğun katılım hakkına yönelik düzenlemelerin yeterli olmasa da velayete göre daha ayrıntılı olduğu söylenebilir. Vesayete ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde velayet bakımından da uygulanması hususundan yola çıkarak TMK m. 450 hükmünün velayet ilişkisinde de uygulanması gerekir.

Vesayet altındaki çocuğun görüşünün alınması gereken işlemlerde görüşünün alınmaması durumunda vasinin bunu gerekçeleriyle bildirmesi gerekir. Vasinin, çocuğun görüşünü almadan yapmış olduğu işlem hukuken geçerli bir işlem olacaktır. Çünkü çocuğun görüşünün alınmasına yönelik madde düzenlemesinde hukuki bir yaptırıma yer verilmemiştir. Yalnızca vasinin sorumluluğundan bahsedilmiştir. Buna göre, vesayet altındaki çocuk hiç veya gereği gibi yapılacak işlem hakkında bilgilendirilmeme nedeniyle veya görüşü alınmadan yapılan işlem nedeniyle bir zarara uğramışsa, meydana gelen zarardan vasi sorumlu olacaktır.

Vesayet altındaki çocuğun görüşünün alınması çocuğun ÇHS ile güvence altına alınan katılım hakkının da bir gereğidir. Vasi tarafından çocuğun görüşünün alınmaması veya yapılacak işlem öncesinde bilgilendirilmemesi çocuğun katılım hakkının ihlalidir. Katılım hakkı ihlal edilen vesayet altındaki çocuk TMK m. 461/ f. 1’de düzenlenen vesayet makamına şikayette bulunabilir. Buna göre, “ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikayette bulunabilir. Vesayet makamının kararlarına karşı tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir.” Hükümde düzenlendiği üzere, vesayet altındaki çocuğun şikayet hakkını kullanabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Şikayet hakkı vesayet altındakinin hakkının, kötüye kullanılmaması dürüstlük ilkesine uygun kullanılması temelinde şekillenmiştir. Böylece bir zarar meydana gelirse vasinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Velayet altındaki çocuğun ise ebeveynlerinin kararlarına karşı şikayet veya itiraz hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca vesayet altındaki çocukların koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik madde düzenlemesinin yeniden gözden geçirilmesi, vesayet altındaki çocuğun katılım hakkının ihlali sayılan, itiraz hakkını kullanmasında belirlenen yaş sınırlamasının kaldırılması ve velayet ile vesayet altındaki çocuk arasında ayırım yapmayan düzenlemelerin de yapılması gereklidir.

Çocuğun kendisini ilgilendiren yargılamalardaki bağımsız temsiline ise yasal temsil şeklinde mi yoksa iradi temsil şeklinde mi olacağı sözleşmede belirtilmemiştir. Sözleşmeye taraf devletler bu konuyu yasal düzenlemelerinde belirleyeceklerdir. Uygulamada Türk hukukunda çocuğun sürekli yasal temsilcisi olan veli ya da vasiden

farklı olarak bağımsız temsilci olarak inceleyebileceğimiz kayyım ve avukat olmak üzere iki tür temsilci bulunmaktadır. Kayyımın bir vesayet organı olarak görev yapması çocuğun etkin şekilde bağımsız temsiline imkan tanımamaktadır. Avukat ile temsil yönünden ise özellikle sınırlı ehliyetsiz çocuk yönünden kendisinin yapabildiği işlemlerde avukata temsil yetkisi verebileceği kabul edilse de çocuğun vekalet sözleşmesi yapıp yapamayacağı sorunu gündeme gelecektir. Ayrıca çocuğun avukat tarafından yani bağımsız bir temsilci ile yargılamalarda temsili yalnızca dava ehliyetine sahip olduğu işler ile sınırlıdır. Çocuğun dava ehliyetine sahip olmadığı işlemler yönünden avukatın yardımından faydalanamaması, bağımsız temsil yönünden yetersizliği de beraberinde getirmektedir.

Çocuğun görüşünün alınması, çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde en temel etmendir. Çocuğun görüşünün alınması, kendisini ilgilendiren her konuda, iş ve yargılamada çocuğa bağımsız temsilci tanınmasını da gerekli kılar. Çocuğun katılım hakkının hukuki güvence altına alınması, hem çocuğun kendisinin hem de bağımsız temsilci aracılığıyla dinlenilmesi ve görüşünün alınması ile mümkün olabilecektir. Çocuğun kendisini etkileyen ya da ilgilendiren yargılamalarda ayrı bir taraf konumuna sahip olması gerekir ve taraflardan birinin eksik temsili halinde adil bir yargılamadan bahsedilemeyecektir. Bu nedenle çocuğa hem kendini ifade etme hakkı tanınırken hem de bağımsız temsilci ile temsil hakkı sağlanmalıdır.

Türk hukukunda ise çocuğun temsili genellikle sürekli yasal temsilci olan veli ya da vasi tarafından yerine getirilmektedir. Kayyımın atanması gereken durumlar kanunda özel olarak belirlenmiştir. Çocuk ile yasal temsilcisi arasında menfaat çatışması olması durumunda çocuğa kayyım atanması söz konusu olmaktadır (TMK m. 426/ b.2). Türk-İsviçre hukuk öğretisinde çocuk ile yasal temsilcisi arasındaki menfaat çatışması için soyut bir tehlikenin varlığı yeterli kabul edilmektedir. Ancak yalnızca soybağı davalarında, çocuğun soybağının reddi durumunda ebeveynleriyle mutlak bir menfaat çatışması içerisinde olacağından, kayyım atanması açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 291). Uygulamada ise kayyımın atanacağı hususunda bir düzenleme içermeyen durumlarda genellikle çocuğa kayyım ataması yapılmamakta, TMK m. 426/ b. 2. çoğu zaman uygulanmamaktadır. Oysaki taraf olduğumuz ÇHDAS m. 4 gereğince ulusal hukuk, menfaat çatışması nedeniyle yasal temsilci çocuğu temsil edemezse, çocuğun kendisini

temsil etmesi için özel bir temsilci atanmasını isteme hakkı vardır. Medeni hukukumuzda çocuğun bağımsız temsiliinde söz konusu iki araç olan, kayyımlık ve avukatlık hem uygulama hem düzenleme bakımından yetersizdir. Kayyımlık, bir vesayet organı olması nedeniyle ve avukatlık ise çocuğun kendini borçlandırıcı işlem yapamaması nedeniyle çocuğun bağımsız temsiliini sağlamada eksik kalmaktadır.

Türk hukukunda çocuğa atanabilecek bağımsız temsilci araçları yetersiz kaldığından, çocuğa uygun ve çocuk odaklı bir savunmanlık anlayışının getirilmesi gereklidir. Hukukumuz yönünden gerekli olanın, çocuğun bağımsız temsiliinin de sağlandığı ve aynı zamanda çocuğun katılım hakkı ve diğer hak ihlallerinin tespiti konusunda düzenli bir izlem gerçekleştiren, çocuğun hak ihlaliinde başvurabileceği hızlı ve etkili mekanizmaların da bulunduğu kamu kurumu niteliğinde bir yapının varlığı olduğu kanaatindeyiz.

Türk hukukunda çocuğun katılım hakkı yönünden herhangi bir yaş sınırlaması belirlememiş olması ÇHS düzenlemesi ile uyumludur. ÇHS'ye göre görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun görüşünü ifade etme hakkı bulunmaktadır. Buradaki “görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olma” dan kasıt ayırt etme gücüne yakın olmakla birlikte daha esnek değerlendirilen bir kavram olmasıdır. Çocuğun yaşına ve olgunluk durumuna uygun bir iletişim yöntemiyle görüşünün alınması gereklidir. Belirli bir yaş sınırı düzenlenmemiş olsa da çocuğun dinlenilmesi ve bağımsız temsiliinin sağlanması konusunda taraf devletlerin yükümlülükleri söz konusudur. Bu nedenle, çocuğu ilgilendiren yargılamalarda görüşünün alınması, dinlenilmesi ve bağımsız temsiliine yönelik düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

ACAR UMUT, Ayşe, Vesayet Kurumu ve Vasinin Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

AÇIKGÖZ, Aslı, “Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.

AKDİ, Murat, “Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”, MÜHF-HAD, C.22, S.3, ss. 119- 140, 2016.

AKILLIOĞLU, Tekin, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, 1995.

AKINTÜRK, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Medeni Hukuk, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

AKINTÜRK, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, İstanbul, Beta Yayınları, 2020. (Aile Hukuku).

AKİPEK, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt I, İstanbul, Beta Yayınları, 2018.

AKYOL, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul, 2009.

AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, Pegem Akademi, 2018.

ALDERSON, Priscilla, Young Children’s Rights: Exploring Beliefs, Principles and Practice, Jessica Kingsley Publishers, London, 2008.

ALTINKAN, Onur, “Ana ve Babanın Çocuk Mallarına İlişkin Tasarruf İşlemi Yapmaları Konusunda Hukuki Durum”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AKDHFD), C. 11, S. 1, ss. 63- 128, 2021.

ALTUNKAYA, Mehmet, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

ALVER, Füsün, Neil Postman’ın Çocukluğun Yok Oluş Sürecinde İletişim Teknolojisi Eleştirisinin Eleştirisi, İletişim Araştırmaları Dergisi, Güz (2), 2004

ANTALYA, O. Gökhan/**SAĞLAM**, İpek, Miras Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul, 2015.

ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, 2015.

ANTALYA, O. Gökhan/ **TOPUZ**, Murat, Medeni Hukuk- Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.

ANTALYA, O. Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017. (Manevi Zarar).

APAYDIN, Eylem, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnÜHFD, C.9, S.1, s.445-475, 2018.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/492698>

ARIES, Philippe, Centuries of Childhood: A Social History of Family Life, Newyork, Vintage Book, 1962.

ARNOLD, Rene/HILLEBRAND, Annette/WALDBURGER, Martin,
Personal Data and Privacy- Final Report, Germany: WİK Consult, 2015.
https://wik.org/fileadmin/Studien/2015/Personal_Data_and_Privacy.pdf

ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınları,
İstanbul, 2000.

ATEŞ, Betül, “Kanada (Alberta Eyaleti) Çocuk Ombudsmanlığı’nın Çocuk Hakları Üzerindeki Rolü ve Önemi”, Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi, C.1, S.1, ss. 8- 25, 2021.
<https://dicod.giresun.edu.tr/index.php/dicod/issue/view/1/1;>

AYDIN, Erdem, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Cilt: 46, Sayı: 2, ss. 148- 152, 2003.

AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

AYDIN ÜNVER, Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2011.

AYDOĞDU, Burcu Gizem, “Aile Hukukunda Vesayet ve Uygulamada Vesayet Davaları”, Atatürk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2021.

BAKTİR ÇETİNER, Selma, Velayet Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

BALO, Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Hukuku, Ankara, 2013.

BARTOW, Ann, “Our Date, Ourselves: Privacy, Propertization, and Gender” USFL Rewiew, Vol.34, ss. 633- 704, 1999.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/usflr34&div=30&id=&page>,

BAŞOĞLU, Başak, “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, ss. 351- 378, 2017. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/323797>

BAYGIN, Cem, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, AÜEHFD, C.VI, S.1-4, ss. 255- 284, 2002. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1885975>

BAYGIN, Cem/**DOĞAN**, Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, AÜEHFD, C.9, S.1-2, ss. 379- 427, 2005. https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2005_IX_15.pdf

BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010. (Soybağı).

BELLİCAN, Cüneyt, “Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.1, ss. 537- 592, İstanbul, 2010.

BİNGÖL, Ediz, Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2, ss. 276- 312, İstanbul, 2014. <https://www.doganturan.av.tr/wp-content/uploads/2019/05/Cilt-88-Say%C4%B1-2014-2.pdf>

BİRİNCİ UZUN, Tuba, Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, Hacettepe HFD, 6(1), ss. 135- 166, 2016.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/744678>

BROUGHTON, Fiona, Overstepping the Mark? The UN Committee on the Rights of the Child's Recommendations to Decriminalise Abortion in Ireland and the Meaning of "Child" within the Convention on the Rights of the Child, International Journal Of Children's Rights, 24, ss. 687- 717, 2016.

CHAN, Naomi, State Representation of Children's Interests, Family Law Quarterly, V. 40, N. 1, ss. 109- 132, 2006.
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/famlq40&div=15&id=&page>

COLLINS, Tara M., "A child's right to participate: Implications for international child protection", The International Journal of Human Rights, Vol. 21, No. 1, ss. 14- 46, 2017.

https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13642987.2016.1248122?casa_token=BpBprTDfOyMAAAAAA:v38F-5MpGrUezlXk_eNM79cZ6M_6eZn208MLMW6BknY6DDtrMs_bl2De3CwOQMBIW7E_wsd1vvgB5w

ÇELEBİ, Özgün, Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (1), ss. 27-77, 2021. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1734768>

ÇELİKEL, Serdar, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınları, 2012.

ÇELİKEL, Serdar, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022. (Kişisel Veriler).

ÇETİNER, Selma, Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, ss. 25- 46, 2017. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/2-SELMA-CETINER.pdf>

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, Yaşama Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 103, Kasım 2012, ss. 137- 168. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-yasama-hakki-1230>

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

DEDE, Emine, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017. (Çocuk Hastalar).

DEDE, İsmail, Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2019. (Kişi Varlığı Zararları).

DEMİR, Mehmet, Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları, AÜHFD, C.52, S.3, ss. 253- 274, 2003. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628953>

DIAZ, Efren Diaz, “The new European Union General Regulation on Data Protection and the legal consequences for institutions”, Church, Communication and Culture, Vol.1, ss. 206- 239, 2016.
<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23753234.2016.1240912>

DOLGIN, Janet L., “Why Has the Best-Interest Standard Survived?: The Historic and Social Context”, Children Legal Rights Journal (16), 1996, ss. 2- 10,
[https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clrj16&div=5&id=&pag](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clrj16&div=5&id=&page=)
[e=](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/clrj16&div=5&id=&page=)

DURAL, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

DURAL, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.

ELÇİN GRASSINGER, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2009. (Küçüğün Kişi Varlığının Korunması).

ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereği, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt:1, ss. 823- 847, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2010. (Çocuğun Menfaati).

ELÇİN GRASSINGER, Medeni Kanun Hükümleri Kapsamında Çocuğun Aile İçerisinde Velisine Karşı Korunması, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı, Cilt 1, Çocuk Vakfı Yayınları, ss. 105- 127, İstanbul, 2011.

ELİAÇIK, Zeliha/ **SARIALTIN**, Tuba/ **YAMAN**, Fikret, Alman Gençlik Dairesi Tarafından Koruma Altına Alınan Türk Kökenli Çocuklar, Seta Yayınları, İstanbul, 2020. <https://setav.org/assets/uploads/2019/12/R148.pdf>

ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

ERBAY, Ercüment: “Çocukların Katılım Hakkı Üzerine Bir Türkiye Değerlendirmesi”, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi (İTOBİAD), Cilt: 2, Sayı: 1, ss. 38- 54, 2013. (Değerlendirme).

ERBAY, Ercüment, Çocuk Hakları, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2019. (Çocuk Hakları).

ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

ERDEM, Mehmet/ **MAKARACI BAŞAK**, Aslı, Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.

ERKAN, Vehbi Umut/ **YÜCER**, İpek, “Ayrır Etme Gücü”, AÜHFD, 60 (3), ss. 485- 522, 2011. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/624387>

ERLÜLE, Fulya, “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 3-4, ss. 181- 200, 2010. (Kişisel İlişki) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1275>

ERLÜLE, Fulya, İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019. (Birlikte Velayet).

ERTAŞ, Şeref, “Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 106, ss. 1- 13, 2000. (Şahsa Bağlı Haklar).

<https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/HukukDergileri.aspx>

ERTAŞ, Şeref, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerinde Tasarruf Yetkisi” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, ss. 391- 398, 2007.

<https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz9ozel/sertas.pdf>

ERTÜRK, Fatih, “Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

EŞELİOĞLU SEZGİLİ, Nevin, Vasinin Görevleri ve Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2007.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Çocuk Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku (Baskıyı hazırlayanlar: Cumhur Özakman/Enis Sarıal), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

FRANKLIN, Bob Çocuk Hakları, (çev. Alev Türker), İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1993, s.24.

GALEŞ, Narcisa/FLOREA, Dumitrita, “Best Interests of the Child – the Legal Determination of the Principles”, European Journal of Law and Public

Administration, V. 8, I. 2, 2022, ss. 15- 25, s. 16- 17,
[https://970e22ceb1309b85a3bb416ee262012c4031f684-
ebscohost.vetisonline.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=ba2ca754-4e2c-4570-
82e8-1f440c7e8719%](https://970e22ceb1309b85a3bb416ee262012c4031f684-ebscohost.vetisonline.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=ba2ca754-4e2c-4570-82e8-1f440c7e8719%2F)

GEMALMAZ, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

GENÇCAN, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
(Vesayet).

GENÇCAN, Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
(Velayet).

GOODMANA, Gail S./ EDELSTEİNB, Robin S./ MITCHELL, Emilie B./ MYERS, John E.B., “A comparison of types of attorney representation for children in California juvenile court dependency cases” Child Abuse and Neglect, 32, ss. 497– 501, 2008. <https://pdf.sciencedirectassets.com/271783/>

GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (Editörler: Özge Yücel, Gürkan Sert), Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

GÖKKAYA, Vildan, “Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı”, TBB Dergisi, S. 133, ss. 325- 348, 2017.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1703>

GROVER, Sonja, “Advocating for Children’s Rights as an Aspect of Professionalism: The Role of Frontline Workers and Children’s Rights Commissions”, Child and Youth Care Forum, (33) 6, ss. 405- 423, 2004.

GUGGENHEIM, Martin, “How Children's Lawyers Serve State Interests”, Nevada Law Journal, Vol. 6: 805, Spring, 2006.

<https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1388&context=nlj>

GÜLER, Zeynep, Türk Hukuku’nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza,, Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, ss. 157- 180, Ekim 2017. <https://www.jurix.com.tr/article/8153>

GÜLTEKİN, Esra, “Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü”, Çocuk ve Medeniyet Dergisi, S.1, ss. 103- 143, 2018. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1335732>

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

GÜNER, Semih, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

GÜNEŞ, Zeynep Naz, Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet, TBB Dergisi, S.150, ss. 157- 178, 2020. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-150-1935>

GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

GÜVEN, Aydın, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

GÜVEN, Kudret, Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, ss. 11- 64, Ocak 2018. (Ortak Velayet).
<https://www.jurix.com.tr/article/12516>

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

HART, Roger A., Children's Participation: From Tokenism To Citizenship, UNICEF Innocenti Essays No:4, Florance, 1992.
https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/childrens_participation.pdf

HART, Jason/ **NEWMAN**, Jesse/ **ACKERMANN**, Lisanne/ **FEENY**, Thomas, Children Changing Their World: Understanding and Evaluating Children's Participation in Development, London, Plan, 2004. <https://decid.co.uk/resource/children-changing-their-world-understanding-and-evaluating-childrens-participation-in-development/>

HATEMİ, Hüseyin/**KALKAN OĞUZTÜRK**, Burcu, Kişiler Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, İstanbul, 2001. (Koruyucu Davalar).

HELVACI, Serap, “Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Armağanı, ss. 863- 880, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001. (Vesayet Hukuku).

HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016. (Gerçek Kişiler).

HELVACI, Serap/**ERLÜLE**, Fulya, Medeni Hukuk, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

HERDEM, Belen, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerince Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman Karşılaştırmalı Hukuk Değerlendirmesiyle), Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

HILL, Malcolm/ **DAVIS**, John/ **PROUT**, Alan Prout/ **TISDALL**, Kay “Moving the Participation Agenda Forward”, Children and Society, Vol. 18, I. 2, ss. 77-96, 2004, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/chi.819>

HODGKIN, Rachel/ **NEWELL**, Peter, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı (UNICEF), Tercüme: Şebnem Akipek, 2003.

İLYAZ, Emine, Milletlerarası Aile Hukukunda Çocuğun Vesayeti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2019.

İMAMOĞLU, Hülya, Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, AÜHFD, Cilt.54, Sayı:2, ss. 183- 218, 2005. (Çocuğun Kişiliği).
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628390>

İMAMOĞLU, Hülya, Yeni Medeni Kanun'daki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD, C.54, S.1, ss. 165- 190, 2005. (Tedip Hakkı).

İMAMOĞLU, S. Hülya, “Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)”, AÜHFD C. 54, S. 4, ss. 299- 342, 2005. (Özgürlüğün Kısıtlanması). <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/628153>

İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980.

İNAN, Ali Naim, Çocuk Hukuku, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No:3, 1968. (Çocuk Hukuku).

İNAN, Medeni Hukukta Velayet, Vesayet ve Kayımlık, İstanbul Barosu Dergisi, C.69, S.1-2-3, 1995.

İNCEOĞLU, Mehmet Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

KANG, Jerry, “Information Privacy in Cyberspace Transactions” Stanford Law Review, Vol.50, N.4, ss. 1193- 1294, 1998.

https://www.jstor.org/stable/1229286?seq=1#metadata_info_tab_contents

KARABAĞ BULUT, Nil, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (2), ss. 517-561, 2020.

KARACA, Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

KARASU, Bülent, Karşılaştırmalı Hukukta Temsil, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.

KAYA, Cengiz, Türk Hukukunda Evlat Edinme, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

KELLY, Joan B., The Best Interests Of The Child A Concept İn Search Of Meaning, Family And Conciliation Courts Review, Vol. 35 No. 4, October 1997, ss. 377-387, Sage Publications, Inc. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.174-1617.1997.tb00480.x>

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Hukuk, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021. (Medeni Hukuk).

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017. (Borçlar Hukuku).

KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 2022. (Aile Hukuku).

KİREMİTÇİ, Müge, Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

KOCAYUSUFPASAOĞLU, Necip/ **HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2017.

KOÇ, Nevzat, “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı, ss. 99- 120, 2005. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/756897>

KOÇİSARLIOĞLU, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, İstanbul, İktisadi ve Ticari İlimler Yayını, 1968.

KRAPPMANN, Lothar, The Weight of the Child’s View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child), International Journal of Children’s Rights, N.18, ss. 501- 513, 2010.

https://www.researchgate.net/publication/274466028_The_weight_of_the_child's_view_Article_12_of_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child

KRUTZINNA, Jenny, “Who is ‘The Child’? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making”, The International Journal of Children's Rights, (30) 2022, ss. 120- 145. https://brill.com/view/journals/chil/30/1/article-p120_7.xml?ebody=pdf-60564

KURBAN, Samed, “Çocuğun İyi Olma Hâlinin Gelişmesinde Sosyoekonomik ve Yönetmel Politikalar: Finlandiya Örneği”, Akademik İncelemeler Dergisi, C.16, S.2, ss. 26- 43, Ekim 2021. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1718777>

KURT, Leyla Müjde, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD), C.9, S.2, ss. 157- 186, 2018. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/543483>

KURU, Baki/ **ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

KURU, Baki/ **AYDIN**, Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

KUTLU SUNGURBEY, Ayfer, Yetkisiz Temsil, İstanbul, 1988.

LANDSDOWN, Gerison, Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12, Save the children UK, 2011.

<https://resourcecentre.savethechildren.net/node/5259/pdf/5259.pdf>

LUNDY, Laura, 'Voice' Is Not Enough: Conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, British Educational Research Journal, Vol. 33, No. 6, ss. 927- 942, 2007.

https://www.jstor.org/stable/30032800?seq=1#metadata_info_tab_contents

MACKEY, Glynne, “To know, to decide, to act: the young child’s right to participate in action for the environment”, Environmental Education Research, Vol. 18, No. 4, ss. 473- 484, 2012.

<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13504622.2011.634494?needAccess=true>

MAKARACI BAŞAK, Aslı/**ÖKTEM ÇEVİK**, Aslı, “Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları”, (Editörler: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek), Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

MAMUR IŞIKÇI, Yasemin/**İNCE**, Doğukan, “Çocuk Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Örnek Bir Model: Norveç Çocuk Ombudsmanı”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, ss. 51- 74, 2018.
<https://www.readcube.com/articles/10.30915/abd.514435>.

MICHEL, Margot/**RUTISHAUSER**, Christoph, “Referate / Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht”, (Herausgeber: Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer), Achte Schweizer Familienrecht Tage, Stampfli Verlag, Zürich, 2016.

MINKUS, Theila/**LIU**, Kelvin/**ROSS**, Keith W., “Children seen but not heard: When parents compromise children’s online privacy”, International World Wide Web Conference, Florance, Italy, 2015.

<http://www2015.thewebconf.org/documents/proceedings/proceedings/p776.pdf>

MONTÀ, Chiara Carla/ **CARRIERA**, Lucia/ **BİFFI**, Elisabetta, “The United Nations Convention on the Rights of the Child: a milestone for a pedagogical reflection on the meanings of childhood and democracy”, *Educação e Pesquisa* 46 (2), ss. 1- 17, 2020, s. 6- 7.

https://www.researchgate.net/publication/347801458_The_United_Nations_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_a_milestone_for_a_pedagogical_reflection_on_the_meanings_of_childhood_and_democracy

MORAN, Lucette, “Who Decides "the Best Interests of the Child?": Strengthening Legal Protections for Intersex Persons against Sexual- and Gender-Based Violence”, *Human Rights Brief*, V. 24, I. 3, ss. 177- 182, 2021, s. 182.
<https://heinonline.org/>

NOMER, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

NIGEL, Thomas, “Towards a Theory of Children’s Participation”, *International Journal of Children’s Rights*, V. 15, 2017, ss. 199- 218.
https://www.researchgate.net/publication/270694374_Towards_a_Theory_of_Childrens_Participation

NUHOĞLU, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, *MÜHF-HAD*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, ss. 211- 220.

O’DONELL, Daniel, *The Right of Children to be Heard* Children's rights to have their views taken into account and to participate in legal and administrative proceedings, UNICEF, Innocenti Research Center, 2009. <https://www.unicef->

irc.org/publications/553-the-right-of-children-to-be-heard-childrens-rights-to-have-their-views-taken-into.html

OĞUZMAN, Kemal/**BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, 2019.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Soyadı ve İlgili İsviçre Medeni Kanunu’nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan II. Cilt, C.22, S.3, ss. 2017- 2032, 2016. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372909>

ONUR, Bekir, Türkiye’de Çocukluğun Tarihi, Ankara, İmge Kitabevi, 2005.

OZANSOY, Cüneyt, Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/1.

ÖCAL APAYDIN, Bahar/ **HİŞİM**, Selin, Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.

ÖĞÜZ, Tufan, “1926’dan Bu Yana Medeni Kanunumuz’un Soybağı Düzenlemeleri”, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C.I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

ÖZBİLEN, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2001.

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G, Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004. (Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi).

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, AÜHFD, C.57, S.3, ss. 561- 598, 2008. (Ad Üzerindeki Hak ve Korunması). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/626977>

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, GÜHFD, C.17, S.3, ss. 81- 106, 2013. (Çocuk Malları). https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_3_4.pdf

ÖZDEMİR, Hayrunnisa/ **RUHİ**, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2019.

ÖZDEMİR, Saibe, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.II, İstanbul, 2009.

ÖZEN, Burak, Makaleler- Tebliğler (2001-2020), “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, MÜHF-HAD, C. 16, S. 3- 4, ss. 171- 194, 2010, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2021. (Soyadı).

ÖZEN, Burak, Makaleler-Tebliğler (2001-2020), “Ayırt Etme Gücü Olmayanlarla İlgili Bazı Hukuki Sorunlar: Hukuki Sorumlulukları, Manevi Tazminat Talepleri”, (Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu, İstanbul, 2015, ss. 67- 74), On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

ÖZEN, Burak, Kişilik Hakkı Algısındaki Değişim, Aristo Yayınları, İstanbul, 2022. (Kişilik Hakkı).

ÖZER TAŞKIN, Özden, Velayette Çocuğun Üstün Yararı İlkesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2006.

ÖZMEN, İsmail, Açıklamalı Uygulamalı İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 1996. (Vesayet).

ÖZMEN, İsmail, Velayet Hukuku Davaları Çocuk Hakları Aile ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara, 2013. (Velayet).

ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.

ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001. (Şahsın Hukuku).

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015. (Aile Hukuku).

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016. (Medeni Hukuk).

ÖZTAN, Güven Gürkan, Türkiye’de Çocukluğun Politik İnşası, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2019.

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

PARKER, Stephen, The Best Interests of The Child Principles And Problems, International Journal of Law and the Family 8, ss. 26-41, 1994.

<http://lawfam.oxfordjournals.org/>

PEKCANITEZ, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

POLAT, Oğuz/**GÜLDOĞAN**, Evin, Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi, TBB Dergisi 2015 (118), ss. 243-254.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-118-1479>

POSTMAN, Neil, Çocukluğun Yok Oluşu, (çev. Kemal İnal), Ankara, İmge Yayınları, 1995.

RESİOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

REYHANİ YÜKSEL, Sera, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2020.

ROBERTA, Bosisio, “Children’s Right to be Heard: What Children Think”, International Journal of Children’s Rights, S: 20, ss. 141-154, 2012, s. 143.

https://www.researchgate.net/publication/269837271_Children's_Right_to_Be_Heard

[What Children Think](#)

SAĞLAM, İpek, “Doktor Yardımlı İntihar ve Bu Konuyu Ele Alan Düzenlemelere Bir Örnek Olarak, "California Hayatı Sonlandırma Seçeneği Yasası"nın Değerlendirilmesi”, MÜHF- HAD Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, C. 33, S. 3, ss. 559- 579, 2017. (Doktor Yardımlı İntihar).

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/469281>

SAĞLAM, İpek, “Unutulma Hakkı”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016, Cilt I, ss. 683, 701, Ankara, 2017.

SAĞLAM, İpek, Turkish Family Law (Engagement, Marriage, Divorce and the Consequences of Divorce), İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2022. (Family Law).

SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Ana ve Babanın Velayeti Birlikte Kullanması, Legal Hukuk Dergisi, S.49, 2007.

SAVAŞ, Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

SCHWEIGHAUSER, Jonas, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger), 3. Auflage, Schultess, Zürich, 2016.

SERDAR, İlknur, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999.

SERDAR, İlknur, Birlikte Velayet, DEÜHFD, C.10, S.1, ss. 155-197, 2008.
(Birlikte Velayet). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754094>

SEROZAN, Medeni Hukuk genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul, 2017.
(Medeni Hukuk).

SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

SERT, Gürkan, Tıp Hukuku ve Etiği, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

SHIER, Harry, Pathways to Participation: Openings, Opportunities and Obligations A New Model for Enhancing Children's Participation in Decision-making, in line with Article 12.1 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, Children & Society V.15, ss. 107- 117, 2001.
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/chi.617>

SINCLAIR, Ruth, Participation in practice: making it meaningful, effective and sustainable, Children and Society, Volum 18, Issue 2, ss. 106- 118, 2004.

SORMUNEN, Milka, Understanding the Best Interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights, Human Rights Law Review, Volume 20, Issue 4, December, ss. 745–768, 2020.

SPINAK, Jane, “When Did Lawyers for Children Stop Reading Goldstein, Freud and Solnit? Lessons from the Twentieth Century on Best Interests and the Role of the Child Advocate”, Family Law Quarterly, Volume 41, Number 2, Summer, ss. 365-391, 2007. <https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/30-years-family->

[advocacy/files/Spinak_When_Did_Lawyers_Stop_Reading_Goldstein_Freud_Solnit.pdf](#)

STEINBERG, Stacey B., “Sharenting: Children’s Privacy In The Age Of Social Media”, Emory Law Journal, Vol. 66, 2017.
<https://970e22ceb1309b85a3bb416ee262012c4031f684-ebshost.vetisonline.com>

STEWART, Rebecca, Child Participation and Independent Human Rights Institutions for Children in Europe, UNICEF, Innocenti Research Centre, No: 23, 2009.
<https://www.unicef-irc.org/publications/647-child-participation-and-independent-human-rights-institutions-for-children-in-europe.html>

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol, Journal of Yasar University, Cilt 8, Sayı özel, ss. 2177- 2189, 2013. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203213>.

ŞAHİN, Adil, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, AÜHFD, C. 59, S. 4, ss. 711- 766, Ankara, 2010.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624730>

ŞAHİN, Sultan/ **ARAL**, Neriman, “Aile İçi İletişim”, Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 1, S. 3, ss. 55- 66, 2012.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbid/issue/38415/445607>

ŞAHİN, Sultan/ **POLAT**, Oğuz, “Türkiye’de Ve Dünyadaki Gelişmiş Ülkelerde Çocuk Katılım Hakkı Algısının ve Uygulamalarının Karşılaştırılması”, Hukuk

ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 4, N. 1, 2012, ss. 275- 282.

<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/85277>

ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt 50, Sayı 4, ss. 65- 80, 2001.

<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629234>

ŞENOL, Ayşe Nilay, “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, ss. 1337- 1357, Aralık, 2019.

<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/902817>

ŞİRİN, Memduh Cemil, Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış, Çocuk ve Medeniyet Dergisi, S. 2, ss. 219- 240, 2019, s. 221.

<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1335781>

TACİR, Hamide, Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, ss. 1301- 1320. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48280/623848>

TAN, Mine, Çocukluk: Dün ve Bugün, Toplumsal Tarihte Çocuk, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1993.

TANDOĞAN, Haluk, Velayetten Doğan Kanun İhtilafları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2- 4, ss. 505- 531, 1946.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge, Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

TAŞTAN, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990. (Aile Hukuku).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992. (Medeni Hukuk).

TEPE, Esra, Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

TOPUZOĞLU, Aşkın/ **DEMİRKALE**, Ayşenur/ **DEMİR**/ Selmin Cansu, Çocuk Hakları Mevzuatı, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi, İstanbul Barosu Yayınları, 2018.

TOPUZOĞLU, Aşkın, B.M. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.

TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, AÜHFD, Cilt 35, Sayı 1-4, s.101, 1978. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42944/519747>

TUHAN BOZ, Reyhan, “Fail-Mağdur Uzlaştırmasında Ayırt Etme Gücüne Sahip Çocuğun Katılım Hakkı ve Kanuni Temsili”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2021, ss. 734- 802, s. 754, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2016528>

TULAY, Emre, “Çocuğun Sünnetinde Hekim ve Ebeveynin Cezai Sorumluluğu”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 43, ss. 583- 605, 2020.
<https://www.jurix.com.tr/article/21222>

TUNÇER, Polat, Sağlık Hukuku, Adalet Yayınevi, 2021.

UÇAK, Murat, “Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi. 3(1), ss. 41- 60, 2020.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1397697>

USTA, Sevgi, “Anne Babanın Tedip Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No:8, ss. 15- 18, Temmuz, 1994.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/5505>

USTA, Sevgi, “Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Önlemleri”, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, Yayına Hazırlayan: İstanbul Barosu Yayın Kurulu, İstanbul, 2004. (Koruma Önlemleri).

USTA, Sevgi, Çocuk Hakları ve Velayet, On iki Levha Yayınları, 2012. (Velayet).

UZUN KAZMACI, Özge, Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, ss. 171- 186, Haziran 2018.
<https://jurix.com.tr/article/18137>

UZUN KAZMACI, Özge, Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022. (Temsil).

ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 S. 2, ss. 227- 288, 2006. <https://www.jurix.com.tr/article/12022>

VAN BUEREN, Geraldine, The International Law on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, 1998. (https://books.google.com.tr/books?id=xEAmkaqn8lMC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V., Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku Cilt II, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965.

VERHELLEN, Eugeen, Children's Rights in Europe, The International Journal of Children's Rights 1, ss. 357- 376, 1993.

VESELOV, Mykola, Administrative And Legal Ensure Of "The Best Interests Of The Child" In The Field Of Junior Justice, Public Administration and Law Review, (3), ss. 49- 56, 2020. <https://public.scnchub.com/palr/index.php/palr/article/view/43/26>

WILLOW, Carolyn, Children Right to be Heard and Effective Child Protection: A Guide for Governments and Children's Rights Advocates on Involving Children and Young People in Ending All Forms of Violence, Sweden, Save the Children, 2010, s. 8, <https://resourcecentre.savethechildren.net/>

YAVUZ, Cevdet/ **ERLÜLE**, Fulya/ **TOPUZ**, Murat, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

YAVUZ, Can, Sosyal Medya Ebeveynliği ve Çocukların Unutulma Hakkı, İzmir Barosu Dergisi, ss. 15- 51, Ocak, 2020.
<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/sosyal-medya-eb20206417136407.pdf>

YILDIZ, Ekrem/ **GÜRSOY**, Serhan, Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul Ve Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

YILMAZ, Canan, Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

YILMAZ, Ejder, “ ‘Çocuk Hakları’ Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, ss. 819- 841, 2009.
<https://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/2162/24%252520yilmaz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

YÜCEL, Özge, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011. (Kayyım).

YÜCEL, Özge, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, ss. 117- 137, Aralık 2013. (Çocuğun İradesi).

YÜCEL, Özge, Çocuğun Bağımsız Temsilinde Farklı Bir Yol: Çocuk Savunmanlığı ve Çocuk Baroları, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, ss. 146- 153, Aralık 2014. (Çocuk Savunmanlığı).

YÜCEL, Özge, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018. (Özerklik Hakkı).

YÜCEL, Özge, “Türk Hukukunda Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanımı ve Harcanması ile Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 164, ss. 774- 783, 2020. (Çocuk Malları). <https://www.jurix.com.tr/article/20642>

YÜCEL, Özge, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (Editörler: Özge YÜCEL/Gürkan SERT), Seçkin Yayınları, Ankara, 2021. (Temel Kavramlar).

ZERMATTEN, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, International Journal of Children’s Rights 18, ss. 483–499, 2010.

ZEVLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.

ZEVLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

ZİYAN, Ayşe, Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

İnternet Kaynakları

BM Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye İlişkin Genel Yorumları, Kırkıncı Oturum Cenevre, 12-30 Eylül 2005, Genel Yorum No.7 (2005). www.unicef.org

BM Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye İlişkin Genel Yorumları, Elli birinci Oturum Cenevre, 25 Mayıs- 12 Haziran 2008, Genel Yorum No.12 (2009). www.unicef.org

BMMYK, Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair BMMYK Kılavuz İlkeleri, Mayıs 2008. (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa69594>)

Bundesamt Für Justiz, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/>

Children's and youths' rights and obligations, infoFinland.fi, <https://www.infofinland.fi/en/living-in-finland/family/children/children-s-and-youths-rights-and-obligations>

Çocuğa Karşı Şiddeti Önlemek İçin Ortaklık Ağı Çocuk Katılımı Politika Belgesi, (Hazırlayan: Gözde Durmuş), Uluslararası Çocuk Merkezi, Ankara, Aralık 2019. <http://www.cocugasiddetionluyoruz.net/storage/app/uploads/public/5e0/da8/285/5e0da828572c2035862405.pdf>

Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları Cilt I AYM-AİHM, (Der. Ersoy Kontacı/ Neslihan Aktosun), Ankara, 2021.

<http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/cocukhaklariykcilt1.pdf>.

Çocuk Haklarına Yönelik Güncel Yargı Kararları, Cilt:2 (Yargıtay-Danıştay), TBB Yayınları, 2021.

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/655.pdf>.

Çocuk Yaşta, Erken ve Zorla Evliliklerin Sağlık Riskleri ve Sonuçlarına Çok Sektörlü Yaklaşım Raporu, UNFPA, Ekim 2020.

https://turkey.unfpa.org/sites/default/files/pubpdf/unfpa_cyeze_sagliksonuclariraporu_turkce.pdf

Finlandiya Hükümeti'nin Birleştirilmiş Beşinci ve Altıncı Periyodik Raporu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Temmuz 2019. <https://www.aile.gov.tr/media/44219/finlandiya.pdf>

Handbook Germany, <https://handbookgermany.de/tr/rights-laws/youth-welfare-office.html>

Kazancı Hukuk Otomasyon

KDK Tavsiye Kararı, Şikayet No: 2015/2521, T. 31.12.2015. <https://cocuk.ombudsman.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf>

National Children's Advocacy Center. <https://www.nationalcac.org/>

Rights, Remedies & Representation: Global Report On Access To Justice
For Children, CRIN, 2016.

https://archive.crin.org/sites/default/files/crin_a2j_global_report_final_1.pdf

TÜİK İstatistik Veri Portalı,

<https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=nufus-ve-demografi-109&dil=1>

Unutulma Hakkının Arama Motorları Özelinde Değerlendirilmesi, KVKK
Yayınları, No:34, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/11b6fd99-d42a-45b1-a009-21f2d36ded21.pdf>

2020 Çocuklara Yönelik Şiddetin Önlenmesine ilişkin Küresel Durum
Raporu <https://www.unicef.org/turkey/bas%C4%B1n-b%C3%BCltlenleri/uluslararası%C4%B1-kurulu%C5%9Flar-uyard%C4%B1-%C3%BClkeler-%C3%A7ocuklara-y%C3%B6nelik-%C5%9Fiddetin-%C3%B6nlenmesi>

http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf

http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-III-553%3Ade&lang=de&type=show_document

<https://www.independent.co.uk/news/world/europe/facebook-fines-woman-son-photos-post-social-media-court-italy-rome-a8155361.html>

http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-III-553%3Ade&lang=de&type=show_document

https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_104.html

http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm

[https://stringfixer.com/tr/Age_of_Legal_Capacity_\(Scotland\)_Act_1991](https://stringfixer.com/tr/Age_of_Legal_Capacity_(Scotland)_Act_1991)

https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf

<https://opic.childrightsconnect.org/crc-pending-cases/>

<https://dejure.org/gesetze/BGB/1666.html>

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/de>

<https://www.hcch.net>

<https://treaties.un.org>

<https://www.ohchr.org>

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar>

www.etimolojiturkce.com

<https://heinonline.org/>

www.kazanci.com.tr

<https://www.libertyhukuk.com>

<https://www.researchgate.net>

<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>

<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org>

<https://ico.org.uk>

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622>

<https://www.ntv.com.tr>

<https://www.jurix.com.tr>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<http://www.un-documents.net/>

<https://resourcecentre.savethechildren.net/>

<https://www.resmigazete.gov.tr>