

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ANAYASA HUKUKUNDA ÇOCUK HAKLARI

Doktora Tezi

Müberra ALGAN

Ankara-2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ANAYASA HUKUKUNDA ÇOCUK HAKLARI

Doktora Tezi

Müberra ALGAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Levent GÖNENÇ

Ankara-2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ANAYASA HUKUKUNDA ÇOCUK HAKLARI

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Levent GÖNENÇ

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Levent GÖNENÇ

2- Prof. Dr. Selin ESEN

3- Doç. Dr. Ozan ERGÜL

4- Dr. Öğr. Üyesi Ali Ersoy KONTACI

5- Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ARSLAN

Tez Savunması Tarihi: 15/9/2020

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Levent GÖNENÇ danışmanlığında hazırladığım “Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları (Ankara, 2020)” adlı yüksek lisans ☐ - doktora/bütünleşik doktora ☒ tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 15.9.2020

Müberra ALGAN

İÇİNDEKİLER

ANAYASA HUKUKUNDA ÇOCUK HAKLARI.....	3
İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	viii

GİRİŞ.....	1
I. ÇALIŞMANIN KONUSU VE ÖNEMİ.....	1
II. ÇALIŞMANIN KAPSAMI, SINIRLARI VE İNCELEME PLANI	9

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE HUKUKÇA TANINMASI

I. ÇOCUK HAKLARININ DOĞUŞU VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	16
A. Çocuk Kavramı, Tarihsel ve Düşünsel Gelişimi.....	21
1. Çocukluk Kavramı	24
a. Hukukta Çocuk Kavramı.....	30
b. Çocukluğun Süresi	37
c. Çocukluğun Aşamaları	39
B. Çocuğun Haklarının Tarihsel Gelişimi: Nesneden Özneye	40
1. Modern Öncesi Hukukta Çocuğun Hukuksal Konumu.....	43
a. Hukuk Önünde Çocuğun Nesne Kabul Edildiği Dönem.....	44
b. Çocuğun Haklarının Olduğunun Kabul Edilmeye Başlanması	49
2. Çocuk Haklarının Tanınmasına Zemin Hazırlayan Toplumsal ve Düşünsel Gelişmeler: Çocuğun Haklarından Çocuk Haklarına.....	50
a. Çocuğun Hak Öznesi Olarak Tanınması Yönündeki Toplumsal Gelişmeler.....	51
b. Çocuğa Yönelik Kuramsal Değişim.....	55
c. Çocuğun Hak Öznesi Olarak Tanınması Yönünde Hukuksal Gelişmeler:	
“Çocuğun Hakları”na Doğru	59
aa. İngiliz Hukukunda Çocuğun Haklarının Tanınması Yönünde Hukuksal Gelişmeler.....	59

bb. Fransız Hukukunda Çocuğun Haklarının Tanınması Yönünde Hukuksal Gelişmeler.....	69
3. Osmanlı Hukukunda Çocuğun Haklarının Tanınması ve Korunmasının Tarihsel Gelişimi	74
a. Tanzimat Öncesi.....	76
b. Tanzimat Sonrası.....	84
II. ÇOCUK HAKLARININ HUKUKÇA TANINMASI.....	89
A. Çocuk Haklarına Hukukun Yaklaşımı	91
1. Çocuğun Korunmasını Temel Alan Yaklaşım	92
2. Çocuğun Özerkliğini Temel Alan Yaklaşım: Çocuk Hakları Yaklaşımı	98
B. Ulusal Düzeyde Tanıma	100
1. Çocuk Haklarının Yasayla Tanınması.....	100
a. Genel Olarak Yasal Tanınmanın Dinamikleri ve “Çocuk Haklarının” Yasal Tanınma Süreci.....	104
b. Türkiye’de Çocuk Haklarının Yasal Tanınması	126
aa. Türk Hukukunda Çocuğun Korunması İle İlgili Düzenlemeler	128
bb. Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Yargılama ve Yaptırım Usulleri	146
cc. Çocuğun Kişisel Malları.....	149
dd. Tıbbi Müdahalelerde Çocuğun Rızası	150
ee. Değerlendirme: Türk Hukukunda Çocuğun Korunması-Özerkliğinin Tanınması Dengesi	152
2. Çocuk Haklarının Anayasayla Tanınması	156
a. Çocuk Haklarının Anayasalarda Tanınma Nedenleri	158
aa. Sosyal Haklar Hareketinin Çocukların Haklarına Etkisi.....	161
bb. Ulusalüstü Hukuktaki Gelişmeler	170
b. Belli Başlı Anayasal Tanıma Örnekleri.....	174
c. Anayasal Tanınmanın Kapsamı	180
bb. Çocuk Haklarını Tanıyan Anayasalar: Çocuk Hakları Anayasaları	188
cc. Çocuk Haklarına Yer Vermeyen Anayasalar	194
d. Türkiye’de Çocuk Haklarının Anayasal Tanınması	197
aa. 1924 Anayasası.....	197
bb. 1961 Anayasası	198
cc. 1982 Anayasası.....	200
i. Konusundan Hareketle Çocukların Haklarına İlişkin Hükümler.....	200

ii. Doğrudan Çocukların Haklarına Özgü Hükümler	206
iii. 90'ıncı Madde Gereği Dolaylı Tanıma	211
iv. 1982 Anayasası'nın Çocuk Haklarına Yaklaşımı	212
3. İctihat Yoluyla Tanıma.....	217
a. Genel Olarak İctihat Yoluyla Tanıma.....	217
b. Common Law Sisteminde	219
aa. Amerika Birleşik Devletleri'nde	220
bb. İngiltere'de.....	239
c. Güney Afrika Cumhuriyeti'nde.....	241
d. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde.....	243
e. Türkiye'de İctihat Yoluyla Tanıma	247
C. Ulusalüstü Tanıma.....	254
1. Genel İnsan Hakları Sözleşmelerinde Çocuk Hakları	256
2. Bölgesel İnsan Hakları Sözleşmelerinde Çocuk Hakları	258
3. Çocuk Haklarına Özgü Ulusalüstü Belgeler	263
a. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi	263
b. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi.....	265
c. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi.....	270
aa. Sözleşme'nin İç Hukukta Etkinliği	283
bb. Sözleşme'nin Yatay Etkisi.....	290
cc. Türk Anayasa Hukuku Bakımından Sözleşme'nin Kabul Edilmiş Olmasının	
Sonuçları.....	293
dd. Sözleşme'nin Yargı Makamları Üzerinde Etkisi	300
i. Genel olarak	300
ii. Anayasa Mahkemesi Kararları.....	303
iii. Yargıtay Kararları	306
ee. Sözleşme'nin Yasama Organı Üzerinde Etkisi	309
ff. Sözleşme'nin İdare Makamları Üzerinde Etkisi	311
gg. Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Sözleşmeye Konan Çekincenin Anayasa	
Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi.....	313
4. Tematik Çocuk Hakları Belgeleri.....	316
a. Lahey Devletler Özel Hukuku Sözleşmeleri	317
b. ILO Sözleşmeleri.....	318
c. Çocuk Suçluluğuna İlişkin Birleşmiş Milletler Belgeleri	320

d. Çocukların Cinsel Suiistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi	322
e. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi	323

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA HUKUKUNDA ÇOCUK HAKLARININ HUKUKİ REJİMİ

I. ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN ÇOCUK HAKLARI KAVRAMI	324
A. Çocuk Haklarına Teorik Yaklaşımlar: Çocuk Haklarının Düşünsel Temelleri	329
B. Anayasa Hukukunun Yaklaşımı	344
1. Çocuğun İncinebilir Kırılğan Doğası	345
2. Gelişim Hâlindeki Bireyler Olmaları	348
3. Hukuksal Statüleri	351
4. Çocuğun Moral Değeri	354
5. Çocuklara Hak Tanınmasının Hâkim Sınıfın ve Ekonomik Yapının Çıkarları İle Örtüşmesi	354
6. Demokratik ve Çoğulcu Bir Toplum Düzeninin Gerekleri	357
C. Anayasa Hukukunda Çocuk Haklarının Tanımı ve Konusu	360
1. Çocuğun Maddi ve Manevi Varlığının Korunması	367
2. Çocuğun Maddi ve Manevi Varlığının Geliştirilmesi	390
3. Çocuğun Özerk Kişi Olarak Konumunun Güçlendirilmesi	422
D. Çocuk Haklarının Tasnifi ve Çocuk Hakları Kataloğu	429
II. ÇOCUK HAKLARININ NİTELİĞİ	442
A. Genel Olarak Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği	442
B. Öznenin “Çocuk” Olmasının Hakların Niteliğine Etkisi	457
C. Öznenin Çocuk Olmasının Sosyal ve Ekonomik Haklardan Doğan Yükümlülüklerle Etkisi	468
III. ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN İLKELER	499
A. Eşitlik İlkesi	502
1. Genel Olarak Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi	503
2. Çocuk Olma Nedenine Dayalı Ayrımcılık Kavramı	516
3. Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesinin Korunma Usulü	532
B. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi	545
1. İlkenin Gelişimi, Kapsamı ve Tanımı	545

2. Anayasa Hukuku Bakımından Anlamı.....	569
C. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi	583
1. İlkenin Gelişimi ve Kapsamı.....	583
2. Anayasa Hukuku Bakımından Anlamı.....	586
D. Çocuğun Yaşama, Hayatta Kalma ve Gelişmesi İçin Azamî Çabanın Gösterilmesi İlkesi.....	603
1. Çocuğun Hayatta Kalması İlkesi.....	608
2. Gelişme Hakkı/İlkesi.....	611
IV. ÇOCUK HAKLARININ ÖZNESİ	617
A. Anayasa Hukuku Bakımından Ceninin Statüsü	641
B. Küçük Çocuklar.....	654
1. Çocuğun Küçük Olmasının Anayasa Hukuku Bakımından Anlamı	654
2. Anayasa Hukukunda Küçük Çocukların Haklarının Korunması	659
C. Erişkin Çocuklar.....	678
1. Çocuğun Erişkin Olmasının Anayasa Hukuku Bakımından Anlamı	678
2. Anayasa Hukukunda Erişkin Çocukların Haklarının Korunması	685
V. ÇOCUK HAKLARININ YÜKÜMLÜLERİ	721
A. Devlet	722
1. Devletin Çocuk Hakları Karşısında Negatif Yükümlülükleri	733
2. Devletin Çocuk Hakları Karşısında Pozitif Yükümlülükleri	735
3. Çocuk Hakları Karşısında Devletin Pozitif Yükümlülüklerinin Kapsamı	738
B. Ebeveynler ve Çocuğun Bakım ve Gözetiminden Sorumlu Kişiler.....	760
VI. ÇOCUK HAKLARININ GENEL KORUMA REJİMİ	773
A. Genel Olarak Çocuk Haklarının Genel Koruma Rejimi.....	773
B. Çocuk Haklarının Sınırlanma Rejimi	776
C. Sınırlamanın Sınırları	787
1. Müdahalenin Varlığı.....	789
2. Kanunla Sınırlama.....	790
a. Erişilebilirlik.....	793
b. Öngörülebilirlik-Belirlilik	793
c. Kanunlarla Uluslararası Sözleşmelerin Çatışması Durumu	798
3. Sınırlamanın Meşru Amaca Dayanması.....	800
4. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük.....	802
D. Çocuk Haklarının Güvence Sistemi	815

1. Çocuk Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması	819
a. Yargı Dışı Kurumlar Eliyle Çocuk Haklarının Korunması.....	821
aa. Yasama Eliyle Koruma	821
bb. Kamu Denetçiliği Kurumuna Başvuru.....	824
cc. Yürütme Eliyle Koruma	824
b. Yargı Eliyle Çocuk Haklarının Korunması	826
c. Anayasa Hukuku Bakımından Çocuğun Yargısal Makamlara Başvuru Hakkı ..	828
d. Çocuk Haklarının Anayasa Yargısı Aracılığıyla Korunması	834
aa. Bireysel Başvuru Çerçevesinde Çocuk Haklarının Korunması	834
bb. Çocuk Haklarının Norm Denetimi Usulü Çerçevesinde Korunması	854
2. Çocuk Haklarının Ulusalüstü Düzeyde Korunması	856
1. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Denetim Organı: Çocuk Hakları Komitesi ..	859
i. Raporlara Dayalı Denetim	860
ii. Bireysel Başvuru	864
iii. Devletlerarası Bildirim.....	867
SONUÇ	868
KAYNAKÇA	879
I. MAHKEME KARARLARI.....	926
1. Anayasa Mahkemesi Kararları.....	926
a. Norm Denetimi Kararları	926
b. Bireysel Başvuru Kararları.....	928
2. Yargıtay Kararları	931
3. Danıştay Kararları	931
4. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları	931
5. ABD Eyalet Mahkemesi/Temyiz Mahkemesi Kararları.....	935
6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.....	935
5. Diğer Mahkemelerin Kararları.....	945
Kanada Yüksek Mahkemesi.....	945
Güney Afrika Anayasa Mahkemesi	946
Birleşik KrallıkYüksek Mahkemesi	946
Arjantin Yüksek Mahkemesi.....	946
Hindistan Yüksek Mahkemesi	946
Britanya Kolumbiyası	947
İrlanda Mahkemesi.....	947

II. DİĞER KAYNAKLAR	947
ÖZET	954
SUMMARY.....	955



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Appl. No:	: Application Number
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
B. No:	: Başvuru Numarası
C.	: Cilt
C.	: Comment
c.	: contre (kaşı)
CD.	: Ceza Dairesi
CRC.	: The Committee on Child Rights
Çev.	: Çeviren(ler)
ÇHK	: Çocuk Hakları Komitesi
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
DD.	: Dava Daireleri
dn.	: dipnot
E:	: Esas Numarası
ed./eds.	: Editör/Editörler
GC.	: General Comment
HD.	: Hukuk Dairesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K:	: Karar Numarası
k.t:	: Karar Tarihi
m.	: Madde
No.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete

Rev. : Revision
s. : Sayfa
ss. : Sayfadan Sayfaya
v. : Versus
Vd. : ve devamı
Vol. : Volume
Yay. : Yayınları



GİRİŞ

I. ÇALIŞMANIN KONUSU VE ÖNEMİ

Çocuğun hak sahibi olduğu düşüncesi, pek çok açıdan bir devrim niteliğindedir¹. Tarihin tüm dönemlerinde çocuklar, ebeveynlerinin ya da velilerinin kontrolü altında olan ve bir yetişkinden daha az öneme sahip varlıklar olarak görülmüşlerdir. Hukuk tarafından bir yetişkinin sahip olması gereken yetkinliğe sahip olmamaları nedeniyle siyasal, yasal, sosyal işlemlere ve hatta kendi hukuklarına ilişkin kararların alınmasına katılmaları uygun görülmemiştir². Bu statünün bir sonucu olarak devletin çocuğu korumayı amaçlayan özel mumalesi yeterli görülmüştür.

Ancak 1960'lara gelindiğinde, ırk ve cinsiyet ayrımcılığına karşı düşünsel ve siyasal tepki beraberinde çocukların da bir yetişkinin iradesine mutlak tabi statüsünün sorgulanmasını getirmiştir. Böylece çocuğa ve haklarına yönelik yaklaşımda vurgu, korumadan özerkliğe; bakım ve gözetimden çocuğun kendine ilişkin kararların alınmasında söz sahibi olmasına, çocuğun refahından çocuğun haklarına kaymıştır³. Dolayısıyla günümüzde çocuk hakları hareketinin odaklandığı temel sorunun, çocuğun istismarcı ya da bakım gözetim görevini yerine getirmeyen ebeveyne ya da yetişkinlere karşı korunmasından öte çocuğun sosyal-hukuksal statüsünden kaynaklanan çocuğa yönelik ayrımcılık olduğu ifade edilebilir⁴.

¹ Michael S. WALD, "Children's Rights: A Framework for Analysis", **University of California, Davis Law Review**, Vol. 12, 1979, ss. 255-282, s. 260 vd. s. 255, 256.

² Joel FEINBERG, "The Nature and Value of Rights" içinde: Joel FEINBERG, **Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy**, Princeton, Princeton University Press, 1980, s. 143.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Carl M. ROGERS-Lawrence S. WRIGHTSMAN, "Attitudes Toward Children's Rights: Nurturance or Self-determination?", **Journal of Social Issues**, Vol. 34, No. 2, 1978, ss. 59-68; C. R. MARGOLIN, "Salvation versus Liberation: The Movement for Children's Rights in a Historical Context", **Social Problems**, 1978, Vol. 25, No. 4, ss. 441-452; Claire BREEN, **Age Discrimination and Children's Rights Ensuring Equality and Acknowledging Difference**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2006; Anthony M. PLATT, **The Child Savers: The Invention of Delinquency**, University of Chicago Press, 1977.

⁴ Michael D. A. FREEMAN, "The Limits of Children's Rights", ss. 29-43, içinde: Michael D.A. FREEMAN, and Philip E. VEERMAN, (edit). **The Ideologies of Children's Rights**, Vol. 23, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

Hak ve özgürlüklerin kaynağı, çeşitli dönemlerde farklı yaklaşımlarla açıklanmıştır. Pozitif hukuktan ayrı ve ona üstün bir “doğal hukuk” düşüncesinin kökeni uygarlık kadar eskidir⁵. Bununla birlikte, insanın salt insan olarak, doğuştan bazı hak ve özgürlükleri olduğu ve devletin bunlara dokunamayacağı düşüncesinin sistemli bir şekilde ortaya konusu, XVII’nci yüzyıl tabii hukuk düşüncesi ile birlikte olmuştur⁶. Bu dönemde geliştirilen “doğal haklar kuramı”, hak ve özgürlüklerin kökenini “doğal yaşam” ve “toplum sözleşmesi” varsayımlarına dayalı olarak açıklamaktayken XVIII’inci yüzyıl sonlarında bu iki temel varsayımın rasyonel düşünceye aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmesi üzerine “bireyci kuram”, hak ve özgürlükler konusunda yeni bir yaklaşım getirmiştir⁷. Günümüzde pek çok anayasa ve ulusalüstü belgede de, “insanın değeri” ve “insan onuru”⁸, insan haklarının temeli olarak kabul edilmektedir. Buradan hareketle çocuk hakları öncelikle çocuğa ilişkin kabullerin değişimini öngören, çocuğun insanlık ailesinin eşit değere sahip bir üyesi olduğunu ortaya koyan, çocukların başlı başına hakların öznesi olmalarına dayanan bir yaklaşımın benimsenmesi ile gündeme gelen haklardır. Bu yaklaşım en billur biçimiyle 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi ile ulusalüstü düzeyde kabul edilmiştir. XX’nci yüzyılın sonlarından itibaren çocuğun insanlık ailesinin eşit onura ve değere sahip bir üyesi olduğu pek çok anayasada açıkça ifadesini bulmuştur.

⁵ Bahri SAVCI, “Kişi Hakları Kavramının ve Teorisinin Tarihte Kuruluşu”, **AÜSBFD**, Cilt 25, Sayı 1, 1970, ss. 97-134, s. 99.

⁶ Münci KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 30; Server TANİLLİ, **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 157.

⁷ KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s. 38; Oktay UYGUN, **1982 Anayasası’nda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Kitap Ticaret, 1992, s. 19; Oktay UYGUN, **İnsan Hakları Kuramı**, İnsan Hakları, (Edit: Korkut TANKUTER) İstanbul, Cogito Yapı Kredi Yayınları, 2000.

⁸ Aslında insan haklarına ilişkin kuramların çoğunun temelinde, bütün insanların sırf insan olmak dolayısıyla kişiliklerine bağlı (intrinsic) bir değeri bulunduğu inancı yatar. Ancak insan onurunun herkesçe kabul edilen bir tanımına ulaşmak kolay değildir. Bir anlayışa göre insan onuru, kişinin insan olarak kendisine saygısının korunmasıyla ilgilidir. İnsan onurunun objektif-toplumsal bireye atfettiği değer, sübjektif-kişinin kendine atfettiği değer ve etik boyutu bulunmaktadır. Mustafa ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 2. Bası, Orion Kitabevi, Ankara, 2011, s. 48. Akıllıoğlu, insan onurunun “yalnızca bir kimsenin kendisine atfettiği ya da toplumun o kimseye verdiği değer (şeref ve haysiyet) anlamında olmayıp aynı zamanda genel, soyut ve etik bir değer olduğunu belirtmektedir. Tekin AKILLIOĞU, **İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayınları, Ankara, 2010, s. 5

Herhangi bir bireyin yerleştirildiği statü, o statüde yer alan bireylere özgü haklar tanınmasının meşruiyet temelini oluşturmaktadır⁹. Çocuğa layık görülen sosyal ve hukuksal statü de çocuğun hak ve sorumluluklarını belirlemektedir. Çocuğun hukuk önündeki geleneksel statüsü, olgunluk seviyeleri göz önünde bulundurulmaksızın, çıkarlarını korumak için daima bir yetişkine bağlı olduklarının kabul edilmiş olmasıdır.

Çocuğun bir yetişkinin iradesine mutlak olarak tabi olmasına dayalı ve “yetkin” kabul edilen kişilere göre ikincil kabul edilen statüsünün sorgulanması, çocuğun yasal statüsünde değişiklik anlamına gelen bir dizi hakkın tanınmasını gündeme getirmiştir. Çocuğun hukuksal statüsünü değiştiren bu hukuk reformu, o ana kadar yetişkinlere özgü kabul edilen bazı hakların korumasından çocukların dışlanması eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmesi, “kişi” olarak çocukların anayasal hakların korumasından eşit olarak yararlanmalarının kabul edilmesi¹⁰ ve çocuğa özgü özel ihtiyaç ve menfaatlerin hukuki olarak bağlayıcı çocuk hakları olarak tanınması biçiminde olmuştur. Ancak o ana kadar yetişkinlere özgü kabul edilen hakların çocuklara da tanınması, çocuklara has nitelikler göz önünde bulundurularak bu hakların yeniden tanımlanmalarını gerektirmektedir. Herkese özgü olmaları anlamında genel haklar, çocukları da kapsayacak biçimde yeniden tanımlandığında yeni ve kendine özgü nitelikler kazanmaktadır. Gerçekten çocukların haklarının korunması, her bir genel hakka ilişkin hükmün başına “çocuk” ya da “çocuğun” ibaresinin eklenmesiyle değil, çocuğun insanlık ailesinin eşit değere sahip bir

⁹ Geraldine Van BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1998, s. 32-33.

¹⁰ Hillary RODHAM, “Children Under The Law”, **Harvard Educational Review**, Vol. 43, No. 4, 1973, ss. 1-26, s. 1. Amerikan Yüksek Mahkemesi *Powell v. Alabama* kararında, çocuk suçluların Anayasa’nın 14’üncü değişikliği ile kabul edilen “due process ilkesi”nin bir gereği olarak adli yardım hakkı olduğunu, bu hakkı tanımayan eyalet yasasının Anayasayı ihlal ettiğine karar vermiştir. *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 50, 57-58 (1932). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/45/> *In re Gault* kararında da aynı şekilde çocukların da due process ilkesinin koruması altında olduklarını kabul etmiştir. *In re Gault*, 387 U.S. 1, 78 (1967). Çocuk haklarının tanındığı ilk karar olarak kabul edilen *In Re Gault* kararının *Powell v. Alabama* kararından ayıran niteliği, *In Re Gault* kararında, çocuklara özgü kabahat yasasının (Arizona Juvenile Code) ihlali durumunda, çocuğa yönelik yaptırımlara karar verilmesi sürecinin de adil yargılama usullerine tabi olması gerektiğini kabul etmesidir. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>

üyeyi olduğunun kabul edilmesi ve çocukluğa özgü niteliklerine ve gereksinimlerine özel önem verilmesiyle gerçekleştirilebilir.

Peki, çocuğun yetişkin kişinin değerinden ayrılabilen hangi niteliği ona özel haklar tanınmasına kaynaklık edecektir? Çocuk haklarının hangi haklardan oluşacağını ve bu hakların rejimini belirleyecek olan “çocuğa özgü nitelikler”, üzerinde önemle durmayı gerektirmektedir. Bu çalışmada, çocuğun “kırılgan ve nazik doğası¹¹”, “gelişim hâlinde olması ve gelişimini potansiyelinin olanak verdiği en üst noktada tamamlayabilmesi için desteklenme gereksinimi”¹², “kendi özerk seçimlerini yansıtan yaşam hedeflerini oluşturmak ve sürdürmek için mümkün olan en fazla fırsata sahip ve tam donanımlı olarak yetişkinlik eşiğine eriştirilme gereksinimi”¹³, “çocuğun bir başkasının emirlerine mutlak tabi bir varlık olmayıp gelişen yetkinliğine uygun olarak hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılabilmesi”, çocuğa özel haklara kaynaklık eden “çocuğa özgü nitelikler” olarak kabul edilmişlerdir. Bu nitelikler anayasa hukukunda çocukların hangi haklara sahip olduklarının tespiti ile birlikte bu haklarının tabi olduğu rejimi de belirlemektedir.

Gerek Anayasa Mahkemesi içtihatlarında gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ilk olarak çocuğun kırılgan ve nazik doğası, hakkın rejimini belirlemektedir. Mahkeme, çocuğun maddi ve manevi varlığının korunmasını konu alan hakların öznesinin çocuk olduğu durumlarda, devletin yükümlölüklerini yerine getirmiş sayılması için alması gereken önlemlerin kapsamının genişlediğini kabul etmektedir. Çocuğun özel olarak korunmasını gerektiren kırılgan ve tahlikelere açık doğası, çocuğa yönelik ihlalin ağırlılığını da belirleyen temel unsurdur. Anayasa Mahkemesi çocukların şiddet, ihmal,

¹¹ Rona SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, İkinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 4.

¹² Anne C. DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, **Minnesota Law Review**, No. 95, ss. 2099-2179, s. 2144.

¹³ Kavram, Eekelaar tarafından çocuğun gelişimini ve özerkliğini konu alan alan hakların temellendirilmesinde kullanılan bir ölçüttür ve bu çalışmaya da esin kaynağı olmuştur. John EEKELAAR, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 8, No. 1, 1994, ss. 42-61, s. 53.

istismar, cinsel saldırı ve sömürüden korunma haklarını Anayasa'nın 17'nci maddesi çerçevesinde ele almaktadır. Mahkeme, maruz kalınan muamelenin işkence, eziyet veya insan haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilmesinde mağdurun maruz kaldığı fiziksel ve ruhsal etkiler açısından asgari bir eşiği aşmasını gerekli görmekte, bu ağırlık derecesine ulaşan eylemler bakımından incelemesini işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin Anayasa'nın 17'nci maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde yürütmekte, eylemin bu hükmün aradığı ağırlık derecesine ulaşmadığına karar verdiği durumlarda ise aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” çerçevesinde sürdürmektedir¹⁴. Anayasa Mahkemesi hakkı ihlal edilen kişinin çocuk olması durumunda incinebilir, kırılabilir doğasının bir sonucu olarak maddi ve manevi bütünlüğünün yetişkinlere göre daha fazla tahrip olabileceğini kabul etmektedir¹⁵.

Anayasa hukukunda çocuğun incinebilir kırılabilir doğası, aynı zamanda çocuğun menfaatlerinin, çatışan diğer menfaatler karşısında özel olarak korunmasını gerektirir.

Gelişim aşamasında olan kişiler olan çocukların, gelişimlerini sahip oldukları potansiyellerinin en üst seviyesinde tamamlayabilmeleri için desteklenme ihtiyacı, haklarının konusunu ve rejimini belirleyen bir diğer çocuğa özgü niteliktir. Doğrudan bu amaca özgülenmiş eğitim hakkı yanında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları, öznenin çocuk olduğu durumlarda, çocuğun gelişimini en elverişli biçimde desteklenmesini sağlayacak bir yaklaşım içinde ele alınmasını gerektirir.

Çocuk hakları kataloğunda yer alan hakları ve bu hakların rejimini etkileyen bir diğer unsur, çocuğun herkes gibi kişi olarak değeridir. Çocuğa atfedilen değer ve bu değer

¹⁴ *Esmâ Başbakkal Başvurusu*, (B. No: 2012/1128), 8.5.2014, parag. 31.

¹⁵ *A.D. Başvurusu*, (B. No: 2014/7967), 23.5.2018, parag. 83, 84; *Z. C. Başvurusu*, (B. No: 2013/3262), 11.5.2016, parag. 68; *A.S.Y. Başvurusu*, (B. No: 2015/4213) 15.11.2018, parag. 44; *R.Y. Başvurusu*, (B. No: 2015/19588), 28.5.2019, parag. 33; *A.B. ve B.B. Başvurusu*, (B. No: 2015/7161), 31.10.2018, parag. 55-56.

ile örtüşen hukuk önündeki statüsü, özellikle haklar çatışmasında çocuğun haklarına verilen ağırlığın bir diğer ifade ile bu hakların koruma gücünün belirlenmesine etki etmektedir. Nitekim, çocuğun “nesne” değil, eşit haklara sahip bir “özne” olduğunun kabulü, çocuk haklarının hukuki rejimini, özellikle muhatapların yükümlülükleri ve hakların yatay ilişkilerdeki etkisini belirlemektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin Başlangıç Kısmında, “*insanlık ailesinin tüm üyelerinin, doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilemez haklara sahip olmalarının tanınması*”, “*insanın temel haklarına ve bireyin, insan olarak taşıdığı haysiyet ve değer*”e atıf yapılması, herkesin “*hak ve özgürlüklerden ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuştan veya başka durumdan kaynaklanan ayırımlar dâhil, hiçbir ayırım gözetilmeksizin yararlanma hakkına sahip ol*”duğunun vurgulanması, çocuğun kişi olarak eşit değerine ve hakların korumasından eşit yararlanma hakkına işaret etmekteyken, “*kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliği*”, “*toplumda bireysel bir yaşantı sürdürebilmesi için her yönüyle hazırlanması*”, “*barış, değerbilirlik, hoşgörü, özgürlük, eşitlik ve dayanışma ruhuyla yetiştirilmesinin gerekliliği*”, “*çocuğa özel bir ilgi gösterme gerekliliği*”, “*çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle ... özel güvence ve koruma gereksinimi*”, “*çok güç koşullar altında yaşayan ve bu nedenle özel bir ilgiye gereksinimi olan çocukların bulunduğu*” biçiminde ifade edilen çocukluğa özgü nitelikleri ve gereksinimleri, “*çocukların özel ilgi ve yardıma hakkı ol*”masının dayanağı olarak kabul edilmiştir.

Bu çalışmada bu nedenle anayasa hukukunda çocukların hangi spesifik haklara sahip olabileceklerini tek tek belirlemek yerine, bir hakkın çocuk hakkı olarak belirlenmesinde başvurulabilecek genel bir ölçütün önerilmesi ve bu hakların hukuki rejiminin irdelenmesi amaçlanmaktadır.

Çocuğun siyasal haklara ilişkin kısıtlar dışında, herkes için geçerli olan haklardan yararlanmasını açıkça yasaklayan hukuk kuralları sınırlı konulara ilişkindir. Bu sınırlar da çocukların belli işlemleri anlama yetkinlikleri olmadığı ya da belli işlemleri yapma ya da belli eylemlerde bulunmalarının çocukların haklarını, refahını ya da gelişimini olumsuz etkileyeceği kabulüne dayanmaktadır. Dolayısıyla çocukların haklardan yararlanmalarını engelleyen nedenler, yerleştirildikleri toplumsal-hukuksal statülerinden kaynaklanmaktadır. Çocuğun, herkes gibi “insan olarak değere” ve “onura” sahip bir “kişi” olduğunun kabul edilmesi, ailede, okulda ve çocuğun ilişkili olduğu her sosyal birimde bu eşit değer ve onur göz önünde bulundurularak çocuğun kendine özgü hak ve menfaatleri olduğunun kabul edilmesi, çocukların haklarının hangi hakları kapsayacağı sorunundan daha temel bir soruna işaret etmektedir. Bu anlamda çocuk hakları kavramı, bütün insanların, insan olma sıfat ve onurunda eşitliği düşüncesinden hareketle hukuk nesnesi değil, hukuk önünde kişi sayılmalarını gerektiren hakların korumasından eşit yararlanma ilkesi ile yakından ilgilidir.

Buradan hareketle çocuk haklarının temel bir sorununun “eşitlik” olduğu ifade edilmelidir. Çocuklar, hem kendileri ile aynı durumda olan çocuklar karşısında farklı statüde oldukları için, hem de bir yetişkin ile kıyaslandığında meşru ya da haklı bir neden olmaksızın sırf çocuk oldukları için ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Diğer yandan kanun önünde eşitlik ilkesi, bazılarının bağlı bulundukları kanunların farklı olabilmesini reddetmemektedir¹⁶. Çocuk olmaya özgü niteliklerinin bir sonucu olarak, çocukların, bazı hakların öznesi olmak bakımından yetişkinlerden farklı -daha kısıtlı- bir hukuki rejime tabi tutulmaları, çocuğun korunması, gelişiminin desteklenmesi, menfaatlerinin ancak bu şekilde gerçekleştirilebileceği gibi meşru ya da haklı bir nedene dayandığında kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlalden söz edilemeyecektir.

¹⁶ Merih ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 136.

Çocuk hakları, çocuğun korunmasını konu alan hakların tanınmasıyla başlayan, çocuğun gelişimini desteklemeyi amaçlayan haklar ve son olarak kendi hukuklarını etkileyen kararların alınmasında gelişim seviyelerine uygun olarak iradelerine hukuki değer atfedilen kişiler olarak kabul edilmelerini konu alan hakların tanınmasına evrilen bir süreçten geçerek hukukça tanınmışlardır. Çocukların; korunmalarını konu alan hakların ötesinde haklara sahip olup olamayacakları, hak sahibi özerk özneler olarak kabul edildiklerinde ise hangi haklara sahip olabilecekleri derin tartışmalara konu olmuştur. Tartışma yalnızca kuramsal düzlemde kalmamış, uygulayıcılar da çocuğun haklarına yönelik koruyucu ya da özgürleştirici yaklaşımın sonuçlarının çocuğun refahına etkilerinden hareketle, çocukların sahip olabilecekleri haklar tartışmasına bu iki yaklaşım arasında gidiş gelişlerle cevap vermişlerdir.

Çocukların özerk hak özneleri olarak kabul edilmeleri, gelişen yetkinlikleri ile uyumlu olarak hukuklarını ilgilendiren kararların alınması sürecine katılmaları hakları ile ana babanın velayetten kaynaklanan kendi inanç, düşünce ve kanaatlerine göre çocuğu yetiştirme ve eğitme hakları¹⁷ ve çocuğu korumayı amaçlayan rehberlik etme ve yönlendirme haklarının dengelenmesini gerektirmektedir. Ana babanın velayet hakkından kaynaklanan rehberlik ve eğitme hakları ile çocuğun korunmasını, bakılıp gözetilmesini konu alan hakların, çocuğun kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılma hakkı ile dengelenmesinde çocuğun yararına öncelik verilmesi ilkesi ile gelişen yetkinliğinin göz önünde bulundurulması ilkesi kilit bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla çocuk haklarının diğer bir meselesi, çocuğun kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak katılması hakkı ile çocuğun korunması

¹⁷ Ana babanın çocuklarını kendi dini inanç ve kanaatlerine göre eğitme hakları ile çocuğun menfaatlerinin dengelenmesine ilişkin bir değerlendirme için bkz: Ece GÖZTEPE, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi: Almanya'daki Sünnet Yasağı Tartışmasının Analizi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt – I**, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara, 2013, ss. 283-317, s. 305, 307, 309, 311.

ve gelişiminin desteklenmesi konulu haklarının ve ana babanın çocuk üzerindeki haklarının dengelenmesidir. Bu menfaatler çatışmasının çocuğun menfaatlerine uygun olarak dengelenmesi, çocuğun gelişen yetkinliğinin çocuğun hukukuna ilişkin her bir işlemde göz önünde bulundurulmasını gerektirir.

Anayasa hukuku bakımından öznenin kırılgan ve incinebilir bir durum içinde bulunması, hem uğradığı ihlalin ağırlığını hem de haklarının korunması için alınması gereken tedbirlerin kapsamını belirlemektedir. Diğer yandan özerk-yetkin bir kişi olarak yaşam hedeflerini oluşturması ve gerçekleştirebilmesi için desteklemeye duyduğu ihtiyaç da anayasa hukukunda hem çocuğun sahip olması gereken özel hakları belirlemekte hem de maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmesini konu alan hakların rejimini etkilemektedir.

Buradan hareketle bu çalışmada hakların eşit korumasından yararlanma, incinebilir ve kırılgan doğaları nedeniyle menfaatlerinin öncelikle korunması, gelişimlerinin desteklenmesi ve gelişen yetkinliklerinin göz önünde bulundurulması ihtiyacı içindeki çocukların haklarının anayasa hukuku açısından genel teorisinin kurulmasına çalışılacaktır.

II. ÇALIŞMANIN KAPSAMI, SINIRLARI VE İNCELEME PLANI

Çalışma, çocuk haklarının anayasa hukukundaki hukuki rejimini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Türk hukukunda, genel olarak çocuğun hukukunu ya da çocuğun haklarının tamamını ya da belli bir hakkı, belli bir hukuk disiplini çerçevesinde ele alan çalışmalar bulunmakla birlikte, anayasa hukuku bakımından çocuk hakları konusu incelenmemiştir. Diğer yandan çocuk hukukuna ilişkin Türk hukuk yazınında çok değerli örnekler bulunmakla birlikte, anayasa hukukunda çocuğun haklarının, çocuğun kişi olarak değerini esas alan, çocuğu bağımsız ve özerk bir hak öznesi kabul eden bir yaklaşımla incelenmesi gerekmektedir.

Son derece dinamik ve gelişen bir hukuk disiplini olan “çocuk hakları”nın tüm boyutlarıyla incelenmesinin olanaksızlığı karşısında anayasa hukuku alanında yapılan bu çalışmada, konunun anayasa hukukundaki genel hukuki rejiminin incelenmesiyle yetinilecektir. Her bir çocuk hakkının genel rejiminin incelenmesi ise, bir toplumun insana verdiği değerin, o toplumun en zayıf ve güçsüzleri çocuklarına verdiği değerden ayrı düşünülemeyeceğinin bilincinde olan araştırmacılara bırakılmıştır.

Anayasa hukukunda çocuk haklarının hukuksal çerçevesi, çocuk haklarının anayasal dayanakları başta olmak üzere, çocuk hakkı olarak nitelenen hakların konusunun, ilkelerinin, muhataplarının ve bu hakların yerine getirilmesine yönelik edimlerin ve bu hakların korunmasını amaçlayan yargısal-yargısal olmayan araçların anayasa hukuku disiplini yaklaşımı ile incelenmesini gerektirmektedir.

Çocuk hakları, insan hakları içerisinde belirli bir kategoriye ifade etmekle birlikte diğer insan haklarından ayrılan toplumsal-hukuksal dinamiklere sahip olmuşlardır. Her bir hakkın tanımı, konusu, niteliği, korunma rejimi doğumuna zemin hazırlayan siyasal, toplumsal, hukuksal etmenlere göre biçimlenir. Çalışmada ilk olarak çocuk haklarının hangi dinamiklerden beslendiği ve hangi süreçlerden geçerek hukuk metinlerine girdiği konusunun incelenmesi gerekli görülmüştür. Bu nedenle ilk bölümde, çocuk haklarının doğumunu hazırlayan toplumsal, ekonomik, hukuksal nedenler kendi tarihsellikleri bağlamında incelenmektedir.

Çocuk hakları, “yetişkin” kabul edilmeyen insanların sırf bu statüleri nedeniyle “genel insan hakları”ndan ayrı özel haklarını konu almaktadır. Yetişkinlerden farklı bir hukuksal-sosyal statüye yerleştirilen çocuklara özgü hakların hukuksal rejiminin incelenmesi, öncelikle bu hakların öznesine ilişkin moral-yasal yaklaşımın incelenmesini gerektirmiştir. Çocuğun hak sahibi olarak statüsü ya da çocuğun yararlanabileceği haklar, tarihsel süreçte çocuğun iktidar ve otorite ile ilişkilerinde ortaya çıkan değişimin bir sonucudur. Tarihsel bağlamda çocuğun hakları olduğunun kabul edilmesi, çocuğun

babanın mameleki değerlerinden bir unsur olması anlayışının terkedilerek önceleri çocuğa bazı haklar tanınması, sonrasında başı başına çocuğun menfaatlerinin ve özerkliğinin korunmasını konu alan hakların tanınmasına doğru bir değişime işaret etmektedir. Sosyal ve ekonomik ilişkilerin korunması amacıyla “çocuğa bazı haklar tanınması”yla başlayan, doğrudan çocuğun kendine özgü ihtiyaçları ve değerini konu alan çocuklara özgü hakların tanınmasına evrilen, “çocuk hakları”nın doğuşuna zemin hazırlayan kuramsal yaklaşımdaki değişim ile hukuktaki değişim de yine tarihsel bağlamda incelemeyi zorunlu kılmıştır.

Çocuğun hakları olduğunun kabul edilmesi, başlangıçta daha öncelikli sosyal ve ekonomik ilişkilerin korunması amacıyla çocuğa bazı haklar tanınması, sonrasında ise bağımsız bir hukuk kişisi sıfatıyla, başı başına çocuğun menfaatlerinin korunmasını konu alan hakların tanınmasına doğru bir değişime işaret etmektedir.

Bu temel eğilim hem aydınlanmanın etkilerinin ilk görüldüğü hukuk çevrelerinde, hem de bir süre daha geleneksel toplum ve üretim modelini sürdüren ve buna bağlı olarak aydınlanmanın ortaya çıkardığı yeni hukuk anlayışının benimsenmesinin geriden geldiğı ülkeler bakımından temelde aynı görünüme sahiptir. Gerek tarıma dayalı geleneksel üretim modelinin terkedilmesi ile ortaya çıkan sanayileşme ve kentleşmenin meydana getirdiğı toplumsal yapı, gerek modern devletlerin kurulması aşamasında insanlığın tecrübe ettiğı savaşlar, çocukları benzer problemlerle karşı karşıya bırakmış ve bu şartlar çocukların korunmasını konu alan hukuki yaklaşımı ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla hem sanayileşme ve kentleşmenin ilk doğduğu, hem de gecikmeli olarak gündeme geldiğı ülkelerde, hemen hemen eş zamanlı olarak çocuğun korunması, kamusal bir faaliyet olarak devletin sorumluluklarından biri olarak kabul edilmiş ve çocuk haklarının doğuşuna zemin hazırlamıştır.

Bu nedenle ilk bölüm kapsamında diğer bir başlık altında, sosyal ve ekonomik ilişkilerin korunması amacıyla “çocuğa bazı haklar tanınması”yla başlayan, doğrudan

çocuğun kendine özgü ihtiyaçları ve değerini konu alan çocuklara özgü hakların tanınmasına evrilen, diğer bir deyişle “çocuk hakları”nın doğuşuna zemin hazırlayan sosyal-ekonomik ilişkiler ve kuramsal yaklaşımdaki değişim yine tarihsel bağlamlarında incelenmeyi gerektirmektedir.

Çocuğun korunmasından özerkliğinin tanınmasına evrilen eğilimin tarihsel gelişimi incelenirken, farklı ülkelerden örnekleme evreni oluşturulması yerine çocuğun korunmasından özerkliğinin tanınmasına, çocuğun maddi ve manevi olarak bakılıp gözetilmesini kabul eden hukuki yaklaşımdan, kendi kararlarını alma hakkını tanıyan hukuki yaklaşıma evrilen ve birbirini tamamlayan iki temel yaklaşım üzerinden öne çıkan ülke uygulamaları incelenmiştir.

Çocuk hakları, hem birbirini izleyen, hem de birbirini etkileyen ulusal ve uluslararası olmak üzere iki farklı düzeyde tanınarak pozitif hukuka girmiştir. Bu nedenle çalışmada çocuk haklarının pozitif hukukta tanınma süreci, ilk olarak ulusal ve uluslararası olmak üzere iki farklı düzeyde ele alınmıştır.

Türk anayasa hukuku bakımından Anayasanın 90’ıncı maddesinde insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu ortaya koyan hükmünden hareketle çocuk haklarının en önemli kaynaklardan biri, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’dir. Sözleşme o ana kadar pek çok demokratik ülkenin gerek yasal-anayasal, gerekse içtihadî hukukta eriştiği tanıma düzeyini geride bırakarak, hatta moral hukukun standartlarını da aşarak geniş bir çocuk hakları kataloğuna yer vermekte ve çocuğun sosyal-hukuksal statüsünü yeniden inşa eden bir yaklaşıma dayanmaktadır¹⁸. Bu niteliğiyle kendisinden sonra kabul edilen pek çok anayasaya da kaynaklık etmiştir.

¹⁸ Aynı yönde bkz: Cynthia Price COHEN, “Developing Jurisprudence of the Rights of the Child”, **Saint Thomas Law Review**, 1993, Vol. 6, No 1, ss. 1-96, s. 4.

Çocuğu koruma yaklaşımından, kişiliğini ve özerkliğini koruma yaklaşımına doğru bir evrim gösteren “çocuk hakları” yaklaşımın yorum ilkeleri, kapsamı, niteliği, yükümlüleri, ulusalüstü hukukta Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde tespit edilmiştir. Sözleşme, uluslararası toplumun çocuğun değerine yönelik kabullerinin ve bu değeri destekleyecek hakların yaşama geçirilmesindeki güçlü kararlılık ve taahhütlerinin bir göstergesi olarak en geniş katılımıla imzalanan ve onaylanan sözleşme unvanının sahibidir. Bu nedenle çalışmada anayasa hukukunda çocuk haklarının rejimi, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde belirlenen ilkeler ve Sözleşmenin uygulanmasını izlemekle görevli Komitenin yorumları ve raporlarında ortaya konan standartlardan yararlanılarak ele alınmıştır.

Çocuk haklarının tanınmasında ulusal düzeyde ise yasal ve anayasal olmak üzere iki tanıma aşaması birbirini izlemiştir. Diğer yandan yasal ve anayasal tanımanın henüz gerçekleşmediği ülkelerde hukukun yaratıcısı rolüyle, yasal ve anayasal tanımanın önceden gerçekleştiği ülkelerde ise bu iki tanıma aracının tamamlayıcısı olarak yargısal (içtihadi) tanıma, çocuk haklarının pozitif hukuka girmesinde önemli bir rol üstlenmiştir.

Bir temel hakkın konusunu, niteliğini, korunmasını sağlamak üzere gündeme gelecek koruma rejimini etkileyen unsurlardan biri, hakkın öznesinin statüsüdür. Kişinin “çocuk” olmasından kaynaklanan statüsü, haklarının gerçekleştirilmesi için alınması gereken önlemlerin niteliğini de etkilemektedir. Çocukların özel konumu ve ihtiyaçları yanında, herkese tanınan hakların çocuklara tanınırken konusunun farklılık kazanması çocuğa özgü hakların hukuki çerçevesini belirlemektedir. Temel haklar çocuklara da tanınırken konu, nitelik, muhatapların yükümlülüklerinin kapsamı önemli ölçüde yeni boyutlar kazanmaktadır. Nitekim anayasalarda tanınan en eski ve en yaygın haklardan biri olan eğitim hakkı, çoğunlukla ebeveynlerin haklarını önceleyen bir bakış açısıyla, ebeveynin çocuğunu dilediği gibi eğitme hakkının bir uzantısı olarak tanınan bir hak iken çocuğun özel gereksinim ve statüsünün tanınması ile çocuğun onur ve saygınlığını

zedelemeyen usullerle eğitilmesini vurgulayan, fırsat eşitliği ihtiyacını öne çıkaran ve ana babanın engellemesi durumunda da devlete çocuğun eğitim hakkından yararlanmasını sağlamak üzere sorumluluk yükleyen bir çocuk hakkı olarak anayasalarda tanınmaya başlanmıştır.

Diğer yandan öznenin çocuk olması, hakların yerine getirilmesi ve korunması bakımından, muhatapların yükümlülüklerinin kapsamını ve niteliğini de etkilemektedir. Gerek kişisel, medeni hak niteliğindeki çocuk hakları; gerekse ekonomik, sosyal, kültürel hak niteliğindeki çocuk hakları, devletin aynı konulu bir genel hakka kıyasla daha kapsamlı olumlu edimlerini gerektiren haklardır. Gerçekten çocuğun kişisel haklarından olan kimlik hakkı, devletin haksız müdahalede bulunmama edimi yanında çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunma; düşünce açıklama özgürlüğü, bilgiyi araştırma, alma ve bilgi verme özürülüğü yanında (md. 13), çocuğun toplumsal, ruhsal ve ahlâki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik bilgi ve belgelere erişim hakkını gündeme getirmekte, devlete bu bilgi kaynaklarını sağlama yükümlülüğü öngörmektedir. Dolayısıyla, bir anayasal hakkın öznesinin çocuk olması, o hakkın niteliğini önemli ölçüde etkilemektedir. Bu nedenle çocuk haklarının niteliğinin ayrı bir başlık çerçevesinde incelenmesi gerekli görülmüştür.

Çocuk hakları, öznenin çocuk olmasından kaynaklanan belirli yorum ilkelerini gerektirmektedir. Gelişmekte olan, gelişimlerini potansiyellerinin en üst noktasına erdştirebilmeleri için desteklenmeleri ve çatışan diğer menfaatler karşısında kayırılmaları gereken çocukların haklarının korunması, bu ilkeler göz önünde bulundurularak yorumlanmalarıyla mümkün olabilir. Anayasa hukuku bakımından, açık ya da örtülü anayasal dayanakları bulunan çocuk haklarına egemen olan ilkelerin ortaya konulması da bu çalışmada ayrıca ele alınacaktır.

Bir hakkın tanınmasını anlamlı kılan, elverişli güvence mekanizması eşliğinde uygulamaya geçirilebilmesidir. Çocuk hakları, anayasada ve yasalarda tanınan hakların uygulamaya etkili bir biçimde aktarılmasını güvence altına alan çocuk haklarına özgü mekanizmaları ve usulleri gerektirmektedir. Hakkın muhataplarını, hakkın gereklerinin yerine getirmelerine sevk edecek ya da zorlayacak mekanizmalar, her bir hak bakımından belli özellikleri gerektirmektedir. Çocuk haklarının korunması ise başlı başına bu haklara özgü yaklaşımı, usulleri ve mekanizmaları gerektirir. Çalışmada üzerinde durulması amaçlanan bir diğer konu, çocukların hakların korunmasına ilişkin güvencelerdir.

Dolayısıyla iki bölümden oluşan bu çalışmanın ilk Bölümünde, “çocuk hakları” kavramının bu hakların tanınmasına neden olan sosyal, ekonomik, hukuki dinamiklerden bağımsız olarak ele alınamayacağı gerekçesiyle, çocuk haklarının doğuşunun dinamikleri ve hukuk tarafından tanınma süreci ele alınmakta, ikinci bölümde ise anayasa hukukunda çocuk haklarının, çocuğa özgü niteliklere bağlı olarak konusu, yükümlüleri, bu hakları gerçekleştirmeye yönelik edimlerin nitelikleri ve korumayı amaçlayan mekanizmalar incelenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE HUKUKÇA TANINMASI

I. ÇOCUK HAKLARININ DOĞUŞU VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Siyasal düşüncelerin, siyasal öğreti ve rejimlerin gelişimi ile insan haklarının gelişimi arasında yakın bir ilişki vardır. İnsan hakları, pozitif hukukça tanınmadan önce, hak talepleri ve mücadeleleriyle belirlenen bir “hukuk öncesi oluşum” sürecinden geçmektedir. “Norm öncesi durumdan norm aşamasına geçiş” olarak da adlandırılan bu süreç, özgürlük ve eşitlik adına yürütülen mücadeleler, köle isyanları, köylü ve işçi hareketleri, ırk ve cinsiyet ayrımcılığına karşı yürütülen mücadeleler, görece güçsüzlerin korunması talepleri, bağımsızlıklarını yeni kazanan ulusların talepleri, bilimsel ve teknik ilerleme dolayısıyla ortaya çıkan sorunlar, insanın yaşayabilmesi için elverişli çevreyi tüketen sınırsız ve denetimsiz sınai büyüme, toplumsal ve uluslararası topluluklar arasındaki dengesizlikler, insan haklarının tümünden yadsınması anlamına gelen savaş ile barış çelişkisinden kaynaklanan talepler gibi pek çok etken altında biçimlenmiştir¹⁹. Bütün insan hakları için geçerli olan bu süreç, insan haklarının toplumsal ve düşünsel kaynaklarını içinde barındırır. Her bir insan hakkının toplumsal ve düşünsel kaynakları o hakkın hukuki rejimi üzerinde de etki doğurur.

Çocuk hakları da, insan hakları olarak adlandırılan haklar içerisinde belirli bir kategoriyi ifade etmekle birlikte diğer insan haklarından ayrılan toplumsal-hukuksal dinamiklere sahip olmuşlardır. Bu bölümde ilk olarak çocuk haklarının hangi dinamiklerden beslendiği ve hangi süreçlerden geçerek pozitif hukuk metinlerine girdiği konusu üzerinde durulacaktır.

¹⁹ Mithat SANCAR, “Devlet Akli” Kısacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 115; İbrahim Ö. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı), Altıncı Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 39-45.

Çocuk haklarının doğuşunun ve tanınma sürecinin tarihsel bağlamda incelenmesinin amaçlandığı bu bölümde, öncelikle “çocuk” kavramının incelenmesi gerekli görülmüştür. Bu incelemede çocuk kavramı ile çocuk haklarının tarihsel serüveni, düşünsel-kuramsal kabullerdeki değişim ile üretim biçimi-üretim ilişkileri gibi toplumsal yapılarda ortaya çıkan değişimin yarattığı etkiler üzerinden takip edilecektir. Çocuğun hak sahibi olarak kabul edilmesi, tarihsel süreçte çocuğun iktidar ve otorite ile ilişkilerinde ortaya çıkan değişimin bir sonucu olması nedeniyle, belli bir dönemde çocuk-iktidar ilişkilerini biçimlendiren kuramsal ve sosyo-ekonomik etkenlerin de incelenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle bölüm çerçevesinde çocuğun belli bir toplumsal-hukuksal statüye yerleştirilmesine dayanak teşkil eden kuramsal kabuller ile sosyolojik ve ekonomik ilişkiler de kendi tarihsellikleri bağlamında incelenecektir.

Anayasa hukuku tarihi hak ve hürriyetler alanında iki büyük tanıma olayına sahne olmuştur. İlk olarak XVIII ve XIX’uncu yüzyıllara rastlayan dönemde feodal üretim biçiminin çözülüşü, kapitalist üretim modelinin zemin hazırladığı burjuva sınıfının yükselişi, Rönesans ve Reform hareketleri, siyasi düşünceler ve özellikle haklar ve özgürlük anlayışını da etkilemiştir²⁰. Ayrıcalıklar üzerine kurulu feodal rejime karşı burjuvazinin verdiği mücadele, özgürlük ve eşitlik kavramlarının doğumuna kaynaklık etmiştir. Bu dönemin İngiliz, Amerikan ve Fransız haklar bildirileri, insanın doğal ve devredilmez hakları bulunduğu yönündeki liberal haklar öğretisini kurumsallaştırıp, yeni oluşan toplumun siyasi ve hukuki düzeninin temel ilkeleri hâline getirmiştir²¹. Bu ilk tanıma döneminde ortaya çıkan belli başlı hak ve özgürlükler ise düşünce hürriyeti, dernek kurma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, dini hürriyetler, eşitlik ilkesi, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, kişi güvenliği, mülkiyet hakkı, ticaret ve sanayi hürriyeti, çalışma hürriyeti, dilekçe hakkı, seçme ve seçilme hakkı, tarafsız bir yargıç

²⁰ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 39 vd.

²¹ Bülent TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978, s. 46-47.

önünde yargılanma hakkı ile diğer yargısal güvence hakları ve direnme hakkı gibi klasik ya da birinci kuşak olarak kabul edilen haklardan oluşmaktaydı²². XVIII ve XIX'uncu yüzyıl burjuva demokratik devrimleri, egemenliğin hükümdara ya da aristokrasiye değil bütün bir ulusa ait olduğunu ilan ederken, seçme ve seçilme hakkının sadece “aktif vatandaşlara” ait olduğunu kabul etmişlerdi. Böylece seçme ve seçilme hakkından yararlanmanın koşulu belli bir gelir ya da servet düzeyinde bulunuyor olma²³.

Klasik liberal devlet ve hukuk anlayışında monarşilerin dayandığı siyasal ayrıcalıkları ortadan kaldırmak amacıyla eşitlik ilkesi de burjuvazinin dayandığı bir diğer ilke idi²⁴. Eşitlik ilkesinden anlaşılan ise hukuki eşitlik idi. Aynı ilke fiili eşitsizliklere maruz kalan emekçi kesimler için ise büyük ölçüde teorik bir ilke niteliğindeydi. Feodalite-burjuva çelişkisi sonucu doğan hak ve özgürlükler, dönemin düşünce akımlarının etkisiyle, İngiliz-Amerikan ve Fransız haklar bildirgelerinde yer alarak hukuken de tanındılar²⁵. Bu haklar “herkes”in hakları olarak ilan edilmişlerdi. Gerçekte ise mülkiyet hakkı ve uzantıları olan sözleşme ve teşebbüs hürriyeti, ticaret ve sanayi hürriyeti gibi hak ve özgürlükler, bu haklardan fiilen yararlanabilecek durumda olanların taleplerine cevap veriyordu.

Amerika kıtasında da benzer biçimde XVIII'inci yüzyıl cumhuriyetçileri için eşitlik ilkesi, eşit statüde olanlar arasında eşitlik anlamındaydı. İlkçağın anayasacıları gibi, onlar da esas olarak vatandaşlık haklarını ve imtiyazlarını tüm insanlara yaymayı hedeflemiyorlardı²⁶. Köleler yanında cinsiyetleri nedeniyle kadınlar ve belli bir olgunluk

²² TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 47; KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s. 45; ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, s. 128, 129.

²³ Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri** AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 66; TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 50.

²⁴ ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 72; TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 50.

²⁵ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 42.

²⁶ Bruce C. HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations about Abandoning Youth to Their Rights”, **Brigham Young University Law Review**, 1976, ss. 605-658, s. 611.

seviyesine erişemedikleri gerekçesiyle çocuklar da siyasal haklardan dışlanmıştı. Amerika’da Jacksonlar dönemine atfedilen demokratikleşme hareketi dahi, “köleliğin kaldırılması, kadınların yasal ve siyasi bağımlılıktan kurtarılması, servet, ırk ya da kölelik statüsüne dayanan tüm anayasal ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını amaçlamamıştı. Amerika Birleşik Devletleri’nde ancak İç Savaş’tan sonra, Anayasa’ya On Dördüncü Değişiklik’in eşit koruma maddesi olarak “eşitlik ilkesi” ilave edilmiştir²⁷. Bu değişiklik ile birlikte ABD’de aşamalı olarak oy hakkı genişletildi, kadınların hakları daha yaygın olarak kabul edildi ve Amerikan siyasi kurumları giderek daha fazla demokratikleştirildi. Ancak bu yasal reformlar eşitliği garanti etmemiş ve 1875’ten 1957’ye kadarki dönemde medeni haklar alanında herhangi bir değişiklik gündeme gelmemiştir²⁸.

Klasik liberal özgürlükler sistemi ve eşitlik ilkesi, fiili eşitsizliklerin mağduru olan emekçi kesimler için, sosyal eşitsizliklerin giderilmesinde etkili olamamıştır. Bu ilke salt hukuki niteliğiyle, burjuvazinin hem aristokratik-feodal yapıyı tasfiye edebilmesine, hem de sosyal ve ekonomik eşitsizlikler düzenini sürdürebilmesine olanak sağlıyordu²⁹. Bu dönemde tanık olunan toplumsal sefalet ve işçilerin içinde bulunduğu güç koşullar, bunun en belirgin kanıtlarıydı. Bunun sonucu olarak çalışan kesimlerin XIX’uncu yüzyılın ikinci yarısında şiddetlenen mücadelelerinde, sosyal eşitlik talepleri öne çıktı. Sosyal eşitliği sağlamayı amaçlayan ekonomik talepler, çalışma şartlarının düzeltilmesi, iş imkânı yaratılması, sosyal güvenliğin sağlanması gibi konularda toplanıyordu³⁰.

Anayasa hukuku tarihinde sosyal haklar ya da ikinci kuşak hakların tanınmasına ise başta işçi sınıfı olmak üzere, bütün emekçi sınıf ve tabakaların verdikleri bu mücadele

²⁷ ÖDEN, **Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 69.

²⁸ HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations about Abandoning Youth to Their Rights”, s. 611.

²⁹ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 51, 63.

³⁰ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 51, 63.

yol açmıştır³¹. XIX’uncu yüzyılda pek çok ülkenin anayasasına da giren bu haklar, çalışma hakkı, öğrenim hakkı, beslenme hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı, çalışma şartlarında eşitliğin, kadın ve erkek işçiler arasın da ücret eşitliğinin sağlanmasını isteme hakkı, çalışan kadınların, çalışan ananın, çalışan gençlerin özel olarak korunmasıyla ilgili haklar, çocukların çalıştırılması yasağı, çalışma yaşamında özel olarak korunmaları, angarya yasağı, grev ve toplu sözleşme yapma hakkı, yönetime katılma hakkı gibi haklardan oluşmaktaydı³².

Çocukların haklarının tanınması da hak ve hürriyetler alanında bu iki büyük tanıma olayının sonuçlarından etkilenmiştir. Bu etkileme ilk olarak Batı’nın modern dönem öncesi hukukunda ailenin mameleki unsurlarından biri olarak kabul edilen çocuğun, ferdiyetçi doktrinin etkisiyle “kişi” olarak korunması gerektiğinin kabul edilmesiyle olmuştur. İkinci olarak ise sosyal hak hareketinin kazanımlarından “özel olarak korunması gerekenler” statüsü dolayısıyla çocuklara yeni hakların tanınması izlemiştir.

Tarihsel bağlamda çocuğun hakları olduğunun kabul edilmesi, çocuğun babanın mameleki değerlerinden bir unsur olması anlayışının terkedilerek önceleri çocuğa bazı haklar tanınması, sonrasında başlı başına çocuğun menfaatlerinin ve özerkliğinin korunmasını konu alan hakların tanınmasına doğru bir değişime işaret etmektedir.

Bu nedenle bölüm kapsamında sosyal ve ekonomik ilişkilerin korunması amacıyla “çocuğa bazı haklar tanınması”yla başlayan, doğrudan çocuğun kendine özgü ihtiyaçları ve değerini konu alan çocuklara özgü hakların tanınmasına evrilen, diğer bir değişle “çocuk hakları”nın doğuşuna zemin hazırlayan sosyal-ekonomik ilişkiler ve kuramsal yaklaşımdaki değişimin yine tarihsel bağlamlarında incelenmesi gerekli görülmüştür.

³¹ TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, s. 70; KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 44.

³² TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, s. 71.

Çocuk haklarının pozitif hukukta tanınması, öncelikle hem birbirini izleyen, hem de birbirini etkileyen, ulusal ve ulusüstü düzeyde tanınma olarak iki düzeyde gerçekleştiğinden, ulusal ve ulusüstü tanıma olarak iki farklı düzeyde ele alınacaktır.

A. Çocuk Kavramı, Tarihsel ve Düşünsel Gelişimi

Çocuk hakları, “yetişkin” kabul edilmeyen insanların sırf bu statüleri nedeniyle “genel insan hakları”ndan ayrı özel haklarını konu almaktadır. Bu haklar öznenin özel konumu dolayısıyla gündeme gelen haklardır. Bu nedenle beceri, tecrübe, bilgi seviyesi, olgunlaşmamış olma, rasyonel kararlar alamama gibi nedenlere dayanılarak yetişkinlerden farklı bir hukuksal-sosyal statüye yerleştirilen çocuklara özgü hakların hukuksal rejiminin incelenmesi, bu hakların öznesine ilişkin moral-yasal yaklaşımın incelenmesini gerektirmektedir.

Tarih boyunca her toplum, kendine özgü çocukluk anlayışına sahip olmuştur. Çocukluğun süresi, çocuğu yetiştiren ayıran nitelikler, çocukluğa özgü farklılıkların sonuçlarına ilişkin kabuller her bir topluma özgü çocuk anlayışını biçimlendirir³³. Çocukluk verili bir döneme ait tek tip bir evrensel deneyim değildir. Dolayısıyla insan yaşamının bebeklik ile yetişkinlik arasındaki evresi olarak tanımlanabilecek çocukluk³⁴; “biyolojik olarak olgun olmamak” durumundan farklı olarak, belli bir insan grubunun doğal ve evrensel bir özelliği olmayıp, bir toplumsal grubun toplumsal ve kültürel kabullerle biçimlenen bir niteliğidir. Bu anlamıyla çocukluk normatif bir statüdür. Yetişkinlerin hakları ve sorumluluklarına sahip olmayanları ifade etmektedir.

Çocuk olgusunun sınıf, cinsiyet ve etnisiteden bağımsız olarak ele alınamayacağı da açıktır. İşçi sınıfı ile orta sınıf çocukları, kız çocukları ile erkek çocuklar, şehirde

³³ Aynı yönde bkz: POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, s. 13-71; Mine TAN, “Çocukluk: Dün ve Bugün, Toplumsal Tarihte Çocuk”, Sempozyum 23- 24 Nisan 1993, İstanbul, 1994, ss. 15-24.

³⁴ Biyolojik anlamda çocukluk, bebeklikle yetişkinlik arası evre şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz: Julia FIONDA, **Legal Concepts of Childhood**, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2001, s. 3.

yaşayan çocuklar ile kırsal kesim çocukları, belli bir devletin vatandaşlığına mazhar çocuklar ile vatanlarından edilmiş mülteci çocuklar, hâkim etnisiteye mensup çocuklar ile azınlık konumundaki çocuklar hep farklı çocukluğa sahiptir. Dolayısıyla belli bir sınıf, cinsiyet ve etnisiteye mensup çocukların ihtiyaçları ve bu ihtiyaçların gündeme getirdiği hakların farklılık göstermesi kaçınılmazdır³⁵.

Buradan hareketle çocukluğun, herhangi bir döneme ait tek bir evrensel deneyim olmayıp toplumsal bir kabul olduğu ifade edilmektedir³⁶. Öyleyse çocukluk öteki toplumsal kabuller gibi toplumsal norm ve değerlere göre belirlenir³⁷.

Çocukluğun, evrensel geçerliliği olan bir kategori olmayıp tanımlandığı dönemin tarihsel ve toplumsal koşullarıyla belirlenen kültürel bir kurgu olduğunu ileri süren Ariès'in eserinde ortaya konan görüşler ve araştırma metodu eleştirilere maruz kalsa da³⁸ çocukluğun, tarihin belli bir noktasına ilişkin toplumsal bir kabul olduğunu ortaya

³⁵ Burada, farklı sınıf, cinsiyet ve etnisiteye mensup çocukların farklı haklara sahip olduklarından çok, her bir çocuk bakımından, hakların farklı önem ve önceliğe sahip olabileceği kastedilmektedir.

³⁶ Philippe ARIES, **Centuries of Childhood: A Social History of Family Life**, Çev. Robert Baldrick, Alfred A. Knopf, New York, 1962, s. 128 vd.; Julia FIONDA, **Legal Concepts of Childhood: An Introduction**, Edited by Julia FIONDA, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2001, s. 3; Eylem Ümit ATILGAN-Aydın ATILGAN, **Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından Türkiye'deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi**, İHOP, Ankara, 2009, s. 8; İsmail DOĞAN, "Çocuk Hakları: Tarihte, Dünyada ve Türkiye'de", **İlkokul Öğretmenlerinin İnsan Hakları Açısından Eğitimi Projesi Ders Malzemesi**, İHD Yayınları, Ankara, (tarih belirtilmemiş), s. 103 vd; Bob FRANKLIN (ed.), **Çocuk Hakları**, Çev: Alev Türker, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1986, s. 21-23.

³⁷ Neil POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, Çev: Kemal İnal, İmge Kitabevi, Ankara, 1985, s. 78; Mine TAN, "Çağlar Boyu Çocukluk", **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, 1989, ss. 71-88, s. 71; Geraldine VAN BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston – London, 1998, s. 33.

³⁸ Lloyd de MAUSE, "The Evolution of Childhood", içinde: L. de MAUSE (ed.), **The History of Childhood**, Souvenir Press, New York, 1974, s. 57; Mark G. YUDOF, "The Dilemma of Children's Autonomy", **Policy Analysis**, Vol. 2, No. 3, 1978, ss. 387-407, s. 391; Lawrence STONE, **The Massacre of the Innocents**, New York Review of Books, Vol. XXI, No. 18, 1974, s. 28; ARCHARD, **Children, Rights and Childhood**, s. 21-23; David ELKIND, "The Child Yesterday, Today and Tomorrow", **Young Children**, Vol. 42, No. 4, 1987, ss. 6-11, s. 11; Adrian WILSON, "The Infancy of The History of Childhood: An Appraisal of Philippe ARIES", **History and Theory**, Vol. 19, No. 2, 1980, ss. 132-153. Ancak bu yazarların tümü, yazarın çocukluğun yaşamın değişmez bir evresi olmadığı ve tarihsel değişimden etkilendiği konusundaki esas tezine katılmaktadırlar. Bugün Ariès'in çocukluğun evrensel bir kategori olmayıp daha çok tarihsel olarak değişen kültürel bir yapı olduğu yolundaki görüşleri konunun uzmanları arasında geniş kabul bulmaktadır. Bu tezi geliştiren tarihçi ve sosyologların katkıları için bkz. POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, s. 53- 69; FRANKLIN, **Çocuk Hakları**, s. 21- 27, Kürşat BUMİN, **Batıda Devlet ve Çocuk**, Patika Yayıncılık, İstanbul, 1983, s. 21.

koyması bakımından önemlidir³⁹. Ariès bu çalışmasıyla, çocukluğa ilişkin kabullerin zamanla ve bir toplumdan diğerine değiştiği düşüncesinin gelişimine önemli katkıda bulunmuştur. Ariès'in çalışmasından sonra çocukluk, zamana ve toplumlara göre ele alınan kültürel ve ekonomik yapı ile sosyal statüye bağlı olarak değişen bir olgu olarak değerlendirilmiştir⁴⁰.

Çocukluğa ilişkin kabuller, her toplumda çocuğa tanınan ya da tanınmayan haklardan, çocuktan beklenen davranışlara, yükümlülöklere, uygulanan ceza ve yaptırımlara ve eğitim modellerine kadar çok çeşitli konularda belirleyici nitelik taşımaktadır⁴¹. Bu konularda çocuğun doğasına uygun olduğu kabulüne dayanılarak tercih edildiğı ileri sürölen politikaların da çoğı kez çocukla ilgili toplumsal kabulleri yansıtmaktan öteye gidemeyeceğı haklı olarak ifade edilmektedir⁴². Göröldüğü üzere çocuk haklarının gelişim süreci, çocuk olgusunun değişiminden bağımsız olarak değerlendirilemeyecektir.

Bu nedenle çocuğun hak sahibi olarak kabul edilmesi ile başlayan ve çocuğa özgü hakların tanınmasına evrilen, çocuk haklarının tanınma sürecinin daha iyi anlaşılması, "çocuk olgusu"na yönelik kabul ve tutumların, tarihsel bağlamıyla incelenmesini gerektirmektedir.

³⁹ ARIES, **Centuries of Childhood**, s. 47, 61, 129. Doktrinde Aries'in çocukluğun evrensel bir kategori olmayıp daha çok tarihsel olarak değişen kültürel bir kabul olduğı yolundaki görüşleri geniş kabul görmektedir. Bu tezi geliştiren tarihçi ve sosyologların katkıları için bkz: POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, s. 53-69; FRANKLIN, **Çocuk Hakları**, s. 21-27, BUMİN, **Batıda Devlet ve Çocuk**, s.21. Aries'in eleştirisi için bkz Linda A. POLLOCK, **Forgotten Children: Parent-Child Relations from 1500 to 1900**, Cambridge University Press, New York, 1983. Çocukluğun tarihi konusunda bkz. Lloyd de MAUSE, "The Evolution of Childhood". Aries'in tezini irdeleyen çalışmalar için bkz. KING, "Concepts of Childhood", s. 372. Çocukluğa yönelik tutumun bir iyiye gidiş olduğunu kabul eden teorisyenler hakkında bkz: Philip E. VEERMAN, **The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston, 1992, s. 5-11.

⁴⁰ Roger COX (ed.), **Shaping Childhood: Themes of Uncertainty in the History of Adult-Child Relationships**, Routledge, New York, 2002, s. 5.

⁴¹ Farhad MALEKIAN- Kerstin NORDLÖF (ed.), **The Sovereignty of Children in Law**, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2012 içinde: Marta PRUNCNAL, "Who is a Child? The International Definition of a Child", ss. 69-87, s. 69; TAN, **Çağlar Boyu Çocukluk**, s. 73, BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 33.

⁴² TAN, **Çağlar Boyunca Çocukluk**, s. 72.

1. Çocukluk Kavramı

Çocuk, yaş düzeylerine göre bilişsel ve fiziksel gelişiminden hareketle henüz yeterli olgunluk yaşına erişmemiş kişiyi işaret etmektedir. Çocukluk kavramı ise belli bir zaman ve toplumda çocuk kabul edilen kişilerin niteliklerine işaret etmektedir. Dolayısıyla çocukluk, toplumun kabulleri ile şekillenen sosyal bir kurgudur ve yetişkin yaşamına katılmak için sahip olunması gereken niteliklerden yoksunluğu ifade etmektedir. Birey yaşamının bu dönemi özel bir hukuki statüye tabidir. Çocukluğun karşıtı olan yetişkinlik ise kişinin hukuken tam olarak özerk olmasını, bunun sonucu olarak özel hak ve ayrıcalıklarla donatılmış olan çocukluk statüsünden ve bu döneme ilişkin ulusal ve ulusüstü normlardan kaynaklanan korumadan sıyrılmasını ifade etmektedir⁴³.

Sosyolojik anlamda çocukluk, farklı toplumlarda ve farklı dönemlerde hatta aynı toplumun değişik kesimlerinde farklı tanımlanmıştır⁴⁴. Yaşamın doğal ve değişmez evrelerinden biri olan çocukluğun, evrensel geçerliliği olan bir kategori olmayıp tanımlandığı dönemin tarihsel ve toplumsal koşullarıyla belirlenen kültürel bir tasavvur, olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Çocukluk ile yetişkinlik arasındaki ayrımın farazi bir kabule dayandığı, çocukluğun insan yaşamının kronolojik bir devresinden çok iktidarla ilgili bir dönem olduğu⁴⁶, çocuk teriminin yetişkinlerden farklı statüde kabul edilenleri tanımlamak için kullanıldığı ifade edilmektedir⁴⁷. Franklin'in haklı ifadesiyle çocuk

⁴³ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 32; USTA, *Çocuk Hakları ve Velayet*, s. 8.

⁴⁴ ARIES, *Centuries of Childhood*; Pat THANE, "Childhood in History", içinde: M. KING (ed.), *Childhood, Welfare and Justice*, Batsford, London, 1981, ss. 6-25, s. 6; Lloyd De MAUSE, *The History of Childhood*, Psychohistory Press, New York, 1974, s. 18.

⁴⁵ ARIES, *Centuries of Childhood* s. 47, 61, 129. Doktrinde ARIES'in çocukluğun evrensel bir kategori olmayıp daha çok tarihsel olarak değişen kültürel bir kabul olduğu yolundaki görüşleri geniş kabul görmektedir; aynı yönde bkz: Neil POSTMAN, *Çocukluğun Yokoluşu*, Çev: Kemal İnal, İmge Kitabevi, Ankara, 1985, s. 53-69; FRANKLIN, *Çocuk Hakları*, s. 21-27, David ARCHARD, *Children: Rights and Childhood*, 2. Baskı, Routledge, London – New York, 2004, s. 31; BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 32.

⁴⁶ FRANKLIN, *Çocuk Hakları*, s. 23.

⁴⁷ TAN, "Çağlar Boyu Çocukluk", s. 72; FRANKLIN, *Çocuk Hakları*, s. 23.

terimi, belli bir yaşıta olanları nitelendirmekten çok bir iktidar ilişkisini belirtme eğilimindedir ve toplumda iktidara sahip olanlar tarafından çocuk statüsüne yerleştirilenleri işaret etmektedir.

Bu anlamda “çocukluk” statüsü “küçüklük” statüsüne karşılık gelmektedir ve “çocuk” ifadesine çoğunlukla dinsel ya da etnik azınlıkları ifade eden sözcükler gibi ayrımcılık içeren bir anlam yüklenmektedir. Bir kişiye çocuk olmadığı hâlde, yetişkinlerin birbirleri ile olan ilişkilerinde göremediğimiz şekilde tahakküm edici ve yönlendirici bir üslup çerçevesinde diğer bir ifadeyle ataerkil bir biçimde davranmak, bir haksızlık olarak kabul edilecektir. Bir kimseye çocuğa davranıldığı gibi davranmak, kişinin hayatını yönlendiremeyeceğinin ya da kararlarını kendi iradesi ile alamayacağını kabulü anlamındadır. Bu noktada bir kişiye paternalist biçimde davranmayı haklı kılacak niteliklerin belirlenmesi aslında çocukluğun tanımlanması anlamına gelmektedir.

Çocuk bazı temel nitelikteki meselelere henüz yetkin olmayan ancak yetkin olma yolundaki kişi olarak algılanır. Çocuğun henüz yetkin olmadığı kabulünden hareketle yetişkinlerin çocuğa karşı belli sorumluluklarının bulunduğu kabul edilir. Koruma, besleme, disipline etme ve eğitime yükümlülüklerini yerine getirirken çocuklar adına verilen kararlar, çocukların rızasına dayanmadığı için ataerkil bir nitelik taşımaktadır. Diğer taraftan çocukların rızaları ya da itirazlarının yetişkinlerin rızaları ya da itirazları ile aynı etki gücüne de sahip olmadığı kabul edilir. Çocuklar adına görüş açıklama yetkisine sahip olan yetişkinler, çocukların irade açıklamaları ile bağlı olma zorunluluğunda da görülmez. Yetişkinler tarafından işlenen benzer fiillerin çocuklar tarafından işlenmesi durumunda çocuklara aynı sorumluluk yüklenmez.

Çocuğa yönelik bu tutumlar moral anlamda çocuğun henüz tam gelişmemiş olduğu kabulü ile meşrulaştırılmaktadır. Bu anlamıyla “çocuk” ve “yetişkin” kavramları biyolojik olmaktan çok normatif bir tanımdır ve bir kişiyi çocuk olarak nitelemek onun yetişkin olmak için sağlanması gereken moral niteliklere sahip olmadığı anlamına

gelmektedir. Çocuğun bir kişiliğe (personhood) sahip olduğu kabul edilmekte, fakat bu kişiliğin değeri bir yetişkinin kişiliğinin değerinden daha eksik kabul edilmektedir. Yine de çocuğun moral değeri, üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilen “şey”den öte bir anlam taşımaktadır. Öyle ki çocuklar başkalarının kendilerine yönelik tutumlarına bir takım sınırlar konulmasını haklı kılacak özgün hak ve menfaatlere sahiptir. Zira çocukların bizzat kendi değerleri dolayısıyla, temel ihtiyaçlarının ve menfaatlerinin göz ardı edilmesi, hukuken istismar, ihmal ve sömürü olarak kabul edilmektedir. Çocuklar ne kadar çaresiz ve savunmasız iseler yetişkinlerin çocuğa yönelik yükümlülükleri de o oranda artmaktadır. Diğer taraftan çocuklar, hukukun yetişkin bireylere bahsettiği hak ve menfaatlerini ilgilendiren konularda karar verme ya da hukukun yetişkinlere çocukların korunması adına yüklediği yükümlülüklerden feragatte bulunma hakkından mahrumdur⁴⁸. Gerçekte isteseler de istemeseler de onlar bakılıp büyütülecek varlıklardır⁴⁹. Hukukun çocukların görüşlerine değer atfettiği durumlar söz konusu olmakla birlikte çocuğun iradesi hiçbir zaman bağlayıcı nitelikte görülmemekte; çocuğun görüşüne yalnızca ikincil bir değer atfedilmektedir⁵⁰.

Çocuk ile ebeveyni ya da çocuk ile ilişki içindeki diğer bir yetişkinin çocuğa yönelik ataerkil otoritesinin meşruiyeti öğretide oldukça tartışmalı bir konudur ve çocuğun kendi kararlarını alma konusundaki ehliyetsizliğine dayandırılmaktadır⁵¹.

⁴⁸ Öğretide çocuk hakları kavramı asıl olarak çocuğun seçimlerinin korunması haklarından ziyade çocuğun menfaatlerinin korunmasını konu alan haklar olarak kabul edilmektedir. Peter VALLENTYNE, “Equality and the Duties of Procreators”, içinde: David ARCHARD – Colin M. MACLEOD (eds.), **The Moral and Political Status of Children**, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 195-211, s. 195-197. Ayrıca bkz. Tamar SCHAPIRO, “Childhood and Personhood”, **Arizona Law Review**, 2003, Vol. 45, ss. 575-594, s. 576.

⁴⁹ SCHAPIRO, “Childhood and Personhood”, s. 575.

⁵⁰ Harry BRIGHOUSE, “How Should Children Be Heard?”, **Arizona Law Review**, Vol. 45, 2003, ss. 691-711, s. 693.

⁵¹ SCHAPIRO, “Childhood and Personhood”, s. 580; Samantha BRENNAN, Children’s Choices or Children’s Interests: Which do Their Rights Protect?”, içinde: David ARCHARD – Colin M. MACLEOD (eds.), **The Moral and Political Status of Children**, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 53-67, s. 53.

Öğretide çocuğun ehliyetsizliği, çocuğun kendi çıkarına hizmet edecek en iyi karara ulaşma yeteneğinin eksikliği olarak değerlendirilmektedir⁵².

Öğretide küçük olmaya bağlanan bu statü, feodalizmin son kalıntılarından biri olarak kabul edilmektedir ve çocuğun bu statüsünü eleştiren ya da onaylayan görüşler, ırk ayrımcılığının ve köleliğin reddi ile evli kadının hak ve yetkilerinin tanınması tartışmaları üzerinden ilerlemiştir⁵³.

Çocuğun menfaatini en iyi koruduğu ya da gerçekleştirdiği varsayımına dayanan, ebeveynin ya da diğer yasal otoritelerin küçüğü belli bir yönde davranmaya zorlama yetkisini içeren yasal yetkilere itaat etme yükümlülüğü, küçüklük statüsünü yetişkinlik statüsünden ayıran temel özelliktir⁵⁴. Oysa Batı liberalizmi, kişilerin menfaatinin korunması bahanesiyle otoriteyi elinde bulunduranlar tarafından belirli bir biçimde davranmaya zorlanmaları fikrini reddetmektedir. Gerçekten akıl hastalığı ya da bilinç kaybı gibi özel durumlar istisna tutulduğunda hiçbir yetişkin birey, çocukların maruz kaldığı böyle bir bağımlılık altında bulundurulamayacaktır.

Düşünsel alanda, belli bir yaştan altındaki kişilere yetişkinlerden ayrı bir statü verilmesi, çocukların yetişkinlerin sahip olduğu muhakeme yeteneğine sahip olmamaları ve bu nedenle rüşt yaşına kadar kendilerini yönetmeye ehil görülmemeleri ile meşrulaştırılmıştır⁵⁵. Bu yaklaşım aydınlanma⁵⁶ dönemi düşünürlerinin görüşlerinde de

⁵² Genel olarak Bkz: Howard COHEN, **Equal Rights for Children**, Adams, Littlefield, New Jersey, 1980, s. 56-60.

⁵³ Henry H. FOSTER – Doris Jonas FREED, “A Bill of Rights for Children”, **Family Law Quarterly**, Vol. 6, 1972, ss. 343-375, s. 343.

⁵⁴ EEKELAAR, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: s. 43.

⁵⁵ PLATO, **Republic of Plato**, İngilizce’ye Çev. Francis M. CORNFORD, Oxford University Press, 1945, s. 297-320; John LOCKE, **Second Treatise On Government**, Hackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge, 1980, bölüm: 55-57; John Stuart MILL, **On Liberty**, The Floating Press, 2009, s. 136.

⁵⁶ “Aydınlanma”yı bir ideoloji, bir süreç veya birtakım düşünsel veya pratik süreçler bütünü, yaşanan bir deneyim ya da bir entelektüel projeler listesi olarak yorumlamak mümkündür. Bu çalışmada Aydınlanma, Avrupa’da 1688 İngiliz Devrimiyle başlayıp 1789 Fransız Devrimiyle en üst noktasına erişen bir düşünce hareketi, Avrupa insanının bireysel ve toplumsal yaşamını yeni bir anlayışla oluşturma çabası olarak nitelenen bu dönem, batı uygarlığının tarihsel gelişiminin ve değişiminin düşünsel ve kültürel sonucu ortaya çıkan hem bir süreç hem de bir ilkeler sistemi anlamında

yer almaktadır. Bu düşünürlerden Kant’ın yaklaşımında “çocuk kimdir?” sorusu, kişinin statüsü, hukuk önündeki konumunun ne olduğu ile ilgilidir⁵⁷. Bir kişinin bir hukuki statüye ait olması, hangi niteliklerin kişinin o statüde yer almasını haklı kılacağına belirlenmesi anlamına gelmektedir. Çocuk ile yetişkin arasındaki statü farkını meşrulaştırmak üzere çocukların yetişkinlerin sahip olduğu niteliklerden yoksun olmalarına dayanılmakta, Kant’ın düşünce sisteminde bu nitelik farkı olgun ya da olgun olmamak olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Kant’ın felsefesinde yetişkinler, kendileri için “iyi” olanı belirleyip bu yönde hareket etme yetisine sahip kişilerdir⁵⁹. Çocuklar yetişkinlerin kendi menfaatleri için en doğru tercihi yapma yeteneğinden mahrum oldukları için kendileri adına karar alma yetkisine sahip bir yetişkinin otoritesine tabi olmalıdırlar. Dolayısıyla Kant, çocuk üzerindeki paternalist otoriteyi, çocuğun kendisi için en doğru

kullanılmıştır. İlk önce İngiltere’de başlayan toplumsal ve üretim modelindeki değişim (kapitalizmin doğuşu) ve buna eşlik eden kentleşme, daha sonra Fransa’da özgürlük hareketi olarak devam etmiş, nihayet Almanya’da felsefi temellerini oluşturarak tüm dünyayı etkileyecek modernleşme/batılılaşma hareketine dönüşmüştür. A. Kadir ÇÜÇEN, “Batı Aydınlanmasının Düşünsel Kökenleri ve Eleştirisi”, **Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (İLKE)** Atatürk’ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı, ss. 25-34, s. 25.

⁵⁷ Christine KORSGAARD, “Creating the Kingdom of Ends”, içinde: Christine M. KORSGAARD, **Two Arguments against Lying**, Cambridge University Press, New York, 1996, ss. 335-362, s. 340-342.

⁵⁸ SCHAPIRO, “What is a Child?”, s. 718.

⁵⁹ Kantın çocuğa ilişkin görüşlerinin eleştirisi için bkz: Onora O’NEILL, **Constructions of Reason: Explorations of Kant’s Practical Philosophy**, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, s. 105–25; Thomas E. HILL, **Dignity and Practical Reason in Kant’s Moral Theory**, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1992, ss. 38–57; Kant, kategorik imperatif olarak kavramsallaştırdığı, bireyin davranışının altında yatan kuralın aynı zamanda genel geçer bir yasa olmasını isteyebilecek şekilde davranması gerektiği, yani yapmayı tercih ettiği şeyi aynı durumda olan herkesin yapmayı isteyebileceğinden emin olduğu, ancak bu şekilde bir ahlak yasasına ulaşılabileceği kuralına dayanarak hareket ettiği varsayımına dayanmaktadır. Yetişkinlerin kategorik imparatoriye uygun davrandıkları varsayımı altında özerk hareket etme otoritesine sahip olduklarından hareketle, bir kişinin başka bir kişi adına irade açıklamasında bulunma yetkisini haiz olması anlamına gelecek bir yetkiden söz edilemeyecektir Kant “Doktrin of Right” adlı eserinde pasif vatandaşlar olarak sınıflandırdığı çocukların, Kategorik imperatif’e uygun davranma ehliyetini haiz yetişkinlerin sahip oldukları tüm haklara sahip olamayacaklarını kabul etmektedir. Kant’a göre pasif ve aktif yurttaşları birbirinden ayıran nitelik farkı “bağımsız olmaktır. Böyle bir ayrıma gitmiş olmasına rağmen Kant, aktif yurttaşların otoritesi altında olan pasif yurttaşların eşitsiz durumlarının, onların özgürlükleri ve insan olarak eşit oldukları ilkesi ile çelişmediği görüşündedir. Kant’ın döneminde bağımsız iradeye sahip olmanın en önemli sonucu olan oy verme yetkisinin tüm vatandaşlara tanınması görüşünün kabul edilmediğini burada ifade edebiliriz. Pasif yurttaşları, aktif yurttaşların altında ya da daha aşağı derecede yurttaş olarak görmeyen Kant, pasif yurttaşların, aktif yurttaşlardan farklı olarak oy hakkına sahip olmadıkları dolayısıyla yalnızca bu imtiyazdan yoksun oldukları görüşündedir. Kant aktif yurttaşların oyları ile ortaya konan pozitif hukukun tüm insanların eşitliği ve özgürlüğünü esas alan doğal hukuk ilkesine aykırı olmaması ve pasif yurttaşların, aktif yurttaşlık statüsüne geçme imkânlarını ortadan kaldırmaması gerektiğini ifade etmektedir. SCHAPIRO, “What Is a Child?”, s. 720.

seçimi yapma yeteneğinden yoksun olması temelinde meşrulaştırmaktadır. Kant’a göre bireyin eylemlerini belirlemesi, eylemlerine normatif bir değer atfetmesi anlamına gelir. Bir eylemin tercihi daima bir ilkeyi-prensibi bir diğerine tercih etmeye işaret etmektedir. Yetişkinlerin bu niteliği, eylemlerini içinde bulundukları sosyal düzenin ilkeleri ile uyumlu olacak şekilde belirledikleri anlamına gelmektedir. İşte yetişkin ile yetişkin olmayanlar arasındaki ayrım bu noktada ortaya çıkmaktadır⁶⁰. Öznenin moral eylemlerinin vazgeçilmez koşulu olan “özerklik” (autonomi), özgürlük ve evrensellik ilkeleri, çocuğun eylemlerinde bulunmayan niteliklerdir. Dolayısıyla Kant’a göre bu konudaki yetersizlik çocukların hukuk önünde daha az ehliyetli kılınmalarının meşru temelini oluşturmaktadır⁶¹.

Locke’un düşünce sisteminde ise akla uygun hareket etme yeteneği insanoğluna atfedilen eşsiz, özgün ve belirleyici bir özellik olarak kabul edilmektedir ve Locke’un düşünce sisteminde temyiz kudretine sahip olma, yetişkin sayılmanın en önemli kriteridir. İnsanın sahip olabileceği bilginin tek kaynağı deneyimlerdir. Dolayısıyla bilgi ancak kademeli olarak ve süreç içinde kazanılan bir niteliktir. Çocuk ile yetişkini ayıran nitelik farkı işte bu noktada belirlemektedir. Çocukluk, yetişkinlik ile noktalanan gelişim sürecinde bir aşama olduğundan dolaydır ki çocuklar, yetişkinler tarafından kendilerinin eksik, kusurlu bir türü olarak görülürler⁶². Locke’un düşünce sisteminde muhakeme yeteneğinin eksikliği, çocuk ile yetişkini ayıran ve çocuğu, vatandaşlara özgü haklara ehil olmaktan alıkoyan nitelik olarak ele alınmaktadır⁶³. Thoughts adlı eserinde Locke, hakkında hiçbir şey bilmedikleri yabancı bir ülkeye yeni varan seyyahlar olarak gördüğü

⁶⁰ SCHAPIRO, “What Is a Child?”, s. 729.

⁶¹ SCHAPIRO, “What Is a Child?”, s. 723.

⁶² John LOCKE, An Essay Concerning Human Understanding, Oxford University Press, 1975’den aktaran David ARCHARD, **Children: Rights and Childhood**, 2. Baskı, Routledge, London – New York, 2004, s. 2.

⁶³ ARCHARD, **Children: Rights and Childhood**, s. 3.

çocukları yabancı yapan niteliğin, onların bilgi ve ahlak duygusundaki eksiklikleri olarak ifade etmektedir⁶⁴. Akla uygun olanı görebilme yeteneklerine rağmen Locke, çocukların rasyonel olmayan eğilimlerinin ağır bastığını, çocukların iradelerinin zayıf olduğunu ve kendileri için rasyonel olanı seçme yetisinden mahrum olduklarını ileri sürmektedir. Bu özellikleri çocukların ebeveynlerinin iradesine tabi tutulmalarını meşrulaştırmaktadır. Muhakeme yeteneği kademeli olarak kazanılan ve deneyimlere bağlı bir süreci gerektirmektedir. Yetişkinlik ise kavrama yeteneği ile ilgili bir durumdur ve bir yaş meselesi olarak görülmemelidir⁶⁵. Görüldüğü üzere Locke keyfi olarak yaş esasına göre değil rasyonel olarak muhakeme gücü esasına göre ayırım yapmaktadır.

Sonuç olarak, bir yetişkinin ataerkil nitelikteki yönlendirici iradesine tabi olmayı gerektiren küçüklük statüsü, dünyayı yavaş yavaş tanıma aşamasındaki çocukların yetişkinliğe hazırlanmaları sürecinde, onlara rehberlik edildiği ve bu rehberliğin çocuğun kendi potansiyelini gerçekleştirmesine hizmet ettiği ve böylece çocuğun menfaatine dayandığı durumlarda meşru kabul edilmektedir.

a. Hukukta Çocuk Kavramı

Kimlere yetişkin ya da çocuk olarak davranılacağı konusunda toplum, geleneksel değerlere dayanan kabullere sahiptir. Bunun yanında pozitif hukuk da belli bir yaş sınırı belirleyerek devlet açısından kimlerin “çocuk” kabul edileceğine ilişkin kurallar öngörmektedir. Ancak yetişkin olmaya dair normatif yaş sınırının, somut bir bireyin durumu açısından hakkaniyete uygun olup olmadığı da önemli bir tartışma konusudur. Ayrıca pozitif hukukun belirlediği yaş sınırı ile yetkinliğin gerekleri konusunda genel kabul gören niteliklerin örtüşmediğine de rastlanabilmektedir. Çocuk ile yetişkin arasındaki kesiti haklı ya da meşru kılacak bir değer yargısına dayanılmadığında ise, tüm

⁶⁴ ARCHARD, *Children: Rights and Childhood*, s. 3.

⁶⁵ ARCHARD, *Children: Rights and Childhood*, s. 7.

insanların eşit değere sahip olduklarını öngören ilkenin (eşitlik ilkesi) ihlali ile karşı karşıya kalınacaktır⁶⁶.

Çocukluk ile yetişkinlik arasında yasalarla belirlenen sınırın, bu sınırın kapsamında bulunan kişiler bakımından farklı bir hukuksal statü yaratması nedeniyle önemli hukuki sonuçları bulunmaktadır. Bu nedenle yetişkinlerden ayrı özel bir sınıfa mensup bireylere yasa önünde hak ve yükümlülük atfedilebilmesi, bu sınıfın sınırlarının yasal düzenlemeler tarafından belirlenmiş olmasını gerektirmektedir. Diğer bir ifade ile yetişkinlik ile çocukluğun ayırımına ilişkin yaş sınırının yasalarla belirlenmesi gerekmektedir⁶⁷. Bu aynı zamanda hakların yasa ile sınırlanabileceği kuralının da bir gereğidir.

Hukukta çocuk kavramı⁶⁸, yetişkin olmayanı, hukuken yetişkin kabul edilen kişiden ayırmak için kullanılmaktadır⁶⁹. Çocuk, rüşt yaşının altında herhangi bir yaş grubunda bulunan insanları tanımlamak üzere kullanılan bir terimdir ve bu anlamda yasal olarak “küçüklük” statüsüne karşılık gelmektedir. Hukukta küçüklük statüsü, gerçek yaşı ve öznel durumları dikkate alınmaksızın genel olarak kişinin (çocuğun) yasalar önünde haklarını ve yükümlülüklerini ifade etmektedir. Çocukluğun yasal statüsüne ilişkin bu

⁶⁶ Tamar SCHAPIRO, “What is a Child?”, *Ethics*, Vol. 109, No. 4, 1999, ss. 715-738. s. 716.

⁶⁷ ARCHARD, *Children: Rights and Childhood*, s. 32.

⁶⁸ Yasalarda, çocukluğu ifade etmek için farklı terimler kullanılmaktadır. Kamu hukukunda ve özel hukukta yasa koyucu “reşit olmayanları” kapsamak üzere “çocuk”, “küçük”, “genç” terimlerini kullanılmaktadır. Ancak kimin “çocuk”, kimin “küçük”, kimin “genç” olduğu konusunda kanunlarda bir tanım bulmak olanaksızdır. Anayasa’da da çocuk (md. 10, 41, 61 ve 62), küçük (md. 24, 50, 141) ve genç (md. 58, geçici madde 2) terimleri kullanılmıştır. Medeni Kanunun 12, 14 ve 16’ncı maddelerinde küçük terimi, aile hukuku kitabında soybağı ve velayet çerçevesinde çocuk tabiri kullanılmıştır. Türk Ceza Kanununda ise sadece çocuk tabiri kullanılmaktadır. 3.7.2005 tarih ve 5395 Çocuk Koruma Kanunu, 3.6.2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 8.3.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun başta olmak üzere çocuk koruma mevzuatında “çocuk” terimi kullanılmıştır. Uluslararası insan hakları hukukunda da AİHS dışında “çocuk” terimi kullanılmıştır. AİHS özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5’inci maddesinde, sözlük anlamı “küçük” olan “minor” sözcüğü geçmektedir. Bu çalışmada kanun ve doktrinde esas olarak yetişkin olmayanı karşılamak üzere “çocuk” terimi kullanıldığı ve ayrıca Anayasa’da çocuk hakları ve aileyi düzenleyen 41’inci madde başlığı ve madde metninde “çocuk” kelimesi tercih edildiği için “çocuk” kelimesi benimsenmiştir. Diğer taraftan Anayasanın 41’inci madde başlığı ve madde metninde her ne kadar “çocuk hakları” kavramı tercih edilmişse de maddenin düzenlemesine bakıldığında esas olarak “çocuğun korunmasını” amaçladığı görülmektedir.

⁶⁹ SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 10; A. Naim İNAN, *Çocuk Hukuku*, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 13 vd.

genel ve yaşa dayalı sınıflandırma çocuklar ile yetişkinler arasındaki fiziksel ve bilişsel farklılık temelinde meşrulaştırılmaktadır⁷⁰.

Diğer yandan bağımsız bir karar verme yetkisine sahip olmak ve paternalist kontrolü sona erdirmek için gerekli olan “yetkinlik”in tartışılmaz ilkelerinden söz edilmesi mümkün değildir. Öğretide çocukluk ve yetişkinlik arasında yirmi bir ya da on sekiz gibi yaşa dayalı, değişmez bir sınır belirlemenin suni olduğu kadar kolay olanı tercih anlamına geldiği, yaşa dayalı olarak belirlenen sınırın, farklı yaş gruplarındaki çocukların kendi aralarındaki farklılıkları belirsizleştirmek yanında erişkin çocuklar ile yetişkinler arasındaki benzerliklerin de görmezden gelinmesine yol açtığı ifade edilmektedir⁷¹. Belirlenen yaş sınırı, her bir çocuğun gerçek gelişim hızını yansıtmaktan uzak olacağı için, kaçınılmaz olarak yasa koyucunun takdirine dayanacaktır⁷². Bu nedenle belirlenen asgari yaş sınırının, böyle bir sınır getirilmiş olmasının amacı ile uyumlu olması gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir⁷³.

Yasal “çocuk” kavramı, tıpkı “vatandaş” ya da “yabancı”nın ifade ettiği gibi bir hukuksal statünün tespiti anlamına gelmektedir⁷⁴. Bu noktada küçüklük statüsü ile birlikte toplumların farklı statülere niçin yer verdikleri ve statü farklılıklarını hangi temelde meşru gördükleri üzerinde düşünülmelidir. “Statü”, Graveson tarafından mevcut sosyal düzeni korumanın araçlarından biri ve yasal statülerin kaynağı olarak tanımlanmaktadır⁷⁵.

⁷⁰ RODHAM, “Children Under The Law”, s. 2.

⁷¹ RODHAM, “Children Under The Law”, s. 2.

⁷² BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 36; Anna Mamalakis PAPPAS, **Law and the Status of the Child**, United Nations Institute for Training and Research, New York, 1983, s. 73; THANE, “Childhood in History”, s. 7.

⁷³ PAPPAS, **Law and the Status of the Child**, s.73.

⁷⁴ Mika La VAQUE-MANTY, “Kant’s Children”, **Social Theory and Practice**, Vol. 32, 2006, ss. 365-388, s. 379-380.

⁷⁵ Ronald H. GRAVESON, **Status in the Common Law**, Athlone Press, London, 1953, s. 13-14. Graveson bu tanımın gereklerine uygun olarak “bireysel sosyal gelişmeyi”, sosyal düzende daha yüksek bir seviyeye yükselmeksizin bir kişinin hali hazırda içinde bulunduğu statünün en üst noktasına erişmesi olarak tanımlamaktadır. Aslında bu tanımlama diğer statüler kadar olduğu gibi çocukluk statüsü için de geçerlidir. Çocuğun haklarını, çocuğun statüsü’nden bağımsız olarak ele alınamayacağı tezine ilişkin

Graveson, nasıl işverenin işçi üzerinde buyurgan bir yetkisi varsa, velinin/vasinin de velayeti/vasiyeti altındaki kişi üzerinde aynen işçi-işveren ilişkisindeki gibi buyurgan bir yetkiye sahip olduğunu ileri sürmektedir. Graveson babanın ise çocuğun “doğal” koruyucusu olduğunu ifade etmekte ve yasal statülerin, kabul gören kamu politikalarına dayanmasına rağmen, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde ve refahının sağlanmış olmasında tüm toplumu ilgilendiren bir menfaatin bulunduğunu bu nedenle çocukların, hukukun ve hakkaniyetin özel kayırmasına mazhar olduklarını ileri sürmektedir. Statülerden kaynaklanan vesayet kurumuna karşı olan Graveson, çocukluk statüsünü onaylamakta ve bu statünün bir gereği olarak velayet ilişkisinin çocuğun esenliğini sağlamak üzere hukukun özel ilgisine dayandığını kabul etmektedir. Graveson’un yaklaşımı öğretilerde eleştirilmekte, bir bireye ya da sosyal bir sınıfa nezaret etme yetkisine sahip kişilerin vesayet yetkilerini kaybetmemek amacıyla giriştikleri faaliyetlerin benzerlerinin ebeveyn ya da veli-çocuk ilişkisinde de geçerli olduğu ifade edilmektedir⁷⁶. 1765’te Blackstone’un evli kadının hukuki ehliyetsizliğini “kadının korunması ve yararına hizmet ettiği” görüşü ile temellendirdiği hatırlatılarak, hukuk tarihi üzerinde yapılacak küçük bir incelemenin XIX’uncu yüzyılda bile çocuk üzerinde babanın velayetten kaynaklı haklarının mameleki haklar olarak kabul edildiği hatırlatılarak, velayet yetkisinin yalnızca çocuğun yüksek menfaati ilkesine dayandırılması hâlinde meşru kabul edilebileceğine dikkat çekilmektedir⁷⁷.

Minow, ehliyet kavramının, somut bir konuda bir hakka ehil sayılma ya da sorumluluk yüklenebilme konusunda genel geçerliği olan verilere dayanan bir anlamı

bir diğer çalışma için bkz: James G. DWYER, **Moral Status and Human Life: The Case for Children’s Superiority**, Cambridge University Press, New York, 2011.

⁷⁶ EEKELAAR, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes”, s. 44.

⁷⁷ EEKELAAR, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes”, s. 44. Yazarın tespitiyle Afrika’daki ırk ayrımına dayanan vesayetin kurucuları dahi vesayetlerini, dezavantajlı konumda olduğunu varsaydıkları kişilerin vesayet altında bulunmalarının, onların yüksek menfaatine hizmet ettiği gerekçesiyle meşrulaştırmaktadırlar.

olduğunun kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Minow yetkin olmak ya da yetkin olmamanın, yasa koyucuların çocukların bir konuda çıkarlarının bu şekilde gerçekleşeceği ve bu yetkilerin çocuklara tanınmasına toplumun sakıncalı görmeyeceği yönündeki kanaatine dayandığı görüşündedir. Minow'a göre bir kişiye özerk karar alabilme yetkisi tanıma, her bir toplumun kendi amaçlarını ve önceliklerini gerçekleştirecek politik ya da moral bir tercihe dayanmakta, psikoloji ya da insanı konu alan diğer bilimlerin verilerine dayanmamaktadır. Dolayısıyla ehliyet kavramı, bireyin somut yetkinliğine işaret eden bir kavram olmaktan çok, politik ve hukuki bir statüye işaret etmektedir⁷⁸. Yetişkinlik ile çocukluk arasında hukuk normları tarafından yaşa dayalı kesin bir sınırın kabul edilmesi, bu yaş sınırının altındaki somut bir kişinin yetkinlik düzeyi ile örtüşmemesi durumunda, kişinin haklarının kısıtlanmasına ve hakların eşit korumasından yararlanma ilkesinin ihlal edilmesine yol açacaktır⁷⁹. Gerçekten on sekiz yaşın altındaki bir bireyin somut olayın gereklerini anlama yetkinliğine erişip erişmediğinin değerlendirilmesine olanak vermeyen bir yaklaşım, yaş ve gelişimi itibarıyla somut olayın gereklerini değerlendirme yeteneğine sahip çocuğun kendi yaşamına ilişkin kararlar hakkında söz sahibi olamaması anlamına gelecektir.

Bu sakıncayı bertaraf etmek için hukuk sistemlerinin özellikle çocuğun kişilik haklarıyla doğrudan ilgili konularda farklı ehliyet yaşı belirleme yolunu benimsedikleri görülmektedir. Anayasa hukukunun verileri incelendiğinde günümüzde ülkelerin, Kongo (md. 41), Mısır (md. 80), Somali (md. 29), Güney Afrika Cumhuriyeti (Bölüm 228) dışında çocukluk sınırını bir anayasal düzenleme ile belirleme eğiliminde olmadıkları görülmektedir. Farklı hukuk sistemlerinde kişinin tek başına belli bir hukuk işlemi gerçekleştirme yetkinliğine ilişkin farklı yaş sınırları öngörülmektedir. Evlenme, para

⁷⁸ Martha MINOW, "Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children's Rights", **Harvard Women's Law Journal**, Vol. 9, 1986, ss. 1-24, s. 2.

⁷⁹ BREEN, **Age Discrimination and Children's Rights Ensuring Equality and Acknowledging Difference**, s. 2.

kazanmak amacıyla sözleşme akdetme, ailenin ikametgâhından farklı bir ikametgâh edinme, tıbbi müdahalelere rıza gösterme, hukuki ya da tıbbi danışmanlık hizmeti alma, yasal mercilere ya da usullere başvuruda bulunabilme gibi konularda genel rüşt yaşından ayrı farklı ehliyet kuralları öngörülmüştür. Çocuğun hukuki statüsüne ilişkin bu türden yasal düzenlemeler arasındaki tutarsızlığın, yasa koyucunun çocuğun belli kararları alma ve sorumlulukları üstlenebilmek bakımından gerekli görülen yetkinliğe bir alanda erişmiş iken başka bir alanda henüz bu olgunluğa erişememiş olduğunu değerlendirmesinden kaynaklandığı söylenebilir. Diğer yandan bu tür sınırlı konulara ilişkin erken rüşt tanınması yaklaşımının da çocuğun karşılaştığı tüm sosyal-hukuksal ilişkilerdeki gerçek yetkinliğinin dikkate alınmasına yetmeyeceği açıktır.

Sabit ve genel bir kanuni rüşt yaşı belirlenmesinin sakıncalarını gidermek için her somut olayda çocuğun yetkinliğinin somut çocuk bakımından değerlendirilmesine olanak veren bir yaklaşımının benimsenebileceği önerilmektedir⁸⁰. Bu usulde çocukların yetkisiz olduğu alanlarda gözetime ve yönlendirilmeye tabi olmaları, yetkili oldukları alanlarda ise hak ve özerkliklerinin tanınması gerektiği ileri sürülmektedir⁸¹.

Her somut olayda böyle bir değerlendirmenin yapılması ve çocukların yetkin görülmedikleri alanlarda vesayet ve gözetim altında olmalarının, yetkin oldukları kabul edilen alanlarda haklara ve özerk karar alabilme yetkisine sahip olmalarının önerildiği bu yaklaşımın da belli sakıncaları vardır. Çocukların farklı alanlara ilişkin ehliyetlerinin değerlendirilmesine dayanan bu yaklaşım, farklı alanlarda haklara ve sorumluluklara ilişkin yetkinlikleri hakkındaki kararların, rasyonel ilkelere dayanmayabileceği

⁸⁰ Somut olayda çocuğun yetkinliğinin değerlendirilmesin öneren görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: C. R. MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation: The Movement for Children’s Rights in a Historical Context”, **Social Problems**, Vol. 25, No. 4, 1978, ss. 441-452, s. 448.

⁸¹ Willard GAYLIN, “Competence: No Longer All or None”, içinde: Ruth MACKLIN (ed.), **Who Speaks for the Child: The Problems of Proxy Consent**, Springer Science & Business Media, 1982’den aktaran MINOW, “Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children’s Rights”, s. 4.

gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸². Diğer yandan çocuğun somut olayın anlam ve önemini kavrayıp kavrayamadığının ya da belli bir alanda yetkin olduğunun değerlendirilmesi, çoğunlukla çocuk ile veli ya da vasi arasında çocuğun ehliyeti konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıktığında gündeme gelecektir. Bu durumda çocuğun gerçekten ehil olup olmadığını değerlendirme yetkisi, tartışmaya yol açan konuya göre ya bir doktora, bir sosyal hizmet uzmanına, bir çocuk gelişimi uzmanına ya da bir çocuk mahkemesi yargıcına veya aile mahkemesi yargıcına devredilecektir. Bu yetki devri, ana babanın yetkilerinin, kamusal makamlara devri anlamı taşımaktadır. Böyle bir usulün tercih edilmesinin, çocuğun yetkinliği belirlenirken çocuğun haklarının ve menfaatlerinin göz önünde bulundurulmasına dayalı bir yaklaşım benimsenmedikçe, ehliyetle karar verme yetkisinin ana babadan alıp bir kamusal otoriteye devredilmesinden başka bir sonucu olmayacaktır. Bu da kişilerin aile ve özel yaşamına devlet müdahalesi anlamına gelecektir ki anayasa hukuku bakımından özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının konusu ile ilgili uyuşmazlıklara işaret edebilecektir.

Anayasa hukuku bakımından her bir somut olayda çocuğun ehliyetli sayılma talebinin ya da ebeveynin çocuğun ehliyetli olmadığı yönündeki itirazının kamusal makamlar tarafından değerlendirilmesi, taraflar bakımından aile yaşamına saygı ilkesi ile çocuğun hak ve menfaatlerinin birlikte tartılmasını gerektirmektedir. Bu noktada ehliyetli sayılma konusundaki yasal düzenlemelerin çocuğun haklarının daha iyi korunmasına odaklanan bir yaklaşımı benimsemesi gerektiği ifade edilebilir. Yasal düzenleme ile bir sınır belirlenerek sınırın altındaki bireylerin yetişkin sayılmamasının amacının, bu sınırın altında kalan bireylerin haklarının kısıtlanması değil aksine korunması, menfaatlerinin güvence altına alınması olduğu göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır⁸³. Ayrıca yasa koyucunun takdirine dayanan ehliyet için kesin ve değişmez yaş sınırı

⁸² MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 4-5.

⁸³ PAPPAS, **Law and the Status of the Child**, s.74.

kuralının sakıncalarının, çocuğun işlemlerinde çocuğun gelişen kapasitesinin değerlendirilerek belli bir çocuğun somut bir işlemi için ehliyetli sayılması olanağına yer verilmesi suretiyle yumuşatılması önerilebilir. Bu açıklamalar çerçevesinde çocukların ve yetişkinlerin yeterliliklerinin karşılaştırılmasına dayanan ehliyet anlayışı terk edilerek çocukların özerk hak sahibi kişiler olarak gelişen yeteneklerini esas alan yetkinlik anlayışının benimsenmesi önerilebilir⁸⁴.

Rüşt yaşının bir yasal düzenleme ile belirlenmiş olması yanında çocuk kavramı, bütün hukuk dallarında aynı anlamda kullanılan ve herkesin üzerinde uzlaştığı bir kavram değildir. Çeşitli hukuk dallarında çocukların maddi ve manevi kişiliğini korumak amacıyla söz konusu yaşın altında da farklı yaş basamakları belirlenmiştir. Her düzenleme, ait olduğu alana ilişkin koruduğu menfaatler ışığında seçim yaparak ve çocuğun özgürlüğü ile korunma ihtiyacı arasında denge kurarak, çocukluğun ne zaman başladığına ve bittiğine ilişkin bir ön kabulden hareketle çocuk tanımı getirmektedir⁸⁵. Çocukluk döneminin belirlenmesi, insanın hangi yaşa kadar korunmaya ve yardıma muhtaç olduğu ve yetişkinlerden farklı bir hukuki statüye tabi olduğu hususu ile yakından ilgilidir⁸⁶. Bu noktada çocukluk süresinin tespiti de, pozitif hukukun konusudur. Ancak bu sınır da toplumsal kabullerden bağımsız değildir.

b. Çocukluğun Süresi

Çocukluğun sona ermiş sayılarak yetişkin kabul edilme sınırı da çocukluğun tanımı gibi toplumlar arasında ve tarihin seyri içinde farklılık göstermektedir. Değişik toplumlarda çocukluğun sona ermiş olduğunun kabulü evlenmeye izinli sayılma, ebeveynin hanesinden taşınma, kendi geçimini sağlama ve kendi başına hayatını devam

⁸⁴ MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 2.

⁸⁵ Sevgi USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 8; Rachel HODGKIN - Peter NEWELL, **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child**, UNICEF, USA, 1998, s. 1.

⁸⁶ İNAN, **Çocuk Hukuku**, s. 10.

ettirebilme gibi hususlarla yakından ilgili görülmektedir. Bu ölçütlerden hangisinin esas alınacağı, yetişkinlik ile çocukluğu ayıran hususlardan hangisine toplumun özel önem yüklediği ile ilgilidir.

Çocukluk ile yetişkinlik arasında yaşa, biyolojik gelişim aşamasına, akli yeterliğe, bireyin yetişkinlerle ilişkilerinin niteliği gibi hususlardan en çok önemli olduğu varsayılan bir unsur esas alınarak yasal çocukluk sınırı belirlemektedir⁸⁷. En önemli farklılığın belirlenmesi elbette ki bir değer yargısını içermektedir. Örneğin yaşamı sürdürmenin ve çoğalmanın öncelikli öneme sahip olduğu kabul edilen bir toplumda, çalışma yeteneği ve çocuk sahibi olup çocuklara bakabilme yeteneği, yetişkin sayılmanın en önemli göstergesi olarak kabul edilecektir⁸⁸. Yine savunmanın önemli olduğu bir toplumda silah kullanabilme yeteneğinin kazanıldığı yaş, yetişkin kabul edilmek için yeterli görülecektir. Öyleyse kaçınılmaz olarak çocukluğu yetişkinlikten ayıran sınır, daima geçerli sosyal önceliklerin bir yansımasından başka bir şey değildir.

Rüşt yaşına erişmiş olmak küçüğün çocuk olmaktan çıkıp kişilik hakkı kapsamında korunan menfaatleri, fiilleri ve tercihleri hakkında karar verme yetkisine sahip olduğu ana işaret etmektedir. Karşılaştırmalı hukukun verilerinden hareketle, erginlik yaşı olarak 18 yaşın doldurulmuş olması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir. Çocuğun erginliğine ilişkin kurala yer veren medeni hukuk dışındaki hukuk dallarında çocuğun ehliyetli sayılmasına ilişkin farklı yaş sınırları belirlenmektedir. Dolayısıyla rüşt yaşı farklı yargı kollarında farklı yaşlara karşılık gelmektedir ve çocuğun gerçek zihinsel ya da fiziksel gelişimi ile de örtüşmeyebilmektedir.

⁸⁷ MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 2.

⁸⁸ ARCHARD, **Children, Rights and Childhood**, s. 32.

c. Çocukluğun Aşamaları

İnsan yaşamının yaklaşık 20’li yaşlardan öncesine dolayısıyla oldukça uzun bir periyoduna karşılık gelen çocukluğun kapsamına aldığı her yaştaki çocuğun aynı olgunlukta olmadığı da açıktır. Toplumların çocukluğun alt bölümlerine dair bebek, sütten kesilmiş çocuk, okul çocuğu, delikanlı, genç gibi sınıflar kabul ettikleri görülmektedir. Türkçe’de çocukluğun değişik safhalarını ifade etmek üzere kullanılan bebek, çocuk, küçük, reşit olmayan, ergen, yetişkin, genç gibi sözcüklerin⁸⁹ karşılıkları statünün kesin ve belirli olarak tanımlanamaması da yine çocukluğun safhaları üzerinde uzlaşmış bir tanımın bulunmadığını göstermektedir.

Çocukluğun alt bölümleri de farklı toplumsal kabullere konu olmaktadır. Neredeyse tüm toplumlar çocukluğun ilk evresini bebeklik dönemi olarak kabul etmekte ve bu dönemi son derece savunmasız ve kırılgan olunan ve bir yetişkinin bakım ve gözetiminin hayati öneme sahip olduğu bir dönem olarak görmektedir. Bebeklik dönemi modern toplumda yedi yaşına kadar genişlemiş bulunmaktadır. Hangi toplum türünde olursa olsun bebeklik döneminin çocuğun bakım, beslenme ve yakın ilgi gösterilmesi gereken bir dönem olduğu ve bebeklere ilişkin hakların daha çok bu ihtiyaçların doyurulması amacına yönelmesi gerektiği açıktır. Çocukluğun son evresi ise, çocuğun sahip olduğu potansiyelini gerçekleştirmesi için kişiliğinin tüm yönlerinin desteklenmesi ihtiyacının öne çıktığı bir dönemdir. Dolayısıyla çocukluğun her bir aşamasında çocuğun ihtiyaç duyduğu gereksinimlere bağlı olarak üzerinde durulması gereken haklar farklılık kazanmaktadır.

⁸⁹ İngilizce’de çocukluğa ilişkin farklı safhalar; baby, infant, juvenile, adolescent, youth, young person ve minor gibi terimler ile ifade edilmektedir. Bunlardan “adolescence” kelimesinin ileri yaşlardaki çocukları, youth kelimesinin 1985 yılının “Uluslararası Gençlik Yılı” (International Year of the Youth) ilan edilmesi örneğinde görüldüğü üzere 15 ve 25 yaşları arasındaki kişileri, juvenile sözcüğünün ise daha çok çocuk suçluluğunu ya da kanunla ihtilaf hâlindeki çocukları ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir. “Gençlik” anlamına gelen bu sözcüğün kanunun ihlali durumu ile ilişkilendirilerek kullanımının barındırdığı olumsuz anlam ile çocukluğun azınlık anlamına da gelen “minority” kelimesi ile ilişkilendirilerek anılmasının ayrımcılığın özel bir boyutunu yansıtmaya dikkat çekicidir.

Üzerinde daha ayrıntılı düşünülmesi gereken dönem ise gençlik dönemidir. Gençlik dönemi modern öncesi dönemde dahi yetişkin sayılmak için gerekli davranışların edinildiği bir çiraklık dönemi olarak kabul edilmektedir.⁹⁰ Çocuğun özellikle gelişen kapasitesi ile orantılı olarak görüşünü oluşturma ve kararların alınmasına katılma hakkının tanınması talepleri özellikle gençlik döneminde önemini ortaya koymaktadır. Erken çocukluk döneminden itibaren ebeveyni tarafından güven duygusu zedelenmeden davranılmış, aile içinde ya da ilişki içinde bulunduğu kurumda kendini rahatlıkla ifade edebilmiş, duygu ve düşüncelerini anne ve babası ya da öğretmeni ile paylaştığında desteklenmiş ve incitilmemiş gençler, diğer bir ifade ile kendileri olmalarına izin verilen çocuklar özerk (autonom) birer genç olarak yetişkinlik dönemine hazırlanacaklardır. Bu nedenle kendilerine ilişkin kararların alınmasına katılma olanağı tanınması ve çocuğun görüşlerine önem verilmesi özellikle gençlik döneminde bir çocuk hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Çocuğun Haklarının Tarihsel Gelişimi: Nesneden Özneye

Çocuğun başlı başına bir hak öznesi olarak kabulü ve çocuğun korunması ve haklarına ilişkin hukuk kuralları ile kurumların gündeme gelmesi, modernleşmenin ortaya çıkardığı hukuk sistemlerinde oldukça yeni sayılabilecek bir gelişmedir⁹¹. Tarihin seyri içinde çocuklara karşı tutumlarındaki değişim, toplumların ekonomik, sosyal, kültürel görünümüne, örgütlenmesine ve toplum içindeki egemenlik koşullarına bağlı bulunmaktadır⁹². Bu nedenle toplumun amacı üzerindeki tartışmaların, ekonomik-sosyal anlayışlara ve teknik gelişmelere bağlı sonuçlarına uygun olarak çocukların korunmasının amacı, koşulları ve ölçüsü için ileri sürülen fikirler ve gerekçeleri de sürekli bir değişim

⁹⁰ ARCHARD, **Children, Rights and Childhood**, s. 34.

⁹¹ İNAN, **Çocuk Hukuku**, s. 3.

⁹² Aynı görüş için bkz. FRANKLIN, **Çocuk Hakları**, s. 23.

içindedir. Bu doğrultuda çocuğa atfedilen haklar da zamana, mekâna, toplumsal düzenin egemenleri ile bu hâkimiyeti elinde bulunduranlara karşı yürütülen hak mücadelelerinin taleplerine sıkı sıkıya bağlıdır ve bunun sonucu olarak her toplumsal yapının kendine özgü çocuk hakları anlayışı vardır. Çalışmanın bu kısmında çocuğu, başkalarının haklarının konusu yani bir hak nesnesi olarak gören hukuki anlayıştan, çocuğun hukuk önünde hakların öznesi olarak kabul edilmesine evrilen tarihsel-hukuksal değişim incelenecektir.

Modern hukuk düzenlerinin temelini oluşturan en önemli ilke, şüphesiz insanın kişi olarak kabulü ve kişiliğin başlı başına bir değer olarak kabul edilmesiyle bu “değer”e hizmet eden hakların, diğer bir ifadeyle kişilik haklarının korunmasıdır. Bu korumanın araçlarından en önemlisi “insan haklarının” kabulüdür. Günümüz insan hakları öğretisi; insanın, sırf insan olması dolayısıyla “insanlık değeri”ne sahip bulunması bakımından, maddi ve moral yönden tüm varlık ve değerlerinin yani kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi esasına dayanmaktadır. Ancak bu kabule kolay erişilmemiş; bu noktaya tarihin seyri içinde aşama aşama gelinmiştir.

Tarih içinde ilkel toplumlar kadar pek çok uygarlığın da “insanın” (person) hukuki bir değer olarak “kişiliğe” (personhood) sahip olduğunu kabul etmeleri kolay olmamıştır⁹³. Antik kültür, insanın çok boyutlu oluşunu, sürü içinde bir sayı olmayıp bir kişiliğe sahip bulunduğunu ortaya çıkarmış, ancak tüm insanların eşit dolayısıyla özgürlük sahibi olduğunu ortaya koyamamıştır⁹⁴. Yetişkin bireyler için dahi eşit kişilik değerine sahip kabul edilme, asırlar sürmüşken çocukların hukuk öznesi olarak kabulü düşüncesi ancak geçtiğimiz yüzyılda ortaya çıkabilmiştir. Roma hukukunda “hukuki

⁹³ Ülker GÜRKAN, “Kişilik Kavramının Evrimi”, **Prof. Dr. Hâlide Topçuoğlu’na Armağan**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1995, ss. 39-54, s. 44-48.

⁹⁴ GÜRKAN, “Kişilik Kavramının Evrimi”, s. 47.

kişiliğe sahip” (homo sui juris) olan tek kişi “pater familias” idi⁹⁵. Kadınlar ve çocuklar “alieni juris” (hukuk dışı) olup onun hâkimiyeti altında kabul ediliyorlardı⁹⁶.

Ancak başlangıçta tıpkı kadınlar gibi çocukların da özellikle klasik haklardan yararlanabilecekleri kabul edilmemişti. Ayrıcalıklar üzerine kurulu klasik hakların korumasından dışlanan gruplardan biri de çocuklardı. Çocuklar söz konusu olduğunda liberal felsefenin yaklaşımı, rüşt yaşından önce kendi çıkarları hakkında akla ve hikmete uygun karar verme yetkinliğinden yoksun oldukları için ebeveyn otoritesi altında olmalarının kabulü yönünde olmuştur. Locke, çocukların kendi iradelerini yönetebilecek yetkinliği elde edinceye kadar eğitime ve yönlendirilmeye ihtiyaç duyduklarını, bu nedenle ebeveynlerin, çocuklarını olgun ve rasyonel bir kapasiteye kavuşmalarına yardımcı olmak için yetiştirmek ve eğitmek için doğal bir yükümlülük altında olduklarını ifade etmektedir. Bu nedenle Locke eylemlerini hikmete uygun olarak yönetmekten aciz olan çocuklar (govern his actions according to the dictates of the law of reason) bakımından özgürlüğün ve ebeveynlere boyun eğmenin aynı zamanda bir arada olabileceğini ifade etmektedir⁹⁷. Mill de benzer biçimde başkalarının bakım ve gözetimi altında olmalarını gerektiren bir durumda olanların gerek kendi hareketlerine, gerek dıştan gelen zararlara karşı korunma altında olmalarını gerekli görmekte, bir prensip olarak, özgürlüğün, eşit ve serbest müzakere yeteneği kazanmadan önceki zamanlarda uygulamaya sahip olamayacağını ifade etmektedir⁹⁸. Her iki düşünür keyfi olarak yaş esasına göre değil rasyonel olarak düşünme yeteneğini ölçüt olarak yapılacak bir ayrımı meşru görmüşlerdir.

⁹⁵ Zeynep Özlem Üskül ENGİN, “Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 72, Sayı 1, 2014, ss. 201-218, s. 203.

⁹⁶ Ziya UMUR, **Roma Hukuku**, İstanbul, 1970, s. 58-64.

⁹⁷ John LOCKE, **Second Treatise On Government**, Hackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge, 1980, bölüm: 55-57.

⁹⁸ John Stuart MILL, **On Liberty**, John W. Parker and Son, West Satrand, London, 1851, s. 23

Dolayısıyla doğal hukuk anlayışı ile ferdiyetçi doktrinin etkisiyle çocuğun kişi olarak kabul edilmesi ve çocuğun ailenin menfaatlerinden ayrı menfaatlerinin olduğunun kabul edilmesi ile ortaya çıkan çocuğun da hakları olduğu anlayışı, önceleri sanayi devriminden XIX'nci yüzyılın başına değin işçi sınıfının ve ikinci kuşak hakların yükselişi ile birlikte hukuk düzenlerinde sosyal ve ekonomik ilişkilerin korunması amacıyla “çocuğa bazı haklar tanınması”na, sonrasında ise doğrudan ve özel olarak çocuğun kendine özgü ihtiyaçları ve değerini konu alan çocuklara özgü “çocuk hakları”nın tanınmasına evrilen bir gelişime sahne olmuştur.

Çocukların ailenin mamelekine dâhil unsur statüsünden, hukuk önünde hak sahibi sūjeye evriminin inceleneceğı takip eden başlıklarda, hakların nesnesi konumuna yerleştirilen çocuğun, önce bu statüden kurtarılması; sonra, bazı haklarının olduğunun kabul edilmesi anlamında “çocuğun haklarına” son olarak çocuğun özel gereksinimlerinin korunmasını amaçlayan “çocuk haklarına” uzanan süreç ortaya konmaya çalışılacaktır.

1. Modern Öncesi Hukukta Çocuğun Hukuksal Konumu

Çocuğun üzerinde tasarruf edilebilen bir nesne konumunda kabul edildiğı İlkel dönemden başlayarak, hak sahibi bir özne olarak kabul edilmesi, hukukun tarihsel gelişimi içinde aşama aşama gerçekleşmiştir.

Geleneksel hukukun yalnızca yetişkinleri hak sahibi kabul eden yaklaşımının terkedilmesi, çocukların ebeveynlerinin mamelekine dâhil mahcur varlıklar konumundan kurtularak hak öznesi olarak kabul edilmelerinin önünü açmıştır. Bu gelişme ayrıca, geleneksel hukukun hakların temel birimi olarak aileyi kabul eden yaklaşımının ferdiyetçi doktrinin etkisiyle terk edilmesiyle birlikte hakların öznesi olarak bireyin temel alınmasının bir sonucudur.

Siyasal bir örgüt olan devletin, ailenin işleyişine müdahale yetkisi elde etmesi ilk defa Roma İmparatorluğu'nda söz konusu olmuştur. Üzerinde tasarruf edilebilen bir nesne olarak kabul edildiği ilkel dönemden başlayarak, devletli düzenin kurumsallaşması ve aile otoritesine müdahalesinin kabul edilmesi ile birlikte, çocuk lehine bazı haklar tanınmış, bunun sonucu olarak çocuk “nesne” durumundan, hakkın “öznesi” konumuna taşınmıştır.

Diğer yandan çocuğun nesne konumunda bir varlık olduğu anlayışının terkedilerek, hakları olan kişi olarak kabul edilmesi, insan haklarının da kabul görmesi eğiliminde olduğu gibi, evrensel bir boyut kazanmıştır. Günümüzdeki hukuk sistemlerinin tamamı, çocuğu hak sahibi bir varlık kabul etmektedir. Ancak çocuğun, kendine özgü özel hakların öznesi olarak kabul edilmesi, aydınlanma ile ortaya çıkan toplumsal-siyasal ilişkilerin bir sonucudur. Bu nedenle, bu başlık altındaki incelemeler, aydınlanmanın beraberinde getirdiği modern hukuka kaynaklık eden hukuk sistemleri ile sınırlandırılmıştır. Bir istisna olarak, geleneksel Türk hukuk yaklaşımının da, günümüz Türk hukukunun çocuğa yaklaşımının evriminin daha iyi kavranmasına katkısı olacağı değerlendirilerek incelenmesi gerekli görülmüştür.

a. Hukuk Önünde Çocuğun Nesne Kabul Edildiği Dönem

İlkel toplumlarda çocuk, mensup olduğu aileye ekonomik yarar sağlayan bir varlık olarak algılanmakta ve üyesi olduğu ailenin mamelekinin öğelerinden biri olarak kabul edilmektedir⁹⁹. Çocuk üzerinde ailenin sınırsız yetkileri bulunmakta, çocuğu ilgilendiren her türlü ilişki bakımından ana-babanın, ailenin ve diğer kişilerin yararlarının, çocuğun yararından önce geldiği; hatta çocuğun, bağlı olduğu ailenin yararından ayrı olarak herhangi bir yararının olamayacağı kabul edilmekteydi. Çocuğun ekonomik bir unsur

⁹⁹ John EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 2, 1986, ss. 161-182. s. 163.

olarak görülmesi, özellikle ekonomik bunalım dönemlerinde çocuğa karşı olumsuz bir tutum takınılmasına neden olmakta, kendisinden ekonomik yarar sağlanamayacak durumdaki hasta ve zayıf çocuklar ile bakımını üstlenecek kimsesi bulunmayan çocukların toplum dışına itilmesi hatta yok edilmesi olağan görülmekteydi¹⁰⁰.

Modernite öncesi dönemde aile; siyasal, askeri, yargısal, dini, sosyal ve kültürel fonksiyonları olan bir organizasyon olarak işlev görmektedir. Hatta küçük bir fabrika niteliğinde çok geniş işleve sahip olan bir birim idi. Aile-devlet ilişkilerinde, çok işlevli ailenin ağır bastığı bu dönemde, yukarıdaki düşüncelerin de etkisiyle çocuk üzerinde aile reisinin sınırsız yetkileri bulunmaktaydı¹⁰¹. İlkel topluluklarda aynı soydan gelen birliklerin gelişmesi ve bu birliklerin, üyelerinin bütün hakları üzerinde tasarrufta bulunması anlayışının kabul edilmesi, çocuğun korunmasının asırlar boyunca aileye ait bir görev olarak kabul edilmesinin altında yatan nedendir. Devletlerin kurulmasından ve örgütlenmesinden sonra ise çocukların korunması yeni kurulan sosyal kurumları da ilgilendirmeye başlamıştır¹⁰².

Çocuğun korunması yönünde toplumsal ilgi önceleri dinsel etkiler altında ve dinsel nitelikli kuruluşlar aracılığı ile olmuştur. Tek tanrılı dinler çocuğun masumiyeti ve korunmaya muhtaçlığını esas alarak, iyilikle muamelede bulunulacak bir varlık olarak görülmesine zemin hazırlamıştır¹⁰³. Dini etkenler dışında sosyolojik gelişmelerin etkisiyle çocuğun korunmasının kurumsallaşması XIX'uncu yüzyılda olabilmıştır¹⁰⁴. Ailenin işlev kaybı, buna karşılık devletin aile karşısında güçlenmesi ile birlikte devlet,

¹⁰⁰ Bkz. Emine AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, Pegem Akademi Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2012, s. 18.

¹⁰¹ Ailenin modern öncesi dönemden bu yana değişen rolü konusunda bkz. Margaret L. KING, "Concepts of Childhood: What We Know and Where We Might Go?", **Renaissance Quarterly**, Vol. 60, No. 2, 2007, ss. 371-407, s. 374.

¹⁰² İNAN, **Çocuk Hukuku**, s. 4.

¹⁰³ Atalay YÖRÜKOĞLU, **Değişen Toplumda Aile ve Çocuk**, 6. Basım, Özgür Yayınları, İstanbul, 2000, s. 22-23.

¹⁰⁴ İNAN, **Çocuk Hukuku**, s. 7.

aileyi kontrol etme yetkisini de elde etmiştir. Devletin kendi çıkarları doğrultusunda aileyi denetlemeye başlamasıyla birlikte toplumsal ilgi çocuğun korunması yönünde yoğunlaşmıştır¹⁰⁵.

Çocuğa ilişkin düşünsel kabullerde de Aristo'nun dönemine değin Antik Yunanda küçük çocukları öldürme uygulamasına karşı ahlaki ya da yasal sınırlamaların olmadığı kabul edilmekteydi¹⁰⁶. Aristo bu geleneğe karşı sınırlamalar konulması gerektiğine inanmasına rağmen bu uygulamaya karşı güçlü itirazlarda bulunmamıştır¹⁰⁷. Buradan hareketle Antik Yunanda çocuğun yaşam hakkına dair görüşlerin günümüzdekinden bir hayli farklı olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁸. Aristo'ya göre baba ve çocuk arasındaki ilişkiyi düzenleyecek bir haktan söz edilemez. Çünkü Aristo'ya göre hakla ilgili bir kural eşit ve özgür kimseler arasında geçerli olabilir. Mutlak olarak babasına ait olan bir çocuk için haksız işleme uğradığına ilişkin bir iddia söz konusu olamaz. Fakat Aristo çocuğu bir “şey” olarak da görmemekteydi. Çocukla baba arasında mutlak bir bağımlılık söz konusuysa da hiç kimse kendine karşı haksızca davranamayacağı kuralından hareketle kişi olarak bir değer taşımayan çocuğun babasına tabi olmasının hukuki sonucu olarak babası tarafından haksız fiile maruz bırakılması söz konusu olamazdı¹⁰⁹.

Yunan Klasik döneminde iyi yetişmiş bir vatandaş olabilmesi için hali vakti yerinde olan tüm aileler çocuklarına eğitim aldırılmışlardır. Ancak eğitim tüm sınıfları kapsayan bir hak değildi. Aristokrat sınıfına mensup erkek çocuklarının toplumda ayrıcalık kazanmalarını sağlayan ayrıcalıklı bir faaliyet olarak görülmekteydi¹¹⁰. Antik Yunan'da çocuk, yetişkinliğe henüz erişmemiş “acemi insan” olarak görülmüştü; Yunanlılar bu

¹⁰⁵ Emine AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2012, s. 19.

¹⁰⁶ POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, s. 17.

¹⁰⁷ de MAUSE, Lloyd Ed. **The History of Childhood**. Psychohistory Press, 1974, s. 26,

¹⁰⁸ POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, s. 17.

¹⁰⁹ BUMİN, **Batıda Devlet ve Çocuk**, s. 19.

¹¹⁰ Fatma BAĞDATLI ÇAM, “Eğitim Sisteminin Ortaya Çıkışı ve Antik Yunan Eğitim Anlayışının Temelleri”, **Bartın Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, 2016, ss. 629–643, s. 636.

acemileri “yola getirmek” için sopa kullanırdı. Platon ve Protogaras, çocuk eğitiminde sopa kullanılmasını onaylayan Yunan düşünürlerdendir¹¹¹. Eski Yunanda, devletin ve kurumlarının gelişmesi çocukların ve çocuk haklarının korunmasının devlet elinde tutulmasına neden olmuştur¹¹². Çocuklar üzerinde babanın velayet hakkı da tanınmıştır. Çocuğun rüştüne kadar devam eden velayet hakkı mutlak bir hak olarak kabul edilmemekte zorunlu görülen bazı hâllerde bu hakka devletin müdahalesi kabul edilmekteydi¹¹³.

Askeri bir devlet niteliğindeki Isparta’da çocuklar devlete ait kabul edilmekteydi. Doğan çocuk babası tarafından bağlı olduğu sitenin meclisine götürülür ve muayene neticesinde sağlıklı görülen çocuklar ailelerine iade edilirdi. Aileye iade edilen çocuk yedi yaşını doldurduğunda asker olarak yetiştirilmek üzere devlet kurumlarına alınırdı. Bu kurumlarda çocuklar, askeri disiplinin gereklerine uygun bir tarzda yetiştirilmekteydiler¹¹⁴.

Eski Roma ve Germen toplumlarında ataerkil aile yapısı egemendi. Tarıma dayalı toplumda aile kendi içine kapalıydı ve müşterek ve otokratik bir ekonomi birimi niteliğindeydi. Roma’da eski Yunan ve Isparta’nın aksine, devlet, aile egemenliğine müdahale etmiyor ve hatta aile içindeki patria potestas (baba hâkimiyeti) karşısında aciz kalıyordu. Roma hukukunda başlangıçta çocuklar aile babasının (pater familias) sınırsız hâkimiyeti (patria potestas) altında görülmekteydi¹¹⁵. Aynı zamanda bir çeşit aile yargıcı durumunda olan aile babası, suç işleyen, kusurlu, kötü davranışları olan aile çocuklarını

¹¹¹ POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, s. 19

¹¹² İNAN, **Çocuk Hukuku**, s. 4.

¹¹³ Sadri Maksudi ARSAL, **Umumi Hukuk Tarihi**, 3’üncü Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1948, s. 134.

¹¹⁴ ARSAL, **Umumi Hukuk Tarihi**, s. 165 vd.

¹¹⁵ Şakir BERKİ, “Romada Aile Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1, 1957, ss: 111-117. s. 114; Özcan KARADENİZ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13. Basım, Ankara, 2008, s.163.

yargılama ve cezalandırma yetkisine sahipti. Pater familiasın çocuğu üzerindeki yetkisi o denli geniş kabul ediliyordu ki pater familias, suçlu bulduğu çocuklarını dövebilir, hapsedebilir hatta öldürebilirdi. Pater familiasın çocuğu satmak, kiralamak, yeni doğmuş çocukları atmak ve öldürmek hakları da vardı¹¹⁶. Romanın eski devirlerinde baba hâkimiyeti, özel bir takım nedenlerle sona ermediği sürece, çocuğun bütün yaşamı boyunca hiçbir sınıra tabi olmaksızın devam etmekteydi¹¹⁷. Bu dönemde aile babasının mutlak yetkisine herhangi bir müdahale söz konusu değildi ve bu yetkileri denetleyecek bir otorite de yoktu¹¹⁸.

Eski Türklerde de, babaerkil bir aile düzeni vardı. Velayet babaya ait olmakla birlikte, babanın yokluğunda ana da bu hakkı kullanabilmekteydi. Uygurlar dönemine ait yazılı bir belgede borçlunun altmışaltın karşılığı oğlunu satışını konu alan Sözleşme’de, oğul üzerinde satın alanın bin yıl ve on bin gün hâkim olacağı, onu beğenirse kendi tutacağı beğenmezse başka kimseye satacağı yönündeki ifadelerden, çocuğun menkul bir mal gibi satış sözleşmesine konu edilebildiği ve satın alanın çocuk üzerinde süresiz bir tasarruf hakkı kazandığı ve yeniden satış sözleşmesi yapabileceği sonucu ulaşılmaktadır. Dolayısıyla diğer geleneksel toplumlarda geçerli olan çocuğun babanın mameleki değerleri arasında kabul eden anlayış en azından Uygur hukuk sisteminde de geçerlidir¹¹⁹. Türk töresi ve kültürü gereğince evlatlar babaya itaat etmek ve sözünden çıkmamakla yükümlüydüler¹²⁰. Evlat edinmeye ilişkin bir sözleşme metninde yer alan “eğer ben

¹¹⁶ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s.163.

¹¹⁷ Kamil DOĞANCI- Fulya KOCAKUŞAK, “Eski Roma Ailesinde “Pater Familias” ve “Patria Potestas” Kavramları”, **Social Sciences Review of the Faculty of Sciences & Letters University of Uludag/Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 16, Sayı: 27, 2014, ss. 233-250, s. 235.

¹¹⁸ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 169.

¹¹⁹ Çoşkun ÜÇÖK - Ahmet MUMCU, **Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı**, İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 455, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, s. 30.

¹²⁰ İbrahim ONAY, “Eski Türk Toplumunda Aile Düzeni ve Bunun Dini, Siyasi Hayata Yansımaları”, **International Journal of Social Science**, Cilt 5 Sayı 6, 2012, ss. 347-357, s. 350; İlhan AKSOY, “Türklerde Aile ve Çocuk Eğitimi”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt 4, Sayı 16, 2011, ss. 11-19, s. 12.

ileride evlenip de oğul ve kızlarım dünyaya gelirse dahi bunu (evlatlık alınan oğlana) diğer oğullarıma eşit tutacağım, Ev hayatımda ne varsa hepsinden, oğullarım ne kadar çok olursa olsun, bu oğlana da hisse bırakacağım. Fakat oğlan büyüdükten sonra, onun çalışma gücünden yararlandığım hâlde ona oturulacak yeri ve yiyecek şeyleri sağlamazsam, ona karşı fena muamele edersem, o kendi dilek ve isteğiyle benden ayrılıp istediği yere gidebilecektir. ... Ben ona kendi oğlum gibi muamele edeceğim, onu evlendireceğim, onun durumuyla ilgileneceğim. Fakat onu eğitirken gerekirse sertçe de muamele edebileceğim. Fakat ona karşı tarafımdan yapılan kanun, örf ve adetler ve nizama aykırı herhangi bir cebir ve zulüm niteliğindeki hareketlerim suç sayılacaktır.”

Öz evlat ile evlatlık arasından hukuki durum bakımından ayırım yapılmayacağını ortaya koyan bu ifadelerden hareketle; çocukların babaya karşı sorumlulukları olduğu kadar, babanın çocuklara karşı sorumlulukları olduğu ve çocuk üzerindeki yetkilerin kanun, örf ve adetler ve nizama aykırı olamayacağını kabul edildiği sonucuna ulaşmak mümkündür¹²¹. Dolayısıyla baba aile içinde mutlak otoriteye sahip değildir¹²². Babalık yetkisi kanun, örf ve adetler ile sınırlı bir yetki olarak kabul edilmektedir. Ayrıca Türk toplumunda babaya ve oğula düşen ayrı ayrı vazifeler olduğu kabul edilmektedir. Bu yükümlülüğe örnek olarak babanın oğlunu evlendirme yükümlülüğü zikredilmektedir. Baba bu yerine getirmez ise oğul babasından zorla masraflarını alabilirdi ¹²³.

b. Çocuğun Haklarının Olduğunun Kabul Edilmeye Başlanması

Roma Hukukunda zamanla gücü artan devlet, giderek ailenin iç işlerine karışmaya başlamıştır. Cumhuriyetin kurulmasından sonra çocukların sorumluluk doğuran hukuki

¹²¹ Çoşkun ÜÇÖK - Ahmet MUMCU, **Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı**, s. 32-33.

¹²² Abdülkadir DONUK, “Çeşitli Topluluklarda ve Eski Türklerde Aile”, **İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi**, Sayı 33, 1980, ss.147-168, s. 167-168.

¹²³ AKSOY, **Türklerde Aile ve Çocuk Eğitimi**, s. 13.

işlemlerinden dolayı, babanın bazı koşullar altında sorumlu olması esası getirilmiştir¹²⁴. Ana-baba ile çocuklar arasında karşılıklı nafaka yükümlülüğü getirilmesi de baba hâkimiyetinin bir miktar daha zayıflamasına yol açmıştır. Cumhuriyet döneminin son yüzyıllarında bazı hâkimler, babaların egemenlik haklarını kötüye kullanmalarını engellemek üzere önlemler almaya, suçlu görülen çocuklara baba tarafından verilecek cezaları kısıtlamaya başladılar. Klasik sonrası hukuk döneminde ise Hristiyanlığın da etkisiyle baba hâkimiyeti oldukça sınırlandırılmıştır. “Patria potestas”ın çocuğun yaşam hakkı üzerinde karar verme yetkisi İmparator I’inci Konstantin döneminde tamamen kaldırılmıştır. M.S. 374’te İmparator Valention ve Gration’un müşterek yönetimleri sonrasında çıkarılan bir kanun ile de reşit olmayan bir çocuğun öldürülmesi, kasten adam öldürme olarak cezalandırılmıştır. Hatta yeni doğan çocuklarını öldüren aile babaları ölüm cezasına çarptırılmaya başlamıştır. Bütün bu kısıtlamalara rağmen klasik devirde, “pater familias”ın çocukları üzerinde hâkimiyeti devam etmekteydi. İmparator Valention, “pater familias”ın tedip hakkı dışındaki cezalandırma haklarını da devlete devretmiştir¹²⁵.

2. Çocuk Haklarının Tanınmasına Zemin Hazırlayan Toplumsal ve

Düşünsel Gelişmeler: Çocuğun Haklarından Çocuk Haklarına

Çocukların, üzerlerinde tasarruf edilebilen bir varlık oldukları anlayışının terkedilerek, bazı hakların korumasından yararlanabileceklerinin kabulü olarak değerlendirilebilecek gelişmelere rağmen, XVII’nci yüzyıla kadar, çocuğun hakları kavramından söz edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmelidir.

Nitekim farklı hukuk çevrelerinde çocuğun korunmasına ilişkin bazı hükümler kabul edilmekle birlikte, bunların çocuğun hak sahibi kabul edilmesi anlayışından uzak oldukları değerlendirilebilir.

¹²⁴ Şakir BERKİ, “Romada Aile Hukuku”, s. 115.

¹²⁵ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 164.

a. Çocuğun Hak Öznesi Olarak Tanınması Yönündeki Toplumsal Gelişmeler

XVII'nci yüzyıl Avrupası'nda toprağa bağlı üretim biçiminde meydana gelen çözülmenin geleneksel aile yapısına ve onun dayanaklarından biri olan geleneksel işbölümüne etkilerinden biri de, tarımsal üretim yaşamında boğaz tokluğuna “artı değer” üreten çocuğu¹²⁶ sanayileşmeyle birlikte tam zamanlı işçilere dönüştürmesidir¹²⁷. Özellikle buharlı motorun ve pamuk işleme makinelerinin icadının, eskiden yetişkinlerin güç ve yeteneğini gerektiren işlerde, çocuk emeğinin kullanılmasını mümkün kılmasıyla birlikte çocukların altı, yedi yaşından itibaren dokuma tezgâhlarında, sekiz yaşından itibaren ise maden ocaklarında çalıştırıldıkları tespit edilmektedir¹²⁸. Yine fabrikalardaki iş gücünün yaklaşık yüzde ellisinin, madenlerde ise yüzde otuzunun çocuklar tarafından sağlandığı ifade edilmektedir¹²⁹.

Sanayileşme ile birlikte çocuğun emeğinin sömürülmesi, orta sınıfta yaygın olarak kabul edilmeye başlanan yeni çocukluk anlayışı ile çelişki içindedir. Fakat bu çelişki çocuk işçiliğinin sınırlandırılması ve sonunda da çocuk istihdamına son verilmesini talep eden hareketlere zemin hazırlanıştır. Bunun sonucu olarak bu dönemde çalışma süresini sınırlayan ve asgari istihdam yaşını belirleyen pek çok “çalışma yasası” yürürlüğe konulmuştur¹³⁰. Nitekim 1833 yılında, Fabrikalarda Çocuk İstihdamı Hakkında Kurulan Kraliyet Komisyonu, çocukların çalışma sürelerini sınırlayan ve on üç yaşından

¹²⁶ SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s.17.

¹²⁷ Colin HEYWOOD, **Childhood in Nineteenth-Century France: Work, Health And Education Among The ‘Classes Populaires’**, Cambridge University Press, Cambridge, New York, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1988, s. 97, 125; SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s.17; POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, s. 72.

¹²⁸ POSTMAN, **Çocukluğun Yokoluşu**, s. 72; SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s.17, HENDRICK, **Child Welfare**, s. 22.

¹²⁹ Peter N. STEARNS, “Child Labor in the Industrial Revolution”, içinde: Hugh D. HINDMAN (ed.), **The World of Child Labor: An Historical and Regional Survey**, ME Sharpe, New York – London, 2009, ss, 38-44, s. 38.

¹³⁰ Harry HENDRICK, “Periods of History: Childhood and Child Work, c. 1800–Present”, içinde: Hugh D. HINDMAN (ed.), **The World of Child Labor: An Historical and Regional Survey**, ME Sharpe, New York – London, 2009, ss. 33-37, s. 35; Mehmet Semih GEMALMAZ, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayıncılık, Birinci Bası, İstanbul, 2010, s. 219.

küçüklerin çocuk sayılmasını emreden bir yasal düzenlemeyi kabul etmiştir¹³¹. Çocukluğun insan yaşamının korunma gereksinimi duyulan özel bir aşaması olduğu yaklaşımı, “laissez faire” (bırakınız yapsınlar-müdahale etmeme) siyasetinin benimsendiği Victoria dönemi İngilteresi’nde dahi çocuk lehine devletin sisteme müdahalesinin meşru görülmesini sağlamıştır¹³². Çocukluk ile yetişkinlik arasında çalışma yaşamı bakımından ilk defa kesin bir yaş sınır öngören bu yasanın kabulü, çalışma yaşamına katılımında çocuğun özgürlüğünü sınırlandırarak çocukları sömürden koruyan, ebeveynleri yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlayan ve çocuğun iyiliği adına ebeveynlerin velayetten kaynaklanan yetkilerine bizzat devlet eliyle yapılan müdahaleyi ilk defa meşrulaştırarak, çocuğa yönelik yeni bir yaklaşımın kabulünün ortaya çıkmasını sağlamıştır¹³³. Ayrıca XX’nci yüzyılda çocuğun masumiyeti ideolojisi, artan çocuk istismarına yönelik farkındalığın artması ile birlikte, toplumsal ikiyüzlülüğü eleştiren kampanyalara vücut vermiştir¹³⁴.

Çocuk işçiliğinin bu şekilde sömürülmesi gönüllü yardım inisiyatiflerinin ortaya çıkması ile de paralellik arz etmektedir ki bu inisiyatifler takip eden yüzyılda çocuğa yönelik refah devletinin kuruluşlarına vücut vereceklerdir¹³⁵. Sanayi devriminin yol açtığı yoğun nüfus hareketleri beraberinde çok sayıda çocuğun terkedilmesi problemini getirmiştir. Yetimhaneler ya da çocuk yetiştirme yurtları, yardımlaşma hareketlerinin odaklandıkları en önemli konulardan biri olmuştur. Yoksulluk yasaları da “yitik çocuklar” ya da farklı bir deyişle “çocuk olma hakkı gasp edilmiş çocuklar”ın ihtiyaçları

¹³¹ Clark NARDINELLI, “Child Labor and the Factory Acts”, **The Journal of Economic History**, 1980, Vol. 40, No. 4, ss. 739-755, s. 741; HENDRICK, “Periods of History”, s. 35.

¹³² Jane HUMPHRIES, **Childhood and Child Labour in the British Industrial Revolution**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 174.

¹³³ NARDINELLI, “Child Labor and the Factory Acts”, s. 741.

¹³⁴ Peter N. STEARNS, “Child Labour in the Industrial Revolution”, s. 39; John CLARKE, “Histories of Childhood”, içinde: Dominic WYSE (ed.), **Childhood Studies: An Introduction**, Blackwell Publishing, Oxford, 2004, ss. 3-12, s. 9.

¹³⁵ SANDIN, “Coming to Terms with Child Labor” s. 53.

doğrultusunda hükümler içeren düzenlemelerin izlerini taşımaya başlamıştır. Çocukların sömürüden ve tehlikeli durumlardan korunması “çocuk koruma” kavramına, diğer bir deyişle çocukların korunması gereken varlıklar olarak görülmesi anlayışına vücut vermiş ve bu anlayış çocuğa yönelik yaklaşımda XX’nci yüzyıla rengini vermiştir.

Çocukların korunması anlayışı kurumsallaşmış eğitimin, çocukların bilişsel ve fiziksel gelişimlerinin sağlanmasında önemli bir araç olarak görülmesini de beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla eğitim, bir bakıma çocukların gelişim ihtiyaçlarının karşılanmasının araçlarından biri olarak görülmüştür. Zorunlu eğitim dönemi, çocuğun korunma, beslenme ve rehberlik ihtiyacı içinde olduğu bir dönemdir. Bu anlamda zorunlu eğitim aynı zamanda çocuğun statüsünde belirsizliğe de neden olmuştur. Nitekim özellikle büyük yaştaki çocuklar bakımından fiziksel olarak artık herhangi bir yetişkinin desteğine ihtiyaç duymayan çocuk bağımlılıktan kurtulmuştur ama henüz yetişkin sayılmamaktadır. Anaokulundan başlayarak yirmili yaşların öncesine kadar devam eden eğitim dönemi, belli yaş dilimlerinde belli hak ve sorumluluklarının kademeli olarak tanınması suretiyle “arafta” bir statüye karşılık gelmektedir.

XIX’uncu yüzyılın ikinci yarısında çocuk emeğinin azaltılmasına ve sömürünün yumuşatılmasına ilişkin çalışma yasaları denen reformlar ve suç işleyen çocuğa özgü yargılama ve ıslah sistemlerine ve zorunlu eğitime ilişkin düzenlemeler birbirini takip etmiştir. Çocuk emeğinin azaltılmasını amaçlayan reformlar başlangıçta, çocukların tam zamanlı çalıştıkları için eğitilemediklerini, bu yüzden cahil ve vasıfsız yetişkin işçiler olarak kalarak endüstride verimsizliğe yol açtıkları düşüncesini savunan grupların çıkarları doğrultusunda yönlendirmişse¹³⁶ de, toplumsal ve ekonomik yaşamın

¹³⁶ Çocuk koruma hareketinin orta ve üst sınıflar arasında bulduğu desteğin nedenini bu sınıfların sahip oldukları imtiyazlı konumu sürdürmek amaçlarından beslendiği yolundaki görüşler için bkz. Anthony PLATT, “The Child Saving Movement and the Origins of the Juvenile Delinquency”, içinde: Paul M. SHARP - Barry W. HANCOCK (eds.), **Juvenile Delinquency Historical: Theoretical and Societal Reactions to Youth**, 2. Baskı, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1998, ss. 3-18, s. 6; Eylem ÜMİT, **Mekândan İmkâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyet İlişkisi**, Ankara Barosu, Ankara, 2007, s. 34.

olumsuzluklarına karşı hukuk yoluyla çocuğun korunması düşüncesine zemin hazırlamıştır. Çocuk koruma hareketinin etkilerinin yanı sıra, çocuk emeğinin kötüye kullanılmasına devlet müdahalesinin gerçekleşmesini sağlayan koşullar 1848 işçi hareketlerinin kazanımları içerisinde de değerlendirilmektedir¹³⁷. Nitekim eğitim hakkı gibi sosyal hakların ilk olarak 1848 Fransız Anayasası ile yasal metinlere geçmesi, devlete sosyo-ekonomik sorunlar karşısında pasif kalmayarak bir takım faaliyetlerde bulunma ediminin yüklenmesi, sosyal refah devletinin ilk ayak sesleri olarak kabul edilmektedir¹³⁸.

Çocuğu korumaya yönelik düzenlemelere rağmen çocukların yaşam koşullarında iyileşmenin beklendiği gibi olmaması üzerine, çocuğa yönelik anlayış değişikliğine ihtiyaç olduğu ve çocuğun gerektiği gibi korunabilmesi için çocuğun çıkarının öncelikli olarak göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bir değişim belirmeye başlamıştır. Özellikle common law hukuk geleneğine mensup ülkelerde aile hukuku alanında, özellikle de boşanma davalarında ya da velayet davalarında karara ulaşılrken göz önünde bulundurulan “çocuğun çıkarının öncelikle korunması ilkesi”nin çocuğa ilişkin tüm hukuki işlemlerde göz önünde bulundurulması gerektiği yönündeki değişim yeni hukuk sistemlerinde de izlenmektedir. Bu değişimin önemli göstergelerinden biri de pek çok ülkede “çocuğun yüksek yararı” ilkesinin yasal bir ilke olarak kabul edilmesi ve çocuğa ilişkin işlemlerde bir rehber olarak kabul görmesidir.

Çocuğun bir hak öznesi olarak kabulünün toplumsal-ekonomik ve hukuksal gelişimini kavrayabilmek için aydınlanma ile birlikte çocuğa ilişkin kuramsal yaklaşımlara da göz atmak gerekmektedir.

¹³⁷ ÜMİT, *Mekândan İmkâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyet İlişkisi*, Ankara Barosu, Ankara, 2007, s. 34.

¹³⁸ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 53, 54.

b. Çocuğa Yönelik Kuramsal Değişim

Kuramsal alanda çocuğun yasal statüsü konusunda Treatise adlı eserinde Locke siyasal iktidarın rasyonel bireylerin özgür olarak vermiş oldukları rızaya dayandığını kabul etmesine ve siyasal iktidarın babadan oğula geçmesi ilkesini reddetmesine rağmen babanın çocukları üzerinde otoriteye sahip olduğunu kabul etmektedir. Locke'un düşünce sisteminde çocuklar yetişkinlerin sahip oldukları haklara ehil olarak kabul edilmemektedir. Locke, çocukların kendilerine özgü ihtiyaçları ve çıkarları olduğunun kabul edilerek dövülmeksizin, horlanmaksızın, uygun davranış kuralları çerçevesinde makul ve akla uygun davranma yeteneği kazandırılmaları gerektiği görüşündedir. Eğitimin amacının erdemli bireyler yetiştirmek olduğunu ileri süren Locke için erdemin temel niteliği, kişinin karakteri ve arzuları üzerinde rasyonel bir öz denetim kurulmasının sağlanmasıdır. Eğitimin sonucu olarak çocuğun muhakeme yeteneği kazanacağı, mantık kurallarına uygun olarak davranışlarını yönetebilecek olgunluğa erişeceğini ifade etmektedir¹³⁹.

XVII'nci yüzyılda düşünce akımının önemli temsilcisi John Locke'un, "Eğitime Dair Bazı Düşünceler" (Some Thoughts Concerning Education) adlı eserinde çocuk eğitime dair ortaya koyduğu görüşler "liberal ve modern" olarak değerlendirilmektedir. Eserde ortaya konan görüşler çocuk merkezli eğitimin ilk manifestosu olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁰. Locke ayrıca devlet yönetimine ve bilginin kaynağına ilişkin yapıtlarında da çocukluğa dair görüşlerini ortaya koymuştur. Locke "Hükümetin İki Sözleşmesi" adlı eserinde sivil iktidarın, rasyonel bireylerin özgür iradeleri ile verdikleri rızaya dayandığını ileri sürmektedir. Locke siyasal konulara ilişkin rıza verme yetkisinin, babaya ait bir yetki olarak düşünülmemesi gerektiğine inanmakla birlikte, babanın çocuk

¹³⁹ Ahmet ARSLAN, *Felsefeye Giriş*, Vadi Yay., Ankara, 1999, s.249-250.

¹⁴⁰ ARCHARD, *Children, Rights and Childhood*, s. 1.

üzerinde bir otoriteye sahip olduğunu kabul etmektedir. Locke’a göre çocuklar, yetişkin bir vatandaşın sahip oldukları yetkilere sahip değildirler. Eğitime Dair Bazı Düşünceler adlı eserde Locke, çocukların kendilerine özgü ihtiyaç ve menfaatlere sahip olduklarını, toplumsal davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda davranmalarını sağlamak amacıyla dövülüp zorlanmaları yerine ikna edilmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Locke’un düşünsel sisteminde, eğitimin birincil amacı erdemli bireyler yetiştirmektir. Locke’un eserlerinde çocuk henüz yeteri kadar rasyonel olmayan bir varlık olarak görülmektedir. Çocuğun, vatandaşlık statüsünü kazanmasının önündeki engel olarak ise rasyonel düşünme yeteneğinin yokluğunu göstermektedir. Locke; sivil iktidarın otoritesinin, yönetilenlerin rızasına dayandığı kabul edildiğinde, o takdirde ebeveynin çocuk üzerindeki otoritesinin çocuğun rızasını gerektirip gerektirmediğini sorgulamaktadır¹⁴¹. Yine Locke, meşru siyasi otoritenin, yönetilenlerin hakları ile sınırlandırılmış olduğu kabul edildiğinde; ebeveynin çocuk üzerindeki otoritesinin, çocuğun hakları ve ebeveynliğin kuralları ile sınırlandırılmış olup olmayacağını da tartışmaktadır. Bu sorulara yanıt olarak Locke, ebeveyn otoritesini, çocuğun muhakeme yeteneğinden yoksun olmasına dayandırmaktadır. Çocuğun büyümesi ve dolayısıyla muhakeme yeteneğinin artması ile orantılı olarak ebeveyn otoritesinin şiddetinin azalması gerektiğini ifade etmektedir. Çocukların rasyonel tercih yapma yeteneğine sahip olmamaları ebeveynin çocukları adına tercih yapma yetkisini meşrulaştırmaktadır¹⁴².

Devleti, sosyal sözleşme kuramı ile açıklayan Locke, siyasal otoriteyi, üzerlerinde hâkimiyet icra edilecek bireylerin özgür iradeleri ile vermiş oldukları rıza ile açıklamakta, sosyal Sözleşme’nin tarafı olan yetişkin bireylerin sivil hükümetin garantisi altında olan haklardan yararlanma hakkına sahip olduklarını ileri sürmektedir. Locke’a göre; çocuklar, sosyal Sözleşme’nin tarafı olmadıkları gibi sivil haklara ehil vatandaşların

¹⁴¹ ARCHARD, *Children, Rights and Childhood*, s. 3.

¹⁴² ARCHARD, *Children, Rights and Childhood*, s. 7.

statüsüne de sahip değillerdir. Bununla birlikte Locke çocukların haklardan tamamıyla yoksun olmadıklarını kabul etmekte, bir ölçüye kadar ebeveynin çocukları üzerinde garanti edilmiş haklarının bulunduğunu kabul etmekle birlikte ebeveynin çocukları üzerinde mutlak bir hâkimiyete sahip olduklarını düşünmemektedir. Locke’a göre çocuklar ebeveynleri ile eşit statüye sahip olarak dünyaya gelmemişlerdir, fakat bu statüye sahip olabilecek kapasiteyle doğmuşlardır¹⁴³. Ebeveynin çocuk üzerinde sahip olduğu buyurma ve kural koyma yetkisi süre ile sınırlandırılmış bir yetkidir. Çocuklar zayıf, incinebilir ve kendi bakımlarını sağlama becerisinden ve muhakeme yeteneğinden yoksun olduklarından özgürlükleri sınırlandırılmıştır. Locke’a göre özgür olma, “makul” davranabilmeyi gerektirir. Makul davranabilme yeteneğinden yoksun olan bireyler özgürlükten de yoksundurlar. Muhakeme yeteneğinden yoksunluk Locke’a göre çocuklara özgü bir durum değildir. Akli melekelerinde yetersizlik bulunan yetişkinler de özgürlükten yoksundurlar¹⁴⁴.

Kendi geçimlerini sağlama ve kendi çıkarlarına en uygun şekilde seçim yapma yeteneğinden yoksun olmaları, ebeveynin çocukları adına karar verme yetkisinin haklı nedenidir. Aslında ebeveynin çocukları bakıp gözetme sorumluluğu, kendi bakımına güç yetiremeyenlere bakma ödevinden kaynaklansa da, çocukların kendi bakımlarını gerçekleştirememeleri ebeveyn himayesinin aynı zamanda bir görev olarak kabul edilmesini de gerektirir¹⁴⁵.

Roma hukukunda aile babasının çocuk üzerinde, çocuğu öldürmeyi de içeren mutlak bir hâkimiyete sahip kabul edilmesini eleştiren Locke, babanın bu ölçüdeki hâkimiyetini, akla ve doğaya aykırı bulmaktadır. Locke’un düşünce sisteminde

¹⁴³ John LOCKE, **Second Treatise of Government** , C. B. MACPHERSON (Edit:), Hackett Publishing Company, Inc. Indianapolis. Cambridge, 1980, s. 32), parag.

¹⁴⁴ LOCKE, **Second Treatise of Government** ,

¹⁴⁵ LOCKE, **Second Treatise of Government** ,.

ebeveynler, ebeveyn olmanın doğası gereği, çocuklarının menfaatleri gereği davranacaklardır. Ebeveynlerin çocuklarına, çocuğunun bakımını ihmal etmektense kendi çıkarını göz ardı etmelerini sağlayan doğal bir şefkat bağı ile bağlı olduklarını ifade etmektedir¹⁴⁶. Locke, çocuğun bakımını sağlama ihtiyacı ve çocuğun yaşam ve özgürlük hakları dışında, ebeveynin otoritesinin herhangi bir sınırına değinmemektedir. Çocuğun üzerindeki otoritenin sınırı konusunda Locke, doğanın insanoğlunu kendi nesline karşı suiistimalde bulunmasını engelleyecek şefkat, ilgi ve duyarlılık ile donattığını tekrarlamaktadır.

Locke, aile üzerinde devletin müdahale yetkisinin, yalnızca çocuğun çıkarları ile sınırlı bir yetki olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş öğretide oldukça modern bir görüş olarak yorumlanmaktadır¹⁴⁷. Locke, çocuğun menfaatlerinin ihlali hâlinde bir ceza olarak ebeveynin çocuk üzerindeki yetkilerinden mahrum bırakılabileceğini ve çocuğun bakım görevini yerine getirecek bir başka kişiye teslim edilebileceğini ifade etmektedir¹⁴⁸. Locke’a göre ebeveynin çocuk üzerindeki yetkileri doğal bir zorunluluk değildir; “çocuğun bakım ve himaye edilmesi doğal hakkı”ndan türemiştir ve çocuğun bu doğal hakları ile sınırlandırılmıştır. Çocukluğun özünde olan doğal güçsüzlük ve acizyet durumu ile sınırlanmış ve geçici bir yetkidir.

Aydınlanma dönemi düşünürlerinden Rousseau, çocukluğun insan yaşamının özel bir dönemi olduğuna; çocuğun, çocuk olarak kabul edildiği bir çocukluk döneminin bulunması gerekliliğine işaret etmekte, çocuğu ahlaken masum ve ifade özgürlüğüne sahip bir varlık olarak nitelendirmektedir. Rousseau, eğitimin “çocuk kimliğini” ve “özel yapısını” göz önünde bulundurması zorunluluğuna işaret etmektedir. Çocuk kimliğinin

¹⁴⁶ LOCKE, **Second Treatise of Government** ,

¹⁴⁷ ARCHARD, **Children, Rights and Childhood**, s. 11.

¹⁴⁸ John LOCKE, **Second Treatise of Government**, C. B. MACPHERSON (Edit:), Hackett Publishing Company, Inc. Indianapolis. Cambridge, 1980, s. 32), parag. 58.,

tanınmasının; çocuğun yetişkin olarak değil de çocuk olarak görülmesi ve böylece çocuğun çocuk olmaktan kaynaklanan özel bir niteliğe sahip olduğunun kabulü anlamına geldiğini ifade etmektedir¹⁴⁹. Rousseau bu görüşleri ile “çocuk merkezli” eğitimin öncülerinden kabul edilmektedir¹⁵⁰.

Rousseau’nun eğitim anlayışı Locke’unkinden farklıdır. Rousseau’ya göre eğitim yönlendirici olmamalıdır. Doğası gereği iyi ve ahlaklı olan çocuğun doğal gelişimine uygun olmalıdır. Rousseau’nun bu görüşü; Locke’un, çocuğu erdeme ve muhakeme yeteneğine erdirmekle görevli, yönlendirici ve koruyup gözetici öğretmen modeli ile çalışmaktadır.

c. Çocuğun Hak Öznesi Olarak Tanınması Yönünde Hukuksal Gelişmeler:

“Çocuğun Hakları”na Doğru

Bu başlık çerçevesinde, çocuğun haklarının tanınması sürecinin, Rönesans ve Reform hareketlerinin, bireyci doktrinin, doğal haklar öğretisinin, sanayi devrimi ve kentleşmenin hukuk düzenleri üzerinde köklü değişikliklere neden olduğu ve diğer yandan bu değişimin diğer tüm Avrupa ülkelerine örnek olduğu, İngiltere ve Fransa’daki seyri incelenecektir.

aa. İngiliz Hukukunda Çocuğun Haklarının Tanınması Yönünde Hukuksal Gelişmeler

İngiliz hukukunun ilk dönemlerinde çocuğun toplumsal rolü, aile birliğinin çıkarlarını artırmak ve ailenin sahip olduğu mameleki değerleri sürdürmek ve aile mamelekine yeni değerlerin katılmasını sağlamak idi.

Diğer yandan kan bağı, İngiliz hukukunda üstün bir değer olarak kabul edilmekteydi ve kişi olarak çocuk, ailenin ve soyun devamından daha az önemli

¹⁴⁹ ROUSSEAU, *Emile*, ss. 34-80.

¹⁵⁰ ARCHARD, *Children, Rights and Childhood*, s. 30.

görülmekteydi. Bunun bir sonucu olarak Common Law'dan önce İngiliz hukukunda ebeveyninin bakımından yoksun bir çocuğa bir başka ailenin kucak açması durumunu düzenleyen, evlat edinmeye ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı¹⁵¹. Özellikle evlilik bağı dışında doğan çocukların durumu çok daha zordu. Bu çocukların babalarına karşı herhangi bir sorumluluklarının ve haklarının olabileceği kabul edilmemekteydi. Miras hakları bulunmadığı gibi anne babalarından herhangi bir destek görmeleri de mümkün değildi. Evlilik dışında doğan çocuğa ilişkin olarak ana babanın velayet hakkı da tanınmamaktaydı. XII'nci yüzyılda Papalığın, çocuğun doğumundan sonra evliliğin gerçekleşmesi durumunda çocuğun meşrulaştırılması yolunda attığı adımlar, kilise-devlet çekişmesine mağlup olmuş ve tamamen siyasal nedenlerle sonuçsuz kalmıştır¹⁵².

Hristiyanlığın yükselişi, Roma ve Germen hukukunu yumuşatırken, “*patria potestas ilkesi*”, XIV'üncü yüzyıla kadar gelişim hâlinde olan İngiliz hukukunun değişmez bir ilkesi olarak kalmıştır¹⁵³. Ancak İngiltere'de *patria potestas* ilkesinin önemini koruması eski doktrinin geliştirilerek yerini “*parens patriae*” (zayıfların devlet baba eliyle korunması) ilkesine bırakmasına zemin hazırlamıştır. Bu yeni ilke, küçüklük ya da mahcurluk nedeniyle velayet ya da vesayet tevdi edilen kişinin korunmasının, egemenin (Kral) yetkisi ve görevi olduğunun kabul edilmesi anlamına geliyordu. Ancak yine de “*parens patriae ilkesinin*” kabul edilmesi, Kral'ın yardımseverlik duygularına dayanan bir ihsan değildi ve velayet ya da vesayet altında bulunanın maddi-manevi değerlerinden çok miras ile ilgili varlıklarının korunmasını ve bunun sonucu olarak devletin ekonomik kayba uğramamasını amaçlıyordu. Aslında “*patria potestas*” ilkesinin bu yumuşatılmış biçimi Devlete, toprak sahiplerinin tasarruflarını, toprak sahibi

¹⁵¹ Ontario Law Reform Commission, **Report on Family Law Part III: Children**, Ministry of the Attorney General, Toronto, 1973, s. 32-33. <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/27010/22021-3.pdf>

¹⁵² Ontario Law Reform Commission, **Report on Family Law**, s. 1-3.

¹⁵³ CHISHOLM, “Toward a Position on Children's Rights”, s. 41.

olmayanların ise davranışlarını denetleme olanağı vermektedir. “*Parens patriae*” ilkesi her çocuğun bir veli ya da vasisi olmasını da öngörmemektedir. Dahası hukuk, velayet ya da vesayet kurumunu yalnızca mameleki hakların korunması ile ilişkili görmektedir ve veli ya da vasiyi, yalnızca bu hakların korunmasında bir ihmalleri olması durumunda sorumlu tutmaktaydı. Bu anlayışın bir uzantısı olarak gayrimenkulü olmayan ya da bir servete sahip bulunmayan çocuklar için yalnızca “*patens patriae*” ilkesi, bir alt koruma ilkesi olarak gündeme gelmektedir.

İngiltere’de endüstrileşme öncesi sosyolojik anlamda kişilerin üretim süreçleri ile olan ilişkileri bakımından üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu bilinmektedir. Buna göre, ilk grubu oluşturan ve çoğunlukla yetişkin erkeklerden oluşan sermaye ve toprak sahipleri, mameleki haklarını koruma ve ileri sürme hak ve yetkileri ile donatılmışlardı. Hizmetçiler, ev hanımları ve yetişkin çocukların oluşturduğu ikinci grupta emeklerini paraya çevirme imkânına sahip emek sahipleri yer almaktaydı. Çocuklar ve bir yetişkinin yardımına bağımlı hâle gelmiş yaşlıların oluşturduğu üçüncü grup ise mülkiyet hakkı iddiası ileri sürme veya üretime katkıda bulunma olanakları bulunmamaktaydı. Çocuklar için bir haktan söz edilecekse bu ancak mamelek sahibi olmayan yetişkinlerin statüsünün sağladığı haklar olabilirdi. Tüm haklara ehil görülen aile reisi ile eşitliği söz konusu dahi olamazdı¹⁵⁴.

Ancak patria potestas ilkesinin; parens patriae ilkesine evrilmesinin bir başka sonucu da başlangıçta Kraliyetin, ilerleyen zamanda ise yargı makamlarının gerekli görmeleri durumunda, tüm çocukların Krallık korumasından yararlanmalarını sağlama otoritesine sahip olduklarının kabul edilmesidir. Kraliyet ve yargı makamlarına tanınan bu yetki, ebeveynin çocuklarına karşı yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanmasını

¹⁵⁴ Robert DINGWALL - J. M. EEKELAAR – Topsy MURRAY, “Childhood as a Social Problem: A Survey of the History of Legal Regulation”, **Journal of Law and Society**, Vol. II, No. 2, 1984, ss. 207-232, s. 208.

mümkün kılmıştır¹⁵⁵. Bu gelişme çocuğun yüksek yararını sağlamaya yönelik mahkemelerin bugünkü yetkilerinin temelini atmış, bunun yanında babanın çocuk üzerindeki yetkilerinin sınırlı olduğunun kabul edilmesine zemin hazırlamıştır. Babanın çocuğuna karşı yükümlülüklerinin bulunduğu kabulü yavaş da olsa bu yönde bir anlayış değişikliğine yol açmakla birlikte çocuğun başlı başına bir değer olarak korunması fikrinin gelişmesi yüzyıllar almıştır¹⁵⁶.

Başta velayetten kaynaklanan yetkileri olmak üzere babanın kapsayıcı otoritesinin değişmesi yönündeki eğilim, diğer ülkelerde olduğu gibi İngiltere’de de oldukça yavaş bir seyir izlemiştir. Uygulamada “parens patriae” ve “çocuğun yüksek yararı” ilkelerinin uzun süreden beri kabul görmelerine karşın; mahkemeler, babanın yetkilerine müdahale etmekte gönülsüz davranmışlardır¹⁵⁷. I. Elizabeth’in hükümranlılığı döneminde yürürlüğe konulan Yoksullar Yasası (The Act for the Relief of the Poor-1601) ile babalara on altı yaşına kadar çocuklarını ekonomik olarak destekleme yükümü getirilmiş, babanın ölümü durumunda bu yükümlülüğün anneye geçeceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte çocukların durumlarında gerçek bir iyileşmenin görülmesi için XIX’uncu yüzyılı beklemek gerekmiştir.

Common Law’un ilk dönemlerinde velayetten kaynaklanan haklar mameleki hak olarak değerlendirilmekteydi ve hukuk önünde babanın çocuğa ilişkin velayetten kaynaklanan yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmemekteydi. Vesayeti elinde bulunduranın, çocuğun mameleki değerlerini korumak amacıyla başvurması gerekip de dava yollarına başvurmadaki ihmali neticesinde doğan zararın tazmini de çocuğun kişilik haklarına değil, mensup olduğu ailenin mamelekini koruma amacına dayanıyordu. Çocuğun herhangi bir mülkünün bulunmaması durumunda hukuk çocuğun yararı ile

¹⁵⁵ CHISHOLM, “Toward a Position on Children’s Rights”, s. 40.

¹⁵⁶ CHISHOLM, “Toward a Position on Children’s Rights”, s. 40.

¹⁵⁷ CHISHOLM, “Toward a Position on Children’s Rights”, s. 41.

ilgilenmemektedir¹⁵⁸. Çocuğun kaçırılması yahut yaralanması üzerine, babaya yahut velayeti elinde bulunduran kişiye verilecek tazminat çocuğun aile ekonomisine katkısının engellenmesinden kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlaline dayanmaktaydı¹⁵⁹. Üstelik 1846'da kabul edilen ölümcül yaralanmalara yol açan kazalar üzerine hükmolunacak tazminata ilişkin hükümler içeren, "Ölümcül Kazalar Yasası¹⁶⁰"nın (The Fatal Accidents Act-1846) kabulüne kadar, çocuğun, kendisine bakmakla yükümlü olan yetişkinin kazara ölümüne neden olan üçüncü kişilere karşı destekten yoksun kalma tazminatı talep etmesi hakkı tanınmamıştı¹⁶¹. Bu dönemde henüz çocuğun babası tarafından bakılma ve yetiştirilme konusunda bir menfaatinin bulunduğunu kabul eden bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde aziz olabilmek için kiliseye belli bir miktar bağışı zorunlu kılan kilise kurallarının da varlığı çocuğun hukuki durumu aleyhine sonuç doğmasına neden olmuştur. İngiliz hukukunun dul kalan eş ve çocuğun lehine vasiyet hakkını sınırlayan kuralları bu dönemde uygulamadan kaldırılmış, bu durum babanın hayatta iken çocuğuna karşı bakım yükümlülüğü olduğu düşüncesinin zarar görmesine neden olmuştur. Kilise hukukunun bu yönde gelişmiş olması yanında, Common Law da bu yönde gelişmiştir. Doğal ve ahlaki olarak çocuğun bakım görme hakkı olduğu kabul edilmekle birlikte hukuk sistemi bu hususta sessiz kalmayı tercih etmiştir¹⁶². Bazı yasaların hükümlerinin uygulanması, rastlantısal olarak çocuğun yararına sonuç doğursa da bu sonuç, kanunların amaçları arasında yer almamaktaydı.

İngiliz hukukunda babanın, çocuğu bakım ve gözetim yükümlülüğüne yetersiz de olsa yer veren yasal düzenlemeleri görmek için XVI'ncı yüzyıla kadar beklemek gerekmiştir. Bu yüzyılda ilk kez hukuk, babanın çocuğunu eğitme yükümlülüğünü

¹⁵⁸ EEKELAAR, "The Emergence of Children's Rights", s. 164.

¹⁵⁹ EEKELAAR, "The Emergence of Children's Rights", s. 164.

¹⁶⁰ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30> (erişim tarihi: 08.02.2019).

¹⁶¹ EEKELAAR, "The Emergence of Children's Rights", s. 164.

¹⁶² EEKELAAR, "The Emergence of Children's Rights", s. 165.

tanımıştır. Ancak bu düzenlemenin amacı, çocuğun yeteneklerinin gelişmesinin sonuç olarak çocukların “Commonwealth’e” daha büyük katkı sağlamalarına hizmet edecek olmasıdır¹⁶³. XVI’ncı yüzyılda iş gücü hareketliliğinin ve yoğun işsizliğin artması ile babaya, çocuğuna karşı bakım yükümlülüğü yükleyen yasal düzenlemelerin yürürlüğe konulması arasında yakın bir ilişki olduğu ifade edilmektedir. Çocuğun çıkarlarının korunması gerektiği anlamına gelen çocuğun hak öznesi olarak kabulü, babanın çocuğa karşı yükümlülükleri olduğunun kabulü ile ortaya çıkmıştır. Fakat bu çıkarların korunması halen, diğer sülhelerin haklarının korunması, kilisenin mali yetkilerinin azaltılması, sosyal dengenin korunması gibi hak taleplerinin tali sonuçlarıdır.

Diğer yandan, XVIII’inci yüzyılın çocuğun çıkarlarını korumaya değer gören hukuk anlayışı ile XVI’ncı yüzyılın çocuğu koruyan yasal düzenlemeler yapılmasına zemin hazırlayan düşünsel kabul arasında önemli bir fark yoktur ve XVIII’inci yüzyılda da çocuğun çıkarları babanın yahut toplumun çıkarlarından bağımsız olarak korumaya değer görülmemektedir¹⁶⁴. Babanın meşru çocuğu ile ilişkilerini hukukun düzenlemeye başlaması, çocuğun başlı başına korumaya değer olarak kabul edilmesine dayanmamakta, aksine çocuğun çıkarlarının korunmasının, babanın çıkarlarının korunmasına hizmet edeceği kabulüne dayanmaktaydı. Bu yüzyılda dahi çocuk aleyhine işlenen yaralama fiili, baba aleyhine işlenmiş kabul ediliyordu. Bununla birlikte XVIII’inci yüzyılda çocuğun menfaatinin daima babanın menfaatine göre ikincil önemde görünmesi anlayışı, ceza hukuku alanında en azından kuramsal olarak terkediliyor ve kendi çocuğu aleyhine bedensel zarar ıka eden babaya karşı çocuğu koruma amaçlı hükümler belirlemeye başlıyordu¹⁶⁵.

¹⁶³ William BLACKSTONE, **Commentaries on the Laws of England**, <https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/bla-116/> (erişim tarihi: 09.02.2019).

¹⁶⁴ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 167.

¹⁶⁵ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 167.

XIX'uncu yüzyılda ise madenlerde ve fabrikalarda çocuk istihdamını düzenleyen yasalar dikkat çekici bir şekilde çocuğun yararını korumayı esas almaktadır. Bununla birlikte söz konusu yasaların öngördüğü yaptırımlar, çocukların bağımsızca ileri sürebildikleri iddialarını esas almak yerine babasının yahut işverenin şikâyeti üzerine gündeme geliyordu. Kontroller, sadece çocuk işçiliğinin ağır sömürsü iddiaları üzerine işletilmekteydi. Aynı dönemde babanın çocuk üzerinde sahip olduğu haklarının, çocuğun çok ciddi zararlara uğrayacağı ihtimali söz konusuysa sona erdirilebileceği kabul edilmişti. Çocuğun babaya bırakılması durumunda bedensel bir zarara uğrayacağını dikkate alan mahkemenin, babanın çocuk üzerindeki haklarını fesheden tutumu da bu yeni eğilime örnek teşkil etmektedir¹⁶⁶. Ancak çocuğun esenliği çok ciddi şekilde tehdit edilmedikçe, babanın hakları çocuğun menfaatleri karşısında üstün sayılmaktaydı. Ayrıca çocuğun menfaatini korumaya yönelik bu ilgi, yine toplum çıkarlarının korunmasının ancak çocuğun zarara uğratılmasının önlenmesi ile sağlanacağı inancına dayanmaktaydı. Çocuğun esenliği, geleneksel sosyal normların yeni nesile aktarılması ile eşit görülmekteydi ve bu sosyal normların en güçlü ve etkili olanlarının başında, babanın menfaatlerinin korunması geliyordu. XIX'uncu yüzyılın sonlarına doğru dahi mahkemeler çocuğun çok ciddi olağanüstü suiistimale uğratıldığı olaylar hariç, çocuğun doğumuyla baba olmanın doğal sonucu olarak tanınan babanın çocuk üzerinde sahip olduğu takdir yetkisine müdahale edilmemesi gerektiğini kabul etmekteydi. Tüm bu sosyal ve yasal değişime rağmen bu dönemde çocuk hakları ile ilgili kaygıların çok az olduğu ya da hiç olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁷. Çocuklar ailelerinin taşınır malları, birkaç yasal hak istisna tutulduğunda herhangi bir siyasal hak ve güç tanınması düşünülmeyen devletin vesayeti altındaki varlıklar olarak görülmekteydi ¹⁶⁸. Doktrin de

¹⁶⁶ EEKELAAR, "The Emergence of Children's Rights", s. 167-168.

¹⁶⁷ EEKELAAR, "The Emergence of Children's Rights", s. 168.

¹⁶⁸ RODHAM, "Children Under the Law", s. 2.

bu yönde gelişmiştir. Örneğin XVIII'inci yüzyıl İngiliz hukuk profesörlerinden William Blackstone çocukların hakları konusuna çok az değinmişken, çocukların babalarına karşı olan yükümlülükleri üzerinde etraflıca durmuştur¹⁶⁹. William Blackstone, ebeveynin çocuklarına karşı bakım, koruma ve eğitim olmak üzere üç önemli görevinin olduğunu, bunların arasında en önemlisinin ise eğitim olduğunu, babanın çocuk üzerindeki otoritesinin ve haklarının, çocuğa yönelik bu görevlerinden kaynaklandığını ileri sürmektedir¹⁷⁰.

XIX'uncu yüzyılın sonlarına gelindiğinde ise, çocuğunun üzerinde sahip olduğu haklardan kaynaklanan çıkarlarını korumak üzere yargısal araçlara başvurmak istenildiğinde, mahkemeler çocuğun kişiliğine bağlı babasınınkinden ayrı menfaatlerinin olabileceğini açıkça kabul etmeye başlamışlardır. Özellikle yaşamı tehdit eden saldırılara maruz kalan çocukların menfaatlerinin, babanın menfaatinden ayrılabilir olarak ele alınmaya başlandığı görülmektedir. Ancak hala bu eğilim, çocuğun temel hak öznesi olarak görülmesinden de kaynaklanmamaktadır. Aksine bu tür muamelelere maruz kalan çocuğun ebeveyninin bu tür davranışlarını ya da düşünce kodlarını miras almasının, bir bütün olarak toplumu tehdit ettiği düşüncesinden hareketle ebeveynin çıkarının toplumun çıkarına nazaran ikincil önemde olduğu düşüncesine dayanıyordu. Devletin aktif olarak ailenin özel alanına müdahale etmesi ve çocuğun aileden alınarak devlete ait kurumlara yerleştirilmesinde asıl amaç, çocuğun gerek ihmal edilmiş gerekse ağır biçimde suiistimal edilmiş olması dikkate alınmaksızın, toplumu şiddete maruz kalan çocukların zararlarından korumak idi. Dolayısıyla çocuk ihmali ile ilgili ilk önlemler, çocuğun kendi hakkına dayanan bir çıkarı olduğunun kabul edilmesinden çok, sosyal düzeni koruma

¹⁶⁹ Bkz. BLACKSTONE, **Commentaries on the Laws of England**, (erişim tarihi: 09.02.2019).

¹⁷⁰ BLACKSTONE, **Commentaries on the Laws of England**, (erişim tarihi: 09.02.2019).

kaygıları ile harekete geçirilmiştir¹⁷¹. Çocuğun menfaatine yönelik bu yaklaşımın değişmeye başlaması için XIX’uncu yüzyılın sonlarını beklemek gerekecektir¹⁷².

1925 yılına gelindiğinde ise kabul edilen bir kanunla mahkemenin hüküm kurarken çocuğun refahını ve esenliğini öncelikle göz önünde bulundurmasını emreden bir ilke hukuk dünyasına girmiştir. Bununla birlikte çocuğa dair sosyal ve yasal alanda görülen tüm bu gelişmelere rağmen çocuğu ilgilendiren haklara ilişkin olarak hemen hemen hiçbir gelişmenin olmadığı öğretilde ifade edilmektedir¹⁷³. Rodham, XVIII’inci yüzyıl İngiltere’inde Common Law çerçevesinde ailenin taşınır mülklerinden ve devletin vesayeti altındaki unsurlardan biri olarak görülen, çok sınırlı yasal haklar tanınan ve hiçbir politik güce sahip olmayan çocuklara hak tanınması anlamında çocuk hakları ifadesinin, içi boş bir terim olmaktan öteye gidemeyeceğini ifade etmektedir¹⁷⁴.

Ancak XIX’uncu yüzyılın sonlarına doğru, yargı makamları nezdinde çocuğun korunmasına dayanan değere yönelik değişim gözlenmeye başlamıştır. 1893 yılında İngiltere’de görülen bir davada¹⁷⁵ yargıçlardan biri “refah” kavramının daha geniş bir anlamda ele alınmasını, çocuğun fiziksel esenliği yanında çocuğun moral refahının da göz önünde bulundurulması gerektiğini, çocuğa yönelik şefkat bağlarının göz ardı edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kararda ifadesini bulan “çocuğun şefkat bağları”na¹⁷⁶ yapılan atıf, başka hiçbir kişinin değil yalnızca çocuğun çıkarını korumayı amaçlamaktadır. Bu kararla birlikte çocuğun çıkarının korunması, diğer kişi ya da kurumların çıkarlarının korunmasının rastlantısal sonucu olduğu algısından kurtarılabilmektedir.

¹⁷¹ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 168.

¹⁷² EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 168.

¹⁷³ CHISHOLM, “Toward a Position on Children’s Rights”, s. 42.

¹⁷⁴ RODHAM, “Children Under the Law”, s. 2.

¹⁷⁵ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 169.

¹⁷⁶ Metinde “child’s affectional ties” ifadesi kullanılmaktadır.

Bu karardan yalnızca birkaç yıl önce 1889 yılında on dört yaşından küçük bir erkek ve on altı yaşından küçük bir kız çocuğunun velayetini, gözetimini yahut yükümlülüğünü üzerinde bulunduran on sekiz yaşından büyük herhangi birinin kasıtlı olarak kötü muamelede bulunması, ihmal etmesi, terk etmesi ve bu fiillerin sonucu olarak çocuğun ezaya ve yaralanmaya maruz kalması yahut sağlığının bozulması bir suç olarak düzenlenmiştir¹⁷⁷. Bu yasal düzenlemenin konusu doğrudan çocuğa karşı işlenen ihmal ve istismar fiillerini yaptırıma bağlamak olmasına rağmen öğretilde, bu yasanın kabulü için dahi, yasanın lafzının açıkça ve yalnızca çocuğu kastetmiş olmasına rağmen, çocuğun çıkarının yasanın tek amacı olmadığı ifade edilmektedir¹⁷⁸. Bu yasanın yürürlüğe konmasında Evangelist Hristiyan mezhebinin, ulusun moral sağlığına vurgu yapan açıklamaları ile laik düşünce sisteminde, 1880'lerin ekonomik gerilemesinin yol açtığı endişelerin daha etkili olduğu ifade edilmektedir.

Çocukların herhangi bir meşru temele dayanmayan acı verici muameleye ve kasıtlı yaralamaya maruz kalmaması yönündeki kabul, çocuğun menfaatinin tek başına korunması gereken bir değer olarak görülmesinin önünü fabrika sisteminin reform edilmesi gerektiğini savunan hümanist gelenek açmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi 1925 yılında yasama, en azından İngiltere için çocuğun refahı konusunun mahkemelerce özel ve en çok ihtimam gösterilmesi gereken konu olacağı ilkesini kabul etmiştir.

¹⁷⁷ Bkz. Prevention of Cruelty to, and Protection of Children Act 1889. Söz konusu yasa, kötü muamele ve ihmal sonucunda çocuğunun sağlığının bozulması ya da gereksiz ezaya maruz kalması durumunda failin yüz poundu aşmayacak bir para cezası ile cezalandırılmasını, bu cezanın ödenmemesine bağlı olarak ya da Mahkemenin takdir yetkisi çerçevesinde doğrudan iki yılı aşmayacak hapis cezasına mahkûm edilmesini hüküm altına almaktadır. Çocuğun bu eylemler sonucunda ölümü hâlinde ise ceza, iki yüz poundu geçemeyecektir.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1889/44/enacted>.

¹⁷⁸ Nigel PARTON, **The Politics of Child Protection: Contemporary Developments and Future Directions**, Palgrave Macmillan, 2014, s. 15.

bb. Fransız Hukukunda Çocuğun Haklarının Tanınması Yönünde Hukuksal Gelişmeler

Fransa’da, Devrimden önce Katolik Kilisesi, yoksul aileler ve terk edilen çocuklar için kurulmuş hayır kurumlarının idaresini elinde bulunduruyordu. Böylece, ailelerin sahip oldukları manevi değerler ve çocuklarını yetiştirme usulleri üzerinde bir sosyal kontrol olanağı elde etmiş oluyordu. Kraliyet de, terk edilmiş çocukları, orduya katılacak nefer adayları olarak görüyordu. Çocuğun korunmasında devlet desteği ve kontrolü iç içe geçmişti¹⁷⁹. XVII’nci yüzyıla gelindiğinde Fransa’da, baba hala yargılama yetkisi ile ilgili bazı yetkileri elinde bulunduruyordu. İsterse çocuklarını bir devlet hapishanesine kapattırabilirdi. Siyasal iktidar babaların bu yönde iktidatlarının artırılmasını destekliyordu. Örneğin 1639’da yayımlanan bir bildiri, babalara kendilerine kötü davranan çocuklarını yargılamadan hapsedirme yetkisini veriyordu. Cezanın süresini ve cinsini tespit eden yine babaydı¹⁸⁰. Bu durum çocuklar karşısında baba ve devlet iktidarının iş birliği içinde olduğu anlamına gelmektedir. Merkezi iktidarı aile içerisinde baba temsil etmekteydi. Bossuet 1679’da yayımladığı bir kitabında kaynağını doğada bulduğu paternal otoriteyi, monarkın otoritesine temel yapıyor, çocukların tek bir baba tarafından yönetilmesini, uyrukların da tek bir egemen tarafından yönetilmesi düşüncesi ile temellendiriyordu. “Egemen” bir kişi olmaktan çıkıp “halk”a dönüştükçe, aile içindeki egemen babaların iktidatları da, kadın ve çocukların “halk”tan sayılmasıyla gittikçe azalacaktı¹⁸¹.

XVIII’inci yüzyılın ortalarında Fransa’da Voltaire, Diderot ve Helvetius gibi düşünürler çocukluğu, kötülüğe ve günaha sürekli bir eğilim değil, bir saflık dönemi

¹⁷⁹ Muriel EGLIN, **Judicial Child Protection in France and England: A Comparative Approach**, 2001, s. 10, <https://www.afmjf.fr/Judicial-child-protection-in.html> (erişim tarihi: 09.02.2019).

¹⁸⁰ BUMİN, **Batıda Devlet ve Çocuk**, s. 47.

¹⁸¹ BUMİN, **Batıda Devlet ve Çocuk**, s. 48.

olarak sunmaya başlamışlardır. XVIII'inci yüzyılda bu düşünsel değişimle birlikte çocuk eğitimine yönelik yaklaşımda da önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Voltaire'e göre, çocuk içinde bulunduğu koşulların etkisiyle suça ya da erdeme yöneliyordu. Rousseau'nun pedagojik düşüncesinin merkezini de ilk günaha karşı çıkmak oluşturunuyordu¹⁸².

Fransa'da da İngiltere'deki gibi Sanayi Devriminin çocukların yaşamı üzerinde önemli etkileri olmuştur. Fransa'da da işgücü piyasasına atılmak için uygun yaşa erişen emek sınıfına mensup ailelerin çocukları, sağlıklarını er-geç olumsuz etkileyecek çalışma yaşamı içinde kendilerini buluyorlardı¹⁸³. 1820'ler boyunca çocukların çalışma saatlerinin kısaltılmasını öngören yasal düzenleme girişimleri görülmüşse de sanayicilerin yoğun muhalefeti sonucu başarılı olamamıştır. Bu tekliflerin öngördüğü çalışma süresi çocuklar için on iki saat idi ki bu bile günümüz normlarıyla değerlendirildiğinde oldukça uzun bir çalışma süresine karşılık gelmektedir. Özellikle tekstil sektöründe diğer sektörlere kıyasla çocukların iş gücüne katılma yaşları ortalama iki-üç yaş daha düşük tutuluyordu¹⁸⁴.

1833'te Eğitim Bakanı Franqois Guizot'nun, zorunlu eğitim yasasının kabul edilmesini sağlamasının ardından, iş gücüne katılma yaşının sekiz olarak sınırlanması, on iki yaşın altındaki çocukların gece çalıştırılmalarının yasaklanması ve işe alımlarda okuryazarlık şartının aranması konusundaki önerisi ise kabul edilmemiştir¹⁸⁵. Ancak çocukların fabrikaların olumsuz şartları altında çalıştırılmalarının sağlıkları üzerinde yol açtığı olumsuz etkiler tıp otoritelerinin raporlarına yansımıştır¹⁸⁶. Bunun bir sonucu olarak 1841 yılında sekiz yaşından küçük çocukların fabrika niteliğindeki çalışma

¹⁸² BUMİN, *Batıda Devlet ve Çocuk*, s. 49.

¹⁸³ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 171.

¹⁸⁴ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 224.

¹⁸⁵ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 224.

¹⁸⁶ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 171.

alanlarında çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Sekiz yaş ile on iki yaş arasındaki çocukların çalışma süresi günlük sekiz saat ile sınırlanmış ve bir dinlenme zamanı verilmesi zorunluluğu getirilmiş, on iki-on altı yaş arasındaki çocukların çalışma süresi ise günlük on iki saat ile sınırlanmış, on üç yaşın altındaki tüm çocuklar için gece çalışması yaptırılamayacağı kuralı getirilmiş, on iki yaşın altındaki tüm çocuklar için eğitim zorunlu kılınmıştır. Ayrıca bu kurallara uymayanlar için para cezaları öngörülmüştür¹⁸⁷. Ancak 1842 yılında Saint-Quentin Belediye Başkanı, Lille, Amiens, Rheims, Mulhouse, Rouen hatta Paris'te hükümetin gözü önünde sanayicilerin çocuk işçiliğine ilişkin kurallara uymadığını rapor etmiştir¹⁸⁸. Diğer yandan çocuklar da işlerini bırakıp okullara gitme konusunda pek istekli değillerdi¹⁸⁹. Ayrıca çocukların çalışma koşullarına ilişkin bu politik tartışmalara rağmen ailelerin de çocuklarına karşı olan yükümlülüklerini yerine getirdiklerini söylemek oldukça zordu¹⁹⁰.

İlköğretimin zorunlu olmasının ardından başlangıçta emekçi sınıfın eğitim kurumlarına rağbeti düşük olmuştur. Müfredat başlangıçta basit okuma yazma ve hesaplama bilgisini içeriyordu. Ancak zamanla fabrikalarda makinalaşma ve buna bağlı olarak profesyonelleşme seviyesi arttıkça eğitilmiş çalışanlara duyulan ihtiyaç artmış; bu da okulların öneminin kavranmasına zemin hazırlamıştır. Bu nedenle şehirlerde kırsal kesimlerle kıyaslandığında okullaşma daha başarılı olmuştur. Ticaret ve üretim işlerinin artık teorik bilgi gerektirmesi, çocukların okullarda geçirdiği sürenin artmasına zemin hazırlamıştır¹⁹¹.

1840'lı yıllara kadar fabrika şartlarının çocukların sağlıkları üzerindeki etkileri konusunda herhangi bir iyileştirme çalışmasına rastlanmazken çocukların sağlığı

¹⁸⁷ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 229.

¹⁸⁸ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 241.

¹⁸⁹ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 246.

¹⁹⁰ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 194.

¹⁹¹ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 203.

üzerinde fabrika şartlarından kaynaklanan bazı olumsuz tıbbi bulgulara rastlanmasının ardından Ticaret Bakanlığı 1851 yılında konu üzerinde bir inceleme yapılmasını valilerden talep etmiştir. Bakanlığa gönderilen raporlardan birinde fabrikalarda yaralanma vakalarında mağdurların yüzde otuz beşinin on beş yaşın altında olduğu rapor edilmiştir¹⁹². Ancak çocukların istihdamında reforma gidilmesini savunanların, otoriteyi elinde bulunduranları fabrika sisteminin çocuklar üzerindeki olumsuz etkileri konusunda ikna etmeleri zaman almış, siyasileri en uygun çözümün devlet müdahalesi olduğuna ikna etmek en zorlu işlerden bir olmuştur¹⁹³. Özellikle İngiltere’de olduğu kadar Fransa’da da Adam Smith’in laissez-faire düşüncesinin etkili olduğu bu dönemde çocuklar lehine devlet tarafından önlem alınması düşüncesinin yerleşmesi zaman almıştır¹⁹⁴.

Özel hukuk alanında da bazı gelişmeler görülmektedir. Velayet hakkının baba ve ana tarafından müştereken kullanılmasını kabul eden ilk kanun, Napolyon zamanında yapılan Code Napolyon’dur. Bu kanun uyarınca, çocuk her yaşta ana ve babasına hürmetle ve ana babasının emirlerine uymakla yükümlüdür. Çocuk rüşt yaşına kadar ebeveyninin otoritesi altındadır ve evliliğin devamı süresince yalnızca baba bu otoriteyi kullanır. Çocuğunun durum ve davranışlarını doğru bulmayan baba, yine bu kanun hükümleri çerçevesinde şayet çocuk on altı yaşından küçük ise bir ayı geçmemek üzere tutuklanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu durumda hakim tutuklama kararı vermeye mecburdur. Bu usul Fransa’da 1935 tarihli bir kanun ile kaldırılmıştır. Kanun değişikliğinden sonra hüküm, baba veya vasinin çocuğun rüşt yaşını geçmeyecek bir süre için adli otoritenin gözetiminde bir ıslah kurumunda ikametini kararlaştırmaları şeklini almıştır. On altı yaşından büyük çocuklar için ise on altı yaşından rüşt yaşına erişinceye ya da vesayetten kurtuluncaya kadar babaya, çocuğunun altı ayı geçmemek üzere

¹⁹² HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 175.

¹⁹³ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 217.

¹⁹⁴ HEYWOOD, *Childhood in Nineteenth-Century France*, s. 220-221.

tutuklanmasını talep etmek yetkisi verilmişti. Hakimler bu talep üzerine tutuklayıp tutuklamama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu uygulama da 1935 tarihli değişiklik ile yürürlükten kaldırılmış, yetki sadece ıslahevine yerleştirilmesine karar verme yetkisi biçimini almıştır¹⁹⁵.

Görüldüğü üzere aydınlanma öncesinde Batılı toplumlarda aile babasının mameleki unsurlarından biri olan çocuk, hakları olan değil, aksine üzerinde hak tesis edilen bir varlık olarak kabul edilmekteydi. Aydınlanmanın beraberinde getirdiği, hümanist ve insanın değerini öne çıkaran düşünsel yaklaşımın da desteğiyle, sanayileşme sonrası toplumsal-ekonomik ilişkilerin çocuğa olumsuz etkisinin giderilmesini amaçlayan, çocuğun korunmasını konu alan hukuki yaklaşım gündeme gelmiştir. Ancak çalışma yaşamının sömürsünden, cehaletten, ihmal ve istismardan, suç eğiliminden çocukların korunmasını amaçlayan yasal düzenlemelerin ya da yargı kararlarının odaklandığı temel amaç hala çocuğun haklarının korunması değil, sanayinin ihtiyaç duyduğu nitelikli iş gücü ihtiyacının güvenceye alınması, toplumsal düzenin ve ailenin işleyişinin korunması gibi kamusal ve üstün bir amaca yönelmektedir. Dolayısıyla çocuğu bağımsız bir özne olarak görmeyen ve çocuğu korumayı amaçlayan hukuki yaklaşımın amacının, çocuğun menfaatlerini ve haklarını korumak olduğunu ifade etmek mümkün değildir.

Takip eden başlıklarda ortaya konacağı üzere çocukların hakları görece yeni ve gelişim hâlindeki bir kavramdır. Avrupa hukuk sistemlerinde hukuk önünde çocuklar babalarının taşınır mallarından biri olarak kabul edilmekte, devlet tarafından koruma atfedilecek bir varlık olarak kabul edilmemektedir¹⁹⁶. Bu durum yetişkin bir erkeğin

¹⁹⁵ Hüseyin SAPMAZLI, **Çocuk Hakları ve Himaye Müesseseleri**, Yeni Cezaevi, Ankara, 1943, s. 18-20.

¹⁹⁶ D. Kelly WEISBERG, “Evolution of the Concept of the Rights of the Child in the Western World”, **Review of the International Commission of Jurists**, No. 21, 1978, ss. 43-51.

bahşedilen hukuken “kişi” kabul edilmenin çocuklar için yaklaşık iki yüzyıllık bir zaman daha aldığını göstermektedir¹⁹⁷.

XIX’uncu yüzyılın reform hareketleri, babanın çocuğu üzerindeki bu sınırları belirsiz haklarının azaltılmasına yol açmış ve bu yüzyılın sonunda devlet, ebeveynin otoritesi ve ekonomik sömürüye karşı çocuğun korunması konusunda daha aktif bir rol üstlenmiştir¹⁹⁸. Bununla birlikte çocuklar halen anayasa ve yasalarla yetişkinlere tanınan temel insan haklarına ehil kabul edilmemekteydiler¹⁹⁹. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde çocuğun devlete karşı ileri sürebileceği haklarının olduğunun kabul edilmesi, -ki bu tanıma içtihat yoluyla olmuştur- Amerikan Haklar Bildirgesinin²⁰⁰ kabul edilmesinden yaklaşık yüz elli yılın geçmesini gerektirmiştir²⁰¹. Diğer ülkelerde de çocuklara bazı haklar tanınması herkese özgü temel haklara ilişkin yasal ve içtihadi kabullerden hayli zaman sonra gündeme gelebilmiştir.

3. Osmanlı Hukukunda Çocuğun Haklarının Tanınması ve Korunmasının Tarihsel Gelişimi

Hukukun geleneksel kaynaklarından soyutlanarak modern hukuk kaynaklarına yönelmesi anlamında Türk hukukunun modernleşmesini Tanzimat ile başlattığımızda çocuğun haklarının tanınması ve korunmasının tarihsel gelişimini Tanzimat öncesi ve sonrası olarak ikiye ayırarak incelemek yanlış olmayacaktır²⁰².

¹⁹⁷ WEISBERG, “Evolution of the Concept of the Rights of the Child in the Western World”, s. 45.

¹⁹⁸ WEISBERG, “Evolution of the Concept of the Rights of the Child in the Western World”, s. 43.

¹⁹⁹ Walter H. Jr. BENNETT, “A Critique of the Emerging Convention on the Rights of the Child”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 20, No. 1, 1987, ss. 1-64, s. 15.

²⁰⁰ Haklar bildirgesi olarak bilinen ilk on değişiklik 15 Aralık 1791’de Amerikan Anayasasının bir parçası oldu.

²⁰¹ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 1923; BENNETT, “A Critique of the Emerging Convention on the Rights of the Child”, s. 16.

²⁰² Bekir ONUR, **Türk Modernleşmesinde Çocuk**, İmge Kitabevi, Ankara, 2009; Cüneyd OKAY, **Osmanlı Çocuk Hayatında Yenileşmeler: 1850–1900**, Kırkambar Yayınları, İstanbul, 1998, s. 26-28.

Osmanlıda çocukluğun tarihini ele alan çalışmalarda genellikle Tanzimat dönemine kadar, sosyo-politik açıdan Osmanlı toplumunda çocuğun ‘farklı’ ve ‘müstakil’ bir konumu olmadığı kabul edilmektedir. XIX’uncu yüzyılın ortalarına kadar, çocuklara dair özel yaşam alanlarının ve giysilerin olmayışı, çocukların “minyatür yetişkinler” olarak algılandığını destekler nitelikte görülmektedir²⁰³. Mevcut bakış açısının bir yansıması olarak çocuğa ilişkin sorunların Tanzimat öncesinde modern anlamda kurumsal bir ilgiden uzak olduğu da ifade edilmektedir. Bu tezi desteklemek üzere korunmaya muhtaç çocukların, daha çok merkezi yönetimin etkisinden görece uzak olan vakıflar bünyesinde²⁰⁴ ya da “besleme” olarak başka ailelerin yanında, iş karşılığında himaye edilmiş olmaları gösterilmektedir. Diğer yandan bu görüş, kurumsal ilgiyi çocuklarla ilgili kabullerle ilişkilendirmek yerine geleneksel devletlerin yapı ve işlevleriyle ilişkilendirmenin daha makul olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁰⁵. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu’nda Tanzimat’tan önceki dönemlerde, o dönemde geçerli olan devlet anlayışı ile uyumlu olarak, yetişkinlerin sorunlarıyla ilgilenen, örneğin kadınları erkeklerin şiddetinden koruyan, gerektiğinde sığınabilecekleri günümüz anlamındaki kurumların da bulunmadığı, devletin kendisini ilgilendirmeyen ilişkileri düzenlemeye ve bu ilişkilere müdahale etmeye istekli olmadığı bilinmektedir. Osmanlıda çocuklar, devletin müdahale etmekten kaçındığı aile içi ilişkilerin bir parçası olarak kabul edilmekte, ancak Devletin, kendisine başvurulduğunda ya da gerekli gördüğünde de ilişkilerine müdahale etmekten kaçınmadığı öznelerdir.

Osmanlı toplumunda tüm toplumlarda olduğu gibi çocukların, farklı ekonomik ve toplumsal sınıflara aidiyetlerinin bir sonucu olarak farklı çocukluklara sahip oldukları göz

²⁰³ Güven Gürkan ÖZTAN, *Türkiye’de Çocukluğun Politik İnşası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 34.

²⁰⁴ Erken Cumhuriyet döneminde, bahsi geçen bu vakıfların işlev açısından çokça eleştirildiği not edilmelidir. Örnek olarak bkz. SAPMAZLI, *Çocuk Hakları ve Himaye Müesseseleri*, s. 183–185.

²⁰⁵ Yahya ARAZ, *Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak*, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 22.

önünde bulundurulmalıdır. Örneğin çocuk evlilikler konusu ele alındığında çocuk yaşta evlendirilen çocukların çoğunluğunun babalarını kaybetmiş yetim çocuklardan oluştuğu görülmektedir. Yine kırsal bir bölgede yaşayan çocuk ile kentte yaşayan ve ilmiye sınıfına mensup bir aileye mensup çocuğun çocukluk pratiği çok farklıdır²⁰⁶. Ekonomik ve sosyal farklılıkların çocukların yaşamı üzerinde belirleyiciliğine ek olarak diğer etkenlere oranla aşılması daha güç olan cinsiyete dayalı ayrılığı da burada anmak gerekmektedir. Pek çok toplumda olduğu gibi Osmanlıda da erkek ve kız çocukların yaşamları, çocukluğun erken dönemlerinden itibaren önemli farklılıklar sergilemektedir.

a. Tanzimat Öncesi

Osmanlı modernleşmesinin çocukların yaşamında ve onlarla ilgili algılarda önemli değişimlere yol açtığı kuşkusuzdur. Tanzimat öncesi Osmanlı toplumunda çocukların yaşamında ve çocuklara dair kabullerde XIX'uncu yüzyıl reformlarına kadar bir devamlılık olduğu kabul edilmekle birlikte çocuklarla ilişkilendirilebilecek bazı konularda XVIII'inci yüzyılın sonlarına kadar geri götürülebilecek bir dizi değişimin varlığı da kabul edilmektedir. Nitekim daha önceleri ailenin özel alanı olarak görülen bebek düşürme ve doğum kontrolü gibi konulara devletin müdahaleci tavrı, XVIII'inci yüzyılın sonlarında belirmeye başlamıştır. Bu yöndeki bir değişim, daha sonraları iyice etkisini hissettirecek nüfus, aile ve çocuklarla ilgili yeni politikaların ilk habercisi olarak değerlendirilmektedir²⁰⁷. İstanbul'dan başlamak üzere ilk mekteplerin 1824 tarihli bir fermanla zorunlu hale getirilmeleri de bu bağlamda değerlendirilmektedir. Devlet

²⁰⁶ Osmanlı toplumunda ilmiye sınıfından olan babaların kızlarının ortalamanın üstünde eğitim gördükleri bilinmektedir. Bkz. İlber ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, Pan Yayıncılık, Beşinci Baskı, İstanbul, 2002, s. 45-46.

²⁰⁶ Nuran YILDIRIM, **İstanbul Darülaceze Müessesesi Tarihi**, Darülaceze Vakfı, İstanbul, 1996, s. 163.

²⁰⁷ Tuba DEMİRCİ – Selçuk Akşin SOMEL, “Women’s Bodies, Demography, and Public Health: Abortion Policy and Perspectives in the Ottoman Empire of the Nineteenth Century”, **Journal of the History of Sexuality**, Vol. 17. No. 3, 2008, ss. 377-420, s. 382.

böylelikle adım adım devletin ve toplumun geleceği olarak görülmeye başlanan çocukların yaşamını düzenlemeye başlayacak ve müdahalelerini sıkılaştıracaktır.

Osmanlı'da toplumun çocuklarla ilgili kabullerinin şekillenmesinde İslam hukukunun önemli etkisi bulunmaktadır. XVII'nci yüzyılda yaşayan Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi'nin fetvalarını inceleyerek dönemin çocuk algısına dair bazı sonuçlara ulaşan Art, fetva konusu olan soruların hemen tümünün yetişkin erkekler tarafından sorulduğunu, soruya konu teşkil eden çocukların durumları hakkında ancak dolaylı olarak bilgi sahibi olunabildiğini ifade etmektedir. Art söz konusu fetvalardan hareketle çocuklar üzerinde baba ve velilerin mutlak bir hakimiyeti olduğu değerlendirmesinde bulunmaktadır²⁰⁸. Osmanlıda İslam hukukunun bir yorumu niteliğindeki kadı sicilleri ve şeyhülislam fetva mecmualarında çocuklara önemli bir yer ayrılmıştır²⁰⁹. Bu nedenle Osmanlı toplumunda çocukların bakımı, yetiştirilmesi, hakları, sorumlulukları, ebeveynler ve toplumla ilişkileri üzerine fetva mecmuaları önemli bir kaynak niteliğindedirler²¹⁰.

İslam hukukundaki hıdane kuralları Osmanlı hukukunda da uygulanmaktaydı. Annelerin fiziksel ve duygusal olarak çocuklara daha yakın oldukları ön kabulünden yola çıkan hukukçular, yaşamların erken dönemde çocukların anneleriyle birlikte olması konusunda ısrarcıydılar. “Eksiksiz sevgileriyle” çocukları kendilerine yetebilecek²¹¹ yaşa

²⁰⁸ Gökçen ART, *Şeyhülislam Fetvalarında Kadın ve Cinsellik*, Çiviyazıları, İstanbul, 1996, s. 72.

²⁰⁹ Bekir ONUR, *Türkiye’de Çocukluğun Tarihi*, İmge Kitabevi, Ankara, 2005, s. 98.

²¹⁰ Halil İnalcık'ın Osmanlıların İslami hukuka en önemli katkılarından bir olarak değerlendirdiği fetva mecmularının gündelik yaşamla ne ölçüde örtüştükleri tarihçiler arasında önemli bir tartışma konusudur. Bkz. Halil İNALCIK, *Osmanlı Topluluğu Klasik Çağ (1300-1600)*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 182; ARAZ, *Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak*, s. 27; Haim GERBER, *Islamic Law and Culture 1600-1840*, Leiden, Brill, 1999, s. 5.

²¹¹ “İstiğna”, çocuğun kendi kendine yetebilmesi, çocuğun başkalarının yardımına gerek duymadan temel ihtiyaçlarını karşılayabilmesi anlamına gelmekteydi. Bu dönemde çocukların bu ihtiyaçlarının kadınlar tarafından daha iyi karşılanacağı kabul ediliyordu. Yeniden evlenme durumunda çocuğun ikinci eşin hanesinde zarar göreceği ya da bakımının ihmale uğrayacağı gerekçesi ile hıdane hakkının kaybedileceği kabul ediliyordu. Ayrıca toplum tarafından onaylanmayan bir yaşam tarzı içinde bulunan kadınlardan da hıdane hakkı alınmaktaydı. Hıdane kurallarının Osmanlıdaki uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ARAZ, *Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak*, s. 53-60.

gelineye kadar büyütmeleri gerekenler öncelikle anneleri olarak görülmekteydi²¹². Osmanlı hukukunda da çocuğa bakma ve çocuk yetiştirme ile ilgili fetvaların çoğu bu görevin kime verileceği ile ilgilidir. Fetva mecmualarındaki sorularda ve bu sorulara verilen cevaplarda hıdane kurumundan “hak” olarak bahsedildiği görülmektedir²¹³.

Osmanlıda çocuk babanın hukuki denetim ve velayeti altındadır. Osmanlı toplumunda çağdaşı diğer kültürel bloklarla kıyaslandığında baba otoritesinin sınırlı olduğu değerlendirilmektedir²¹⁴. Ortaylı, gerek teoride İslam hukukunun gerekleri gerekse Osmanlı toplumunun geleneklerinin babaya Roma hukukunun temel kurumlarından olan patria potestası vermekten çok uzak olduğunu, geleneksel olarak Türk-İslam, Ermeni ve diğer doğu Hristiyan ailesinde babanın erkek evlatlar, eşleri ve torunları üzerinde otoritesinin bulunduğu kabul edilmekle birlikte bu yetkinin hukuki bir yetki olmayıp ailenin ilişkileri, mali işleri ve çevre ile olan sorunların çözümü ve aile bireyleri arasında hakemlikten ibaret geleneksel bir görev olduğunu ifade etmektedir²¹⁵. Osmanlı’da, Roma’da Justinian hukukunda da kabul edildiği gibi, çocuğun babanın otorite ve tasarrufuna bırakılması, her türlü ahlaki, gayriahlaki işte kullanılması ve kazancın babaya ait olması gibi bir uygulama bulunmamakta, ancak fakirlik nedeniyle kırsal ve kentsel bölgelerde çocuğun bağımlılık yaşının düşük olduğu ve eğitimi

²¹² Judith E. TUCKER, “Eksiksiz Sevgi: Osmanlı Suriye’si ve Filistin’de İslam Hukukuna Göre Annelik”, içinde: Madeline C. ZILFI (der.), **Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları**, Çev. Necmiye ALPAY, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 222-241, s. 222.

²¹³ ART, **Şeyhlülislam Fetvalarında Kadın ve Cinsellik**, s.140. Ancak çocuğun anneye ya da hıdane sahibi kişi ile bu birlikteliği geçiciydi. Erkek çocuğun yedi yaşını tamamlaması anne veya annesinin bakımına muhtaç olmadığı anlamına geliyordu. Kız çocuğu da müstehat diye tanımlanan “cinsel arzu uyandıracak” hâle geldiğinde annesinden alınıp babasına teslim ediliyordu. Art, bu durumu çocuğun gündelik gereksinimlerinin sevgi ve eğitim gereksinimlerinden daha önemli sayıldığı, çocuğun toplumsallaştırılmasında annenin değil babanın daha uygun olarak görüldüğü biçiminde yorumlamaktadır. Çocukların anneleri ya da kadın akrabalarında kaldıkları hıdane müddeti boyunca nafaka olarak nitelendirilen bakım masraflarının karşılanması, başta babaları olmak üzere erkek akrabalarının bir sorumluluğu olarak görülmekteydi. ARAZ, **Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak**, s. 53.

²¹⁴ Haim GERBER, “Anthropology and Family History: The Ottoman and Turkish Families”, **Journal of Family History**, Vol. 14, No. 4, 1989, ss. 409-421.

²¹⁵ ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, s. 77.

tamamlamadan hayata atıldığı görülmektedir. Ortaylı, ataerkilliğin derecesinin ise eyaletten eyalete farklılık gösterdiğini belirtmektedir²¹⁶.

Çocuğun babası olmazsa, öncelikle aile büyükleri, onlar da olmazsa amcaları geçimini sağlamakla yükümlüydü. Devlet de çocuğun bakımı yönünde aileye yardım etmekteydi. Çocuklu dul kadınlar, ayrıca ikiz veya üçüz çocuğa sahip aileler maaşa hak kazanırlardı²¹⁷.

Osmanlı toplumunda yüksek ölüm oranları ve sürekli savaş durumunun varlığı çocuklardan bir kısmının erken yaşlarda ebeveyninden birisini ya da her ikisini kaybetmesi sonucunu doğurmaktaydı. Bir çocuğun babasını kaybetmesi ekonomik güvencesini de yitirmesi anlamına geliyordu. Bu durumda çocukların nafakasını karşılama ödevini büyükbaba ve amcaları gibi yakın akrabaları üstlenmekteydi. Ancak bu korumadan da mahrum olan çocuklar, tebenniye (evlatlık) verilir, bu çocuklar küçük yaşlardan itibaren çalışmaya başlar ya da yetimlere yardım amacıyla kurulmuş vakıfların yardımlarına bağımlı hâle gelirlerdi²¹⁸. Tanzimat dönemine kadar devlet denetimindeki kısmen bağımsız sivil toplum kurumu işleyişine sahip vakıf ve imaretler, her türlü kamu hizmeti yanında sosyal hizmet görevlerini de yerine getirmişlerdir. Bu dönemde geçerli devlet anlayışının bir yansıması olarak vakıflar muhtaç çocuklara maddi destek sağlanması görevlerini üstlenmişlerdir²¹⁹.

²¹⁶ ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, s. 78.

²¹⁷ Nitekim 1851’de Sofya civarında Etrepol’de Hristos adlı birinin üçüz çocuğu olduğunda, kendisine para yardımı yapıldığı, Musul’da cami avlusuna bırakılan bir çocuğa maaş bağlandığı, İstanbul’da Silivrikapı’da sokağa bırakılan bir diğer çocuk için maaş tahsis edilerek Hatice isimli bir kadının bakımına verildiğine dair arşivlerde kayıtlara rastlandığı ifade edilmektedir. ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, s. 114-115.

²¹⁸ ARAZ, **Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak**, s. 63.

²¹⁹ Ziya KAZICI, **İslami ve Sosyal Açıdan Vakıflar**, Marifet Yayınları, İstanbul, 1985, s.123; Vehbi ÜNAL, “Osmanlının Son Dönemlerinde Korunmaya Muhtaç Çocuklar İçin Kurulan Sosyal Hizmet Kuruluşları”, **CÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 36, Sayı 2, Aralık 2012, ss.2-27; **Fatih Mehmet II Vakfiyeleri**, Vakıflar Umum Müdürlüğü Neşriyatı, Ankara, 1938, s. 260-328; Kemal Edib KÜRKÇÜOĞLU, **Süleymaniye Vakfiyesi**, Vakıflar Umum Müdürlüğü Neşriyatı, Ankara, 1962, s.152-153.

Tanzimat öncesi geleneksel dönemde, korunmaya muhtaç çocuklara sahip çıkma görevini asıl olarak aile yanına yerleştirme esasına dayalı bir tür koruyucu aile uygulaması olan besleme veya genel ifade şekliyle evlatlık kurumu üstlenmiştir²²⁰. Herhangi bir sebeple ailesinden ayrılmak zorunda kalan çocuğa en başta akraba çevresinde, bunun mümkün olmadığı durumlarda akraba dışında uygun bir ortam sağlamak Osmanlı kadısının temel görevi sayılmıştır. Kadı çocuğu aile yanına yerleştirirken fetvalar yoluyla şekillenen dağınık durumdaki koruyucu aile hukukunu esas alarak korunmaya muhtaç çocukları aileler yanına yerleştirmiştir²²¹. İslam hukukunda muhtaç çocukların haklarını korumaya yönelik uygulamalar hukuki yönden 0-7 yaş ve sonrası olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Çocuklar bu ayırım esas alınarak aileler yanına yerleştiriliyordu. Mümeyyiz yaşına kadar aileler yanına yerleştirilen çocukların masraflarını talep edilirse devlet veya vakıf, talep edilmezse alan aile veya çocuğun ailesi karşılıyordu. Çocuğun bakımının görülmesi karşılığında çocuğun emeğinin kiralanması, muhtaç çocukların maruz kaldığı bir diğer uygulama idi. Mümeyyiz yaşından sonra ise çocuğun emeği nafaka karşılığı kiraya verilerek masrafları karşılanıyor, artan önemli bir miktar ücret ise çocuğa verilmek üzere aile tarafından saklanıyordu. Mümeyyiz döneminden sonra korunmaya muhtaç çocuklar ile yapılan nafaka sözleşmeleri sistemin ikinci aşamasını oluşturuyordu. Bu sözleşmeler sosyal bilimciler tarafından yaygın tanımlandığı biçimiyle çocukların satılması, daha yumuşak bir değerlendirme ile boğaz tokluğuna bir hizmet sözleşmesi veya çocukların emeklerinin sömürülmesi olarak değerlendirilmiştir²²². İslam hukuku ise söz konusu sözleşmeyi nafaka elde etmek üzere

²²⁰ Abdullah BAY, “Osmanlı Toplumunda Evlatlıklar ve Hukukî Durumları”, **Turkish Studies**, Vol. 9, No. 4, 2014, ss. 149-163, s. 152.

²²¹ Ahmet Şamil GÜRER – Abdullah BAY, **Osmanlı Toplumunda Beslemelik Kurumu**, Birleşik Dağıtım Kitabevi, Ankara, 2013, s. 51-65; Nesimi YAZICI, “Osmanlılarda Yetimlerin Korunması Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt XLVIII, Sayı 1, 2007, ss. 1-46.

²²² Nesrin KOŞAR, “Türkiye’de Koruyucu Aile ve Evlat Edinme Sistemlerinin Dünü, Bugünü, Yarını”, içinde: **Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı** (Prof. Dr. Mualla Öztürk Anısına XX. Sempozyum Sunumları 15-16 Şubat 2007), (Yay. Yön. Neşe EROL), Ankara, 2008, ss. 7-15; Ülker

emeğin kiralanması sayıyordu. Tebenni kurumunun etkin olarak uygulandığı dönemde çocuklara yönelik geçerli sosyal yardım düşüncesi çalışma esasına dayalı, çocuğa sorumluluk yükleyen uygulamalara dayanıyordu. Aynı zamanda İslam hukuku mümeyyiz çağından sonra çocuğun ücretsiz çalıştırılmasını muhtaç ve yetim çocukların emeklerinin sömürülmesi olarak görüyordu²²³. Fakat özellikle Hanefi hukukçular ergenliğe erişmemiş muhtaç çocuğun şahsına ve malına ait işlerde kendisini eğitecek kimse yanına yerleştirmenin ya da bir zanaatı ve ticareti öğrenmek üzere işe vermenin çocuğun iyi yetişmesi ve bir sanat edinmesi yoluna koyulması sayılacağından uygun olacağını ifade etmişler ve aynı zamanda çocuğun hakkı olarak görmüşlerdir. Çalışması ve böylece meslek öğrenmesi çocuğun hayata hazırlanması amacına hizmet ettiğinden velinin çalışmaya izin vermemesi durumunda dahi çocuğun talebi üzerine kadı çalışma izni verebiliyordu²²⁴.

Tebenniye verilen çocukların istismara karşı savunmasız olmaları özellikle aileleri ile bağları tamamen kopan kız çocuklarının istismara uğramalarına zemin hazırlıyordu. Özellikle İstanbul’da yaşamayıp çocuklarını tebenniye veren aileler, onların karşılaşılabilecekleri sorunlara müdahale etmek ya da bu sorunlardan haberdar olma konusunda daha az imkana sahiptiler²²⁵.

GÜRKAN, “Evlat Edinme ve Beslemelerin Hukukî Durumu”, içinde: Adnan GÜRİZ – Peter BENEDICT (ed.), **Türk Hukuku ve Toplum Üzerine İncelemeler**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.202; Ferhunde ÖZBAY, **Türkiye’de Evlatlık Kurumu: Köle mi, Evlat mı?**, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul, 1999, s. 17-29; Mustafa OLPAK, “Kronik: Osmanlı İmparatorluğu’nda Köle, Türkiye Cumhuriyeti’nde Evlatlık: Afro-Türkler”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 68, Sayı 1, 2013, ss. 123-141, s. 124.

²²³ BAY, “Osmanlı Toplumunda Evlatlıklar ve Hukukî Durumları”, s. 153.

²²⁴ Saffet KÖSE, “İslam Hukukunda Çocuğun Çalışması, Gelirinin Korunması ve İstismarını Önleyici Tedbirler”, **Çocuk Sorunları ve İslam Sempozyumu** (30 Eylül-2 Ekim 2005, Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Rize), İstanbul, 2010, s.122-125; Ebubekir SOFUOĞLU, “Osmanlı Devletinde Yetimler için Alınan Bazı Sosyal Tedbirler”, içinde: Emine GÜRİSOY NASKALİ – Aylin KOÇ (ed.), **Savaş Çocukları-Öksüzler ve Yetimler**, İstanbul, 2003, ss. 49- 58.

²²⁵ ARAZ, **Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak**, s. 173.

Evlatlık verilen çocuklar yalnızca aileleri tarafından başka ailelere verilen çocuklardan oluşmuyordu. Sokağa, cami ve kilise kapısına bırakılmış bebekler de tebenni olgusunu besliyordu. Sokaklara ya da bir ibadethanenin kapısına terkedilen çocuklar, Batıda olduğu gibi çocuğun yaşamını olumsuz yönde etkileyen durumlardan biri idi. XV'inci yüzyılda Floransa'da doğan her on ya da yirmi çocuktan biri terkedilmekteydi. Ancak bu oran dahi Heywood'un ifadesiyle “modern dönemdeki örneklerin yanında sönük kalmaktaydı”²²⁶. Osmanlıda ise bakımevlerinin ortaya çıkmaya başladığı XIX'uncu yüzyılın ikinci yarısına dek terkedilmiş çocukların bakımı onları bulan kişiler ya da aileler tarafından yapılmaktaydı²²⁷. “Buluntu” (lakit) bir çocuğun nesebinin sabit olması için kişinin, ister bulan tarafından olsun ister başkası, o çocuğun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etmesi yeterli görülüyordu. İslam hukuku açısından buluntu çocuğun muhafazası hususunda öncelik hakkı bulan kimseye aitti. Çünkü o kimse, bu çocuğun yaşamasına vesile olmuştu; hukuken geçerli bir mazeret olmaksızın mahkeme dahil kimse cebren o çocuğu bulan kimseden alma hakkına sahip değildi. Buluntu konumundaki çocukların velayetleri “velisi olmayanın velisi kadı olduğundan dolayı” kadıya aitti. Bu nedenle buluntu çocuk konusunda ne bulan ne de bir başkası velayet sahibi kabul ediliyordu. Bununla birlikte buluntu çocuğun canını korumak, şayet malı var ise onu muhafaza etmek hususunda bulan kimse koruma ve belli oranlarda da tasarrufta bulunma velayetine sahipti. Şayet buluntu çocuğun üzerinden mal çıkmaz, kendisine

²²⁶ Paris'te XIX'uncu yüzyılın ilk çeyreğine kadar doğan her beş çocuktan biri terkediliyordu. Bu oran bazı Avrupa kentlerinde yüzde kırklara ulaşüyordu. Osmanlı'nın son dönemlerinde çocukların terk edilmesinde, Batı Dünyasındaki duruma benzer biçimde, gayrimeşrulukla birlikte sosyal ve ekonomik faktörler üzerinde durulmuştur. Batıda terkedilmiş çocukların bakımı, onlar için oluşturulan bakımevleri tarafından sağlanıyordu. Katolik güney ülkelerinde ortaçağın sonlarına kadar geri götürülebilen bu kurumlar, erken modern dönemde Protestan Kuzey ülkelerine de yayılmıştı. Ancak bu kurumların koşulları hiç açıcı değildi. Bu kurumlara alınan çocukların büyük çoğunluğu ölmekteydi. Colin HEYWOOD, **Baba Bana Top At! Batı'da Çocukluğun Tarihi**, Çev. Esin HOŞSUCU, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 93

²²⁷ Saffet KÖSE, “Lakit,” İslam Ansiklopedisi Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2003, s. 68; BAY, “Osmanlı Toplumunda Evlatlıklar ve Hukukî Durumları”, s.153.

infakta bulunacak kimse de olmazsa, bu durumda çocuğun masrafları devlet bütçesinden karşılanırdı²²⁸.

Tanzimat öncesinde çocuğun eğitimi aile içinde anneye ve büyükanneye aittir²²⁹. Eğitim Osmanlı toplumunda her din mensubunun önem verdiği bir kurumdu. Tanzimat’a kadar her dini zümre çocuklarının ilk eğitimini kendi örgütleyip kurardı. Tüm geleneksel toplumlarda olduğu gibi ilk eğitim dini nitelikli bir eğitimdi²³⁰. Yine bütün geleneksel toplumlarda olduğu çocuğa toplumsal kültüre uyumunu sağlayacak iki davranışın, itaat ve toplumca olumlanan davranışların (edeb) öğretilmesine özel önem verilmekteydi. Her dini topluluk bu eğitimi de kendisi sağlamaktaydı²³¹. Tanzimat’tan önce çocukların eğitimi ve yetiştirilmeleri devletin ilgilendiği ve politika geliştirdiği bir mesele değildi. Ancak Araz’a göre bu durum, çocukların iyi yetiştirilmesinin çocuklar, aileleri ve toplum için ne kadar önemli olduğunun bilinmediği anlamına gelmemekteydi. Osmanlı ülkesinde bir ilde yer alan mektepler sayı olarak hiç de azımsanmayacak rakamlara erişmekteydi²³². Ancak bu mektepler yaygın olmakla birlikte zorunlu değildi. Mekteplerin kurulması ve varlıklarını devam ettirmeleri, bu amaçla kurulmuş bir vakfın desteğine bağlı idi. Vakıflar kurucularının vasiyeti ve maddi imkanları ölçüsünde mektebe başlayan çocuklara çeşitli imkanlar sağlamaktaydı²³³. Çocuklar mekteplerde temel dini bilgileri ve dinle ilişkilendirilen davranış kalıplarını öğreniyorlardı.²³⁴

²²⁸ Şevket TOPAL, “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukûkunda Velâyet ve Vesâyet Yetkisi”, **Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi**, Cilt 6, Sayı 2, 2006, ss.249-273. s. 269.

²²⁹ ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, s. 83.

²³⁰ ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, s. 95.

²³¹ ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, s. 95.

²³² Farklı illerdeki mektep sayıları için bkz: ARAZ, **Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak**, s. 108.

²³³ Osman Nuri ERGİN, **Türkiye Maarif Tarihi**, Eser Kültür Yayınları, 1977, Cilt 1-2, s. 87-88.

²³⁴ ARAZ, **Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak**, s. 124.

b. Tanzimat Sonrası

Tanzimat süreci ile hem kurumsal anlamda hem de sosyal yaşamın kendi dinamikleri içinde bir dizi yenilik gündeme gelmiştir. Söz konusu yeniliklerin ve değişimin yönü Batılılaşma ekseninde olmakla birlikte, kurumsal yapıdaki ve toplumsal hayattaki izdüşümleri çeşitli çelişkileri içinde barındırmıştır. Bu çelişkilerin en çok hissedildiği alanlardan biri, kadın ve çocuk yaşamı olmuştur²³⁵. Avrupa'daki toplumsal dönüşümleri geçirmemiş olan Osmanlı toplumunda babanın çocuk üzerindeki mutlak egemenliğinin kesintiye uğramadığı, özellikle “bireyciliğin” Avrupa'daki gibi etkili olamadığı toplumsal ilişkilerde, çocuğun akrabalar ve komşulardan oluşan cemaat içerisinde büyümeye devam ettiği değerlendirilmektedir²³⁶.

Tanzimat'ın ilanından sonra, çocukluk özelinde Batılılaşma çabalarının en bariz gözlemlendiği alan eğitimidir. II'nci Mahmut'un talim-i sıbyan hakkındaki fermanı bir kenara bırakılırsa, çocuk eğitimi alanındaki ilk kapsamlı yenilik, 1845 tarihli Sultan Abdülmecid'in sıbyan okulları ile ilgili Hatt-ı Hümayun'udur. 1869'a gelindiğinde Fransız sistemi incelenerek oluşturulan sınıflandırma sistemini temel alan Maarif-i Umumiye Nizamnamesi ile birlikte, ilköğretimin kızlar ve erkekler için zorunlu olması öngörülmüştür. ‘İptidai’ denilen yeni okullar, Batılı normlara uygun eğitim verilmesi için formüle edilirken, sıbyan mektepleri de varlığını sürdürmüştür. XIX'uncu ve XX'nci yüzyılın modernleşme yolundaki devleti, eğitimi düzenlemeyi modern yurttaşı yaratmak ve tebaayı denetleyip sevk etmek için gerekli görmüştür. Batıdaki eğitim tarihi ile benzer şekilde kurumsallaşmış eğitimin yaygınlaşmasıyla, çocuklar üzerindeki disiplin ve şiddet uygulamaları da artmıştır.²³⁷ 19'uncu yüzyılda laik eğitim gelişip kurulan yüksekokullara

²³⁵ ONUR, *Türkiye’de Çocukluğun Tarihi*, s. 96-98.

²³⁶ ONUR, *Türkiye’de Çocukluğun Tarihi*, s. 439-526.

²³⁷ ORTAYLI, *Osmanlı Toplumunda Aile*, s. 85.

konan geniş burs sistemi sonucu, Galatasaray, Darüşşafaka gibi kurumların ortaya çıkmış olması gençlere eğitim imkanı sunmaktaydı²³⁸.

Tanzimat uygulamalarının çocuklara ilişkin getirdiği bir diğer yenilik ise, korunmaya muhtaç çocukların himayesine dairdir. Osmanlıda, İstanbul'da 1896'da hizmete giren Darülaceze Kurumu, güçsüzler, hastalar, sakatlar, dul kadınlar yanında terk edilmiş bebekleri ve kimsesiz çocukları da barındırma, besleme, eğitme amacını gütmektedir²³⁹.

Batıda olduğu gibi Osmanlıda da çocuk koruma refleksinin kurumsal çatısını, XVIII'inci yüzyıla kadar, dini motifli kurumlar oluşturmuştur²⁴⁰. Bu durum her iki medeniyetin mensup oldukları dinin korunmaya muhtaç olanlara gerekli yardımların yapılması yönündeki açık emirlerinin yerine getirilmesinin bir sonucu olduğu gibi, insani ve ahlaki kaygıların da rol oynadığı kamusal sorumluluğu gerektiren bir refleks niteliği taşımaktaydı. Batı'da manastırlar başta olmak üzere mezhep yardımlaşma kurumları ve gönüllü sosyal örgütlenmelerin üstlendiği korunmaya muhtaç çocukların sahiplenilmesi misyonu, Osmanlıda vakıf, imaret gibi çoğu kere sivil nitelikli oluşumlar ve özellikle mahalle temelinde şekillenen sosyal yardımlaşma modelleriyle yerine getirilmekteydi²⁴¹. Gerek Osmanlıda, gerek Batı'da XIX'uncu yüzyıldan itibaren geleneksel kurumların bu alanlardaki işlevlerini yerine getirememeleri, liberalizmin olumsuz sonuçlarının merkezi devlet tarafından tolere edilme çabası ve modern devlete gidiş sürecinde meşruiyetin yeniden kurgulanması kaygıları merkezi yönetimlerin doğrudan sosyal alana müdahale

²³⁸ ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, s. 87.

²³⁹ YILDIRIM, **İstanbul Darülaceze Müessesesi Tarihi**, s. 163.

²⁴⁰ Bekir KOÇ, "Osmanlı İslahhanelerinin İşlevlerine İlişkin Bazı Görüşler", **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 6, Sayı 2, 2007, ss. 36-50, s. 37.

²⁴¹ Amy SINGER, **Osmanlı'da Hayırseverlik Kudüs'te Bir Haseki Sultan İmareti**, Çev. Dilek Şendil, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2004; Nadir ÖZBEK, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Sosyal Devlet, Siyaset, İktidar ve Meşruiyet 1876-1914**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 25.

etmelerine yol açmıştır²⁴². Osmanlı toplumunda çocukların -özellikle kimsesizlerin- korunması ve yetiştirilmesi kamu vicdanının ortak sorumluluğuna, dolayısıyla ülkenin yöneticisine ve onun taşrada adaletle ilgili görevleri üstlenen kadırlara ödev olarak verilmişti. Kadılar bu ödevi, hayırsever kişiler ve dini motifli organizasyonlar aracılığıyla yerine getirirlerdi²⁴³. Ancak XIX'uncu yüzyılda yaşanan gelişmeler hayırsever yardımların ve klasik sosyal organizasyonların mevcut çabalarından daha fazlasını gerektirecek sonuçlara yol açmıştır. Nitekim kaybedilen savaşlarda yaşamını yitirenlerin yetim çocuklarının korunması meselesi yine Balkanlarda ve Kafkaslarda terkedilen bölgelerden İstanbul'a yaşanan göç olgusu nedeniyle pek çok çocuğun korumasız kalması olgusu çocukların korunması amacıyla kamusal kurumların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Osmanlı İmparatorluğunda yetimlerin korunması çalışmalarının 1877-78 Osmanlı-Rus Savaşını izleyen yıllarda kurumsallaşmayı getirdiği ifade edilmektedir²⁴⁴. Böylece bu çocukların bütün dünyada olduğu gibi özellikle savaşların ürünü olduğu da ortaya çıkmaktadır. Başlangıçta çok sistematik ve kurumsal bir yapı çerçevesinde olmasa da Osmanlı Devleti, terkedilmiş ve kimsesiz çocuklar sorununu XIX'uncu yüzyılın başlarından itibaren gündemine almış ve bu soruna bir çözüm bulmak amacıyla çeşitli girişimlerde bulunmuştur. Bu girişimler XIX'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren kurumsal, sistematik ve yaygın bir uygulamaya dönüşmüştür.

Islahhanelerin ilk ve en önemli işlevleri, ülkenin gittikçe kötüleşen sosyo-ekonomik durumunun ve özellikle Osmanlı topraklarına yapılan göçlerin mağdur ettiği 5-13 yaşları arasındaki fakir ve kimsesiz çocukların sokaklardan alınarak, devletin kontrolünde ve sağlıklı bir ortamda büyütölmelerinin sağlanmasıydı²⁴⁵. Çocuğı himaye işinin “modern

²⁴² Nadir ÖZBEK, “Osmanlı'dan Günümüze Türkiye'de Sosyal Devlet”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 92, Bahar 2002, ss. 7-33, s. 11-12.

²⁴³ KOÇ, “Osmanlı Islahhanelerinin İşlevlerine İlişkin Bazı Görüşler”, s. 40.

²⁴⁴ KOÇ, “Osmanlı Islahhanelerinin İşlevlerine İlişkin Bazı Görüşler”, s. 41.

²⁴⁵ KOÇ, “Osmanlı Islahhanelerinin İşlevlerine İlişkin Bazı Görüşler”, s. 48.

devletin bir gereği” olarak güvence altına alınma teşebbüsü çerçevesinde 1851 tarihli Eytam Nizamnamesi ile oluşturulan Emval-i Eytam Nezareti, çocukların haklarının muhafazası için adım atmış ve ayrıca yetim kalan çocukların Eytam İdaresine bildirilmesini şart koşmuştu²⁴⁶. Çocuk sağlığı ve bakımına yönelik girişimlerin en önde gelen örneği ise modern bir çocuk hastanesinin temellerinin atılmasıdır. Modern bir kurum olan Hamidiye Etfâl Hastanesi, çocuk sağlığının artık “kamusal bir mesele” hâline gelmeye başladığının kanıtı olarak görülmektedir. Yine çocukları salgın hastalıklardan korumak maksadı ile aşı uygulamasının yaygınlaştırılması da bu çerçevede değerlendirilebilir. Hamidiye Etfal Hastanesi’nden sonra, II’nci Abdülhamid’in çocuklar için kurdurduğu diğer bir hayır kurumu olan Darülhayr-ı Âlî, 1903’te faaliyete geçmiştir. Padişahın bizzat öğrenci alımı işi ile ilgilendiği ve Hazine-i Hassa’dan mali yardım aktardığı Darülhayr-ı Âlî, 1909 yılına kadar yetim çocuklar için bir barınma ve eğitim merkezi olarak fonksiyon üstlenmiştir²⁴⁷.

Osmanlı modernleşmesinin etkilediği bir diğer alan hiç şüphesiz eğitim idi. Ortaylı Osmanlı modernleşmesinin ilginç yanının muhtevadan çok şeklin değişmesi olduğunu ifade ettikten sonra Tanzimat Döneminde yüksekokulların kurulmuş olmasının ilk mekteplerin de modern eğitim kurumlarına dönüştürülmesini beraberinde getirmediğini, klasik sıbyan mektebinin çağdaş eğitime geçmesinin daha ağır olduğunu belirtmektedir²⁴⁸. Osmanlı eğitim kurumlarının XIX’uncu yüzyıl batılı eğitim anlayışı gibi rekabetçi bir anlayışa dayanmadığını ifade eden Ortaylı, bu nedenle Osmanlı ülkesi çocuklarının çağdaşları batılı ülkelerde yaşayan çocuklar gibi kurumsal eğitime ayak uyduramayıp bunun sonucu olarak daha çok sokağa ve buhrana düştüğü bir ülke olmadığı

²⁴⁶ Emine AKYÜZ, **Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 2000.

²⁴⁷ ÖZBEK, “Osmanlı’dan Günümüze Türkiye’de Sosyal Devlet”, s. 18-19. ÖZTAN, **Türkiye’de Çocukluğun Politik İnşası**, s. 45.

²⁴⁸ ORTAYLI, **Osmanlı Toplumunda Aile**, s. 87.

tespitinde bulunmaktadır. Ortaylı hiç değilse bu çocukların kendi geleneksel fakir hayatının kalıpları içinde idame-i hayat ettiğini ifade etmektedir. Kuşkusuz bunda Osmanlı modernleşmesinin toplumsal dinamiklerinin değişen ekonomik ve sosyal ilişkiler olmayıp modern ve batıya özgü kurumların modellenmesinin etkisi hatırlanmalıdır.

Eğitim Tanzimat Döneminde tıpkı batı toplumundaki prototip birey yaratmanın aracı olarak görülmüş, idadi ve rüşdiyye tek örnek bir Osmanlı olmanın eğitiminin verildiği kurumlar olarak düşünülmüştür. 1869 yılında çıkarılan Maarifi Umumiye Nizamnamesi başlangıçta ilk tahsil yapan tebaanın kendi dilde ve dininin eğitimini almasını uygun görmüşse de zamanla İmparatorluğun tebaasının genel vasıflarının Türklüğe göre çizilmesi²⁴⁹ eğitimin, siyasi elitlerin toplumu şekillendirme araçlarından biri olduğunu ispatlar niteliktedir.

Bu dönemde çalışma hayatı ve iş ilişkileri üzerine yapılan bazı çalışmalar çocukların farklı iş alanlarında istihdam edildiklerini göstermiştir. Aynı dönemde Avrupa’da da yaygın olduğu üzere Osmanlı madencilik sektöründe çocuklar kömür işletmelerinde çalıştırılmışlardır. 1867’de yapılan bir düzenleme ile on üç yaş altındaki çocukların yerin altında çalışmalarına yasak getirilmiş, 1911’de yaş sınırı on altıya çıkarılmıştır. Burada on altı yaşını ikmal etmiş erkeklerin yetişkin sayıldığına dikkat çekmek gerekmektedir. Osmanlıda tekstil üretiminde de kadın ve çocuk emeğinin kullanılması yaygındı. Tarım işlerinde de kendi yaşlarına uygun pek çok işe yavaş yavaş katılmaktaydılar. Batılı toplumlarla kıyaslandığında Osmanlıda çocukların çıraklığa daha erken başladıkları görülmektedir. Osmanlıda yoksul, yetim ve kimsesiz çocuk olmanın doğurduğu zorunluluklar çıraklık döneminin daha erken yaşlarda başlamasına neden olmaktaydı²⁵⁰. Ustalarından mesleğin inceliklerini öğrenen çıraklar, onların çeşitli

²⁴⁹ ORTAYLI, *Osmanlı Toplumunda Aile*, s. 95.

²⁵⁰ ARAZ, *Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak*, s. 146.

hizmetlerini ve ayak işlerini görebiliyordu. Usta haylazlık edip kendisine itaat etmeyen çırağını belli sınırlar çerçevesinde dövebilirdi. Konuyla ilgili bir fetvaya, bir ustanın dövdüğü çırağının gözünün kör olmasına neden olduğu gerekçesi ile çocuğun ailesinin ustadan “göz diyeti” talebi yansımıştır. Ancak çırakların kendilerine yapılan bir haksızlığı itibar sahibi, tanınan bir ustaya karşı ispatlaması kolay değildi²⁵¹. Çırakların önemli bir kısma çıraklık süresince herhangi bir ücret almıyordu. Ancak yerel uygulama ya da adetler çerçevesinde ücreti ödenen örnekler de vardı.

Görüldüğü üzere Osmanlı toplumunda, geleneksel toplum yapısının ve bunun uzantısı olarak geleneksel hukukun egemen olduğu aydınlanma öncesi toplumlar bakımından geçerli olan, çocukların farklı ekonomik ve toplumsal sınıflara aidiyetlerinin bir sonucu olarak farklı çocukluklara sahip oldukları gerçeği, çocukluğu belirleyen temel unsurdur. Nitekim tıpkı Batı toplumlarında olduğu gibi Osmanlı toplumunda da üst ve orta sınıfa mensup çocuklar ile alt sınıfa ait bir çocuğun hakları, analı-babalı bir çocuk ile ana babasından yoksun kalmış bir çocuğun çocukluğu ve elbette kız çocukları ile erkek çocukların çocukluğu derin bir biçimde birbirinden ayrılmıştır. Bu noktada aydınlanma düşüncesinin en azından kuramsal düzlemde insanlığa bahşettiği eşitlik ilkesi ile her insanın insan olmaktan kaynaklanan “evrensel, mutlak, vazgeçilmez, haklara” “doğuştan” sahip oldukları yaklaşımı, çocukların hakları bakımından da önemli bir dönemece işaret etmektedir.

II. ÇOCUK HAKLARININ HUKUKÇA TANINMASI

Çocuk haklarının pozitif hukuka girişinde hem birbirini izleyen, hem de birbirini etkileyen, ulusal ve ulusüstü düzeyde tanınma olarak iki düzeyden söz edilebilir. Bu nedenle çocuk haklarının pozitif hukukta tanınma süreci, ilk olarak ulusal ve ulusüstü olmak üzere iki farklı düzeyde ele alınacaktır. Ulusal düzeyde ise yasal ve anayasal olmak

²⁵¹ ARAZ, *Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak*, s. 150-151.

üzere iki tanıma aşaması birbirini izlemiştir. Diğer yandan yasal ve anayasal tanımanın henüz gerçekleşmediği ülkelerde hukukun yaratıcısı rolüyle, yasal ve anayasal tanımanın önceden gerçekleştiği ülkelerde ise bu iki tanıma aracının tamamlayıcısı olarak yargısal (içtihadi) tanıma, çocuk haklarının pozitif hukuka girmesinde önemli bir rol üstlenmiştir.

Çocuk haklarının pozitif hukuk tarafından tanınması, çocuğun korunmasını konu alan çocuk haklarının tanınmasıyla başlayan ve özerkliğinin kabul edilmesi anlamına gelen hakların tanınmasına doğru gelişen bir seyir izlemiştir.

Bu temel eğilim hem modernleşmenin etkilerinin ilk görüldüğü hukuk çevrelerinde, hem de bir süre daha geleneksel toplum ve üretim modelini sürdüren ve buna bağlı olarak aydınlanmanın ortaya çıkardığı yeni hukuk anlayışının benimsenmesinin geriden geldiği ülkeler bakımından temelde aynı görünüme sahiptir. Gerek tarıma dayalı geleneksel üretim modelinin terkedilmesi ile ortaya çıkan sanayileşme ve kentleşmenin ortaya çıkardığı toplumsal yapı, gerek modern devletlerin kurulması aşamasında insanlığın tecrübe ettiği savaşlar, çocukları benzer problemlerle karşı karşıya bırakmış ve bu şartlar çocukların korunmasını konu alan hukuki yaklaşımı ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla hem sanayileşme ve kentleşmenin erken yaşandığı hem de gecikmeli olarak gündeme geldiği ülkelerde ve de sömürgecilik geleneğinin geleneksel toplumlarda hukuku bir dönüştürme aracı olarak kullanmasının bir sonucu, tüm dünyada eş zamanlı olarak çocuğun korunmasının devletin sorumluluğunda bir kamusal eylem olarak kabul edilmesidir. Bu nedenle bu başlık çerçevesinde çocuğun korunmasından özerkliğinin tanınmasına evrilen eğilim ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu yapılırken farklı ülkelerden örnekleme evreni oluşturulması yerine çocuğun korunmasından özerkliğinin tanınmasına, özgürleştirilmesinden özgürlük tanınmasına²⁵² çocuğun maddi ve manevi olarak

²⁵² MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 441-452.

doyurulmasından, kendi kararlarını alma hakkının tanınmasına²⁵³ evrilen ve birbirini izleyen iki temel yaklaşım üzerinden genel olarak ülke pratikleri incelenecektir.

Bu başlık çerçevesinde ayrıca çocuğun özerkliğini temel alan hakların pek çok ülke bakımından ilk kez ve en kapsamlı olarak uluslararası hukuk düzleminde Çocuk Hakları Sözleşmesi aracılığıyla tanınmasının bir sonucu olarak²⁵⁴, uluslararası hukukun ulusal hukuk üzerinde sahip olduğu etki de incelenecektir.

A. Çocuk Haklarına Hukukun Yaklaşımı

Geleneksel hukukun yalnızca yetişkinleri hak sahibi kabul eden yaklaşımının terkedilmesi, çocukların ebeveynlerinin mamelekine dâhil mahcur varlıklar konumundan kurtularak hakların öznesi kabul edilmelerinin önünü açmıştır. Bir önceki başlık altında ortaya konulduğu üzere, çocuğun başlı başına bir hak öznesi olarak tanınması son birkaç yüzyıl süresince aşama aşama gerçekleşmiştir.

Üretimin ve iş gücünün korunması, cehaletin önlenmesi, sanayinin ihtiyaç duyduğu nitelikli işçi ihtiyacının karşılanması, toplumsal düzenin korunması gibi amaçlardan öte çocuğun menfaatlerinin korunmasının hukukun amaçlarından biri olarak kabul edilmesi, çocuğun da haklarının olduğunun kabul edilmesini gündeme getirmiştir.

Ancak çocuğun korunmasını temel alan yaklaşım, çocuğun özerk bir özne olarak kabulü anlamına gelmemektedir. Bir hukuk düzeninde çocuk haklarının tanınmış olduğunun kabul edilebilmesi için çocuğun özerk bir özne olarak kabul edildiğini gösteren hakların tanınması gerekmektedir. Diğer yandan bu iki yaklaşım birbirinden bağımsız değildir. Çocuk hakları, korumayı konu alan hakların tanınması ile gündeme gelmiş, çocuğun özerkliğinin giderek artan ölçülerde tanınması ile genişleyen bir listeye

²⁵³ Carl M. ROGERS – Lawrence S. WRIGHTSMAN, “Attitudes Toward Children’s Rights: Nurturance or Self- Determination?” **Journal of Social Issues**, Vol. 34, No. 2, 1978, ss. 59-68.

²⁵⁴ ARCHARD, **Children, Rights and Childhood**, s. 58.

sahip olmuştur. Bu çerçevede çalışmanın devamında öncelikle korumayı ve özerkliği temel alan yaklaşımların kısaca incelenmesi gerekli görülmüştür.

1. Çocuğun Korunmasını Temel Alan Yaklaşım

Çocuğun korunma ihtiyacını temel alan çocuk hakları yaklaşımı, çocuğun toplum içindeki statüsünün “korunmayı gerektiren” bir statü olduğunu kabul etmektedir. Çocuk haklarında temel eğilimlerden ilki olan “korumacı” (paternalist) yaklaşım, XIX’uncu yüzyılda ortaya çıkan çocuk koruma hareketinin düşünce temellerini esas almıştır.

XIX’uncu yüzyılın ikinci yarısında, yukarıda etraflıca tasvir edilmeye çalışılan çocuk işçiliği tablosu karşısında çocuk emeğinin azaltılmasını ve sömürünün yumuşatılmasını amaçlayan reformlar yanında, suç işleyen çocuğa özgü yargılama ve ıslah sistemlerine ilişkin düzenlemeler sanayi devriminin biçimlendirdiği hukuk sistemlerine girmiştir²⁵⁵.

Kapitalist üretim biçiminin olumsuz etkileri karşısında çalışan sınıfların hak mücadeleleri neticesinde gündeme gelen çalışanların ve görece güçsüzlerin haklarının korunmasını konu alan sosyal ve ekonomik hakların koruduğu kesimlerden biri de çocuklar olmuştur²⁵⁶.

Ayrıca ilişki içinde oldukları yetişkinlerden kaynaklanan zararlardan kendilerini korumada güçsüz ve bu zararlar karşısında bir yetişkin ile kıyaslandığında daha kırılgan ve incinebilir doğaları nedeniyle ihmal ve istismara açık olan çocukların, özel ilişkileri çerçevesinde de devlet tarafından korunmaları gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır. Çocuğu korumayı amaçlayan ilk yasalar temelde çocuğa yönelik kötü muamele ve istismar ile çocuğun ihtiyaçlarını karşılama hususunda anne babanın yetersizlikleri nedeniyle çocuğun zarar görmesini önlemeyi amaçlamıştır. Her ülkede çocukları

²⁵⁵ ÜMİT, *Mekândan İmkâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyet İlişkisi*, s. 35.

²⁵⁶ TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, s. 129 s. 76.

korumayı amaçlayan yasal sistem; ulusal kültür, toplumda geçerli olan aile ve çocuk ideolojisi, sosyal devlet anlayışının devlet sisteminde sahip olduğu önem derecesi²⁵⁷ ve özel yaşama devlet müdahalesinin meşru kabul edilen sınırına göre farklılık göstermektedir.

Çocuğun korunma ihtiyacı özellikle çocuğun aile içinde anne babadan kaynaklanan ihmal ve istismar eylemleri söz konusu olduğunda tartışmaya yol açmaktadır. Çocuğun ana baba tarafından ihmal ve istismara uğratılması olasılığının kabul edilmesi hukuk dünyasında oldukça yeni bir gelişmedir. Bu olasılığın gerçekleşmesi durumunda çocuğun korunması amacıyla devletin alacağı önlemlerin belirlenmesi, özel yaşamın dokunulmazlığı, ailenin özerkliği ve korunması, ana babanın velayetten kaynaklanan hakları ile çocuğun korunma hakkının karşılıklı olarak tartılmasını gerektirmiş ve süreç içinde çocuğun korunma hakkına öncelik verilmesi düşüncesi yasal düzenlemelere yansımıştır. Diğer yandan yukarıda sayılan haklar karşısında çocuğun korunmasına öncelik verilmesinin kabul edilmesi durumunda devlete yüklenecek yükümlülüklerin ölçüsü, sosyal devlet ve müdahaleci devlet anlayışının kabul gören ağırlığına göre değişim göstermektedir.

Çocuğun korunma ihtiyacının, özellikle aile içinde ana babaya karşı korunma hakkının tanınması ile birlikte devletlerin bireyin özel yaşam alanında yer alan aile kurumuna müdahalede bulunması gündeme gelmiştir. Bilindiği üzere kökenini sosyal sözleşme teorisinin iki farklı yaklaşımında bulan devlet ile birey ilişkileri, devlet-çocuk ilişkisinin de yoğunluğunu belirlemiştir ve bu ilişki Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sisteminde farklı nitelik taşımaktadır²⁵⁸.

²⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Karen WINTER – Paul CONNOLLY, “Keeping It in the Family: Thatcherism and the Children Act 1989”, içinde: Jane PILCHER - Stephen WAGG (ed.), **Thatcher's Children?: Politics, Childhood And Society In The 1980s And 1990s**, Falmer Press, London – Washington, D.C., 1996, ss. 30-44.

²⁵⁸ EGLIN, **Judicial Child Protection in France and England**, s. 2.

Etkileri İngiliz hukuk sistemi üzerinde hissedilen Locke'un felsefesinde devlet otoritesi, bireylerin kendi aralarındaki menfaat çatışmalarını düzenlemeye hizmet etmekte ve devletin bireylere müdahalesi yalnızca bireyin diğer bireylerin sınırlarını ihlal eden davranışlarının cezalandırılmasında meşru kabul edilmektedir. Benzer biçimde aile kurumu için kabul edilen bireysellik yaklaşımı, bireysel haklar ve bireyin kişiliğinin geliştirilmesi için aileye, devlet otoritesine karşı bireyler lehine korunaklı bir alan sunmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde ailenin çocuğun korunmasındaki önemi, özellikle ailenin dokunulmazlığına ve çocuğun bizzat kendi ana babası tarafından büyütülmesi, bunun mümkün olamaması durumunda yine bir aile ortamında koruyucu ebeveyn tarafından büyütülmesine yapılan vurgu ile ön plana çıkarılmaktadır.

Buna karşılık Fransız hukuk sisteminde etkileri görülen Jean-Jacques Rousseau'nun felsefesinde ise devlet çoğunluğun arzularını yerine getirme görevi bulunan demokratik bir uzlaşma ürünüdür. Fransız devriminin sloganları olan "*Liberté, Egalité, Fraternité*"nin (özgürlük, eşitlik, kardeşlik) özellikle üçüncü ilkesinde kökenlerini bulan günümüz sosyal dayanışma olgusu, bir yandan toplum ve aile arasında karşılıklı olarak birbirini destekleyen dayanışmayı ortaya çıkarırken, diğer yandan bireylerin kültürel farklılıklarını ve çıkar çatışmalarını reddeden bir toplum ve aile bütünleşmesi idealini gündeme getirmiştir. Bu düşünsel kabullerin bir sonucu olarak çocuğun kendi başına bireysel hak sahibi olarak tanınması yadsınırken toplumun temel yapı taşı olarak kabul edilen aile, çocuğa ilişkin yasal düzenlemelerde merkezi bir konuma yerleştirilmiştir²⁵⁹.

Kökenlerini toplumsal sözleşme kuramının bu iki farklı yorumunda bulan, çocuğun korunmasına ilişkin modern hukukta çocuğun devlet karşısındaki konumunu belirleyen felsefi kabullerin pozitif hukuk üzerindeki etkisi, elbette ki değişen devlet anlayışı ve

²⁵⁹ EGLIN, *Judicial Child Protection in France and England*, s. 2.

karşılaşılan olaylar karşısında toplumun tepkilerine ya da taleplerine göre değişim göstermektedir²⁶⁰. Ancak modern hukukun çocuğun korunmasına dair devlete yüklediği misyon, yukarıda ifade edildiği gibi sosyal sözleşme kuramının iki farklı kabulünde farklı görünüme sahiptir. Diğer yandan çocuğa ilişkin yasal önlemlerin etkinliğinin sorgulanmasına neden olan gelişmeler sistem içinde devlete daha az ya da daha fazla yükümlülük yükleyen yasal düzenlemelere vücut vermiştir.

Devlete tanınan müdahaleci tedbirlerin ağırlığı ölçüt alınarak çocuk koruma mevzuatının dörtlü bir sınıflandırmaya tabi tutulabileceği ifade edilebilir.

İlk olarak “laissez-faire” yaklaşımı olarak niteleyebileceğimiz aile özerkliğini esas alan, ataerkil otoriteyi ön plana çıkaran, ailenin iç işleyişine mümkün olduğunca az müdahalede bulunmayı ilke olarak benimseyen yaklaşım; aile özerkliğine yalnızca telafisi olanaksız koşullarda, çocuğun aileden alınarak başka bir aile yanına yerleştirilmesi amacıyla müdahalede bulunulmasını uygun görmektedir. Ancak bu yaklaşım, aile içinde çocuğa yönelik kötü muameleyi ve istismarı önlemede başarısız olması ve meydana gelen istismar ve kötü muamele olaylarına toplumun tepkisi nedeniyle terkedilmiştir.

²⁶⁰ İngiltere’de 1973 yılında “Maria Colwell olayı” diye anılan ve koruyucu aile yanına yerleştirilmesinin ardından yeniden annesinin yanına dönmesine karar verilen küçük kızın üvey babası tarafından darp edilerek ölümüne neden olunmasının doğurduğu tepkiler üzerine 1889 tarihli “Prevention of Cruelty to Children Act” ile kabul edilen çocuğun yalnızca çok ağır acımasız fillere maruz kalması durumunda ailesinden alınarak bakım yükümünün başka bir aileye verilmesini öngören sistem terkedilmiştir. Bunun yerine, çocukların ihtiyaçlarına odaklanan ve çocuğun refahını gerçekleştirmeye yönelik karar sürecini kolaylaştıran, çocuğun kendi ailesi ile ilişkilerinin kesilerek bakımını sağlayacak başka bir aile yanına daimi olarak yerleştirilmesi önlemine de yer veren 1975 tarihli “The Children Act” kabul edilmiştir. Bkz. Roy PARKER, “A Brief History of Child Protection”, içinde: Elaine FARMER – Morag OWEN, **Child Protection Practice: Private Risks and Public Remedies**, HMSO, London, 1995, s.14; Michale D.A. FREEMAN, **Children, their Families and the Law: Working with the Children Act**, BASW, 1992, s. 2. Burada ülkemizden örnek vermek gerekirse, çocuğun cinsel istismardan korunması için, ceza kanununda yapılan cezaların ağırlaştırılmasını amaçlayan değişikliklerin, çocukları cinsel istismardan korumada yetersiz kalması karşısında, çeşitli platformlarda, faillerin kimliklerinin ifşa edilmesi, belli yerlere girmelerinin yasaklanması, tıbbi müdahale uygulamasına maruz bırakılmaları gibi devlet müdahalesinin genişlediği tedbirlerin alınması talep edilmektedir.

Ardından çocuğun korunmasını esas alan ve bu amaçla devlete koruma misyonu yükleyen ve çocuğu korumak için ailenin iç işleyişine önleme amaçlı müdahaleye yer veren, gerektiğinde korunması amacıyla çocuğun geçici ya da kalıcı olarak aileden alınması tedbirleri gibi kapsamlı ve cebri hükümlere yer veren “korumacı müdahale yaklaşımı” yasalarda yer bulmaya başlamıştır. Bu yaklaşımın neden olduğu aşırılıklar üzerine, kamusal otoritelerin aileye orantısız kabul edilen müdahalelerine bir tepki olarak “anne-babanın ebeveynlik haklarının korunması yaklaşımı” ön plana çıkarılmıştır.

“Ana babanın ebeveynlik haklarının korunması yaklaşımı” ise, zorlayıcı önlemler yerine, ana babaya çocuğun bakım ve gözetilmesi konusunda yardım edilerek çocukları ile olan ilişkilerinin mümkün olduğunca korunması anlayışını benimsemiştir. Ne var ki bu anlayış çocuğun bağımsız bir özne olarak haklarının ikinci plana atılmasını beraberinde getirmiştir.

İlk bakışta Fransız çocuk koruma sisteminin, ebeveynin haklarını koruyarak ailenin güçlendirilmesi anlayışı ile örtüşürken, İngiliz çocuk koruma sistemindeki devletin rolüne ilişkin düzenlemelerin müdahalede bulunmama (laissez-faire) yaklaşımını yansıttığı ifade edilebilir. Bununla birlikte İngiliz Çocuk Koruma Yasasında bakım ve gözetim ve çocuğun korunması (“care and supervision” and “protection of children”) yaklaşımı ile Fransa’nın Kıta Avrupa sistemine örnek teşkil eden ve aileye çocuk yetiştirmede yardım rolü üstlenmiş devlet (assistance in the upbringing) modelinin zaman içinde farklı oranlarda birbirlerini etkiledikleri değerlendirilmektedir²⁶¹.

Çocukları yasal düzenlemeler aracılığıyla koruma yaklaşımı paternalist bir yaklaşımı yansıttığı ve çocukların ihmal ve istismarına engel olamadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. “Ataerkil” bir niteliğe sahip korumacı yaklaşımın dayanağı olan, çocukların yetersiz ve akla uygun düşünme yeteneğinden yoksun varlıklar olduğu görüşü

²⁶¹ EGLIN, **Judicial Child Protection in France and England**, s. 4.

yalnızca “yetişkin insanı” “kişi” statüsü için temel alan görüşün uzantısıdır. Çocukları bir nesne olarak korumaya odaklanan bu yaklaşım, “kendi kendine yetemeyen” çocuklar hakkında neyin iyi neyin kötü olduğuna karar vererek, hukuktaki ifadesiyle irade özerkliklerini kaldırarak, hakların öznesi olma olanaklarını ortadan kaldırmaktadır²⁶². Dolayısıyla çocuğu korumaya odaklanan yasalar, diğer taraftan çocukların özgürlüğünün ciddi biçimde sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Çocukları bir nesne gibi korurken özerkliklerini (autonomy) korumayan birçok düzenleme, yaşa dayalı ayrımcılık yaparak, çocukları yetişkinlere ve toplumsal yaşama karşı savunmasız bıraktığı gerekçesiyle eleştirilere hedef olmuştur²⁶³. Çocuk haklarının kabulünde rol oynayan bu ikinci yaklaşım paternalist korumacılığa karşı eleştiriler etrafında toplanmıştır.

Çocuğun bir yetişkinin sahip olması gereken muhakeme yetkinliğine sahip olmadığı gerekçesi ile bir yetişkinin iradesine mutlak olarak tabi olmasını gerektiren “korumacı yaklaşım” en çok “rasyonaliteden yoksun olanların rasyonel iradeye teslim olması gerektiği tezi” nedeniyle eleştirilmiştir. Özellikle 1960’larda feminist hareketin kazanımlarıyla sağlamlaşan “tüm bireylerin özerkliği”ni temel alan yaklaşım; toplumun belli bir kesiminin kararlarının başka bir kesime emanet edilmesinin sakıncalarını ortaya koyarak, her tür vesayetin sorgulanmasının önünü açmıştır²⁶⁴. Bireyin özerkliğini savunan özgürleştirici yaklaşım, paternalizmin, rasyonaliteyi gerekçe göstererek bir grubun başka bir grubu tahakkümüne yol açtığını ileri sürmekte ve karşı çıkmaktadır. Paternalist yaklaşımın, birey üzerindeki tahakkümü rasyonalite yoksunluğunu dayanak

²⁶² Cüneyt OZANSOY, “Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 12, 1999, ss. 39-62, s. 50.

²⁶³ BREEN, **Age Discrimination and Children’s Rights Ensuring Equality and Acknowledging Difference**, s. 20.

²⁶⁴ Özellikle feminist hareketin, çocuk hakları hareketine yaptığı katkı için bkz: MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 8-11.

yaparak meşrulaştırmasına karşın, bireyin özerkliğini savunan yaklaşım, rasyonalitenin genel geçer tanımına ulaşmanın olanaksızlığını ortaya koymaya girişmiştir²⁶⁵.

Koruyucu yaklaşım, çocukların yetişkinlere olan bağımlılığını artırdığı gerekçesi ile de eleştirilmektedir²⁶⁶. Çocuklara özgü ıslah evleri, özel yargılama ve ıslah usulleri, zorunlu eğitim kurumları, çocuğun iradesini yok sayan bir anlayışa dayanan velayet kurumu hep çocukları korumaya öncelik veren bu yaklaşımın müesseseleridir. Çocuk koruma yaklaşımı, çocuk olmanın masumiyeti ve güzelliklerini yaşamalarını sağlamak için çocukları dış dünyanın acımasızlıklarından ve kötülüklerinden soyutlayarak, toplumun kötülüklerinden korumaya odaklanmış, çocuğa uzanan kötülükleri bertaraf ederek çocuğu korumaya gerek bırakmayacak sosyal dönüşümü ise gündemine almamıştır.

2. Çocuğun Özerkliğini Temel Alan Yaklaşım: Çocuk Hakları Yaklaşımı

Çocuğu korunacak bir nesne olarak gören korumacı yaklaşım ve çocuğun yetişkinlerin iradesine mutlak tabi statüsünü reddeden “çocuğun özerkliğini temel alan yaklaşım”, çocuğu korunmasını konu alan haklar ile birlikte, yaş ve gelişimi ile orantılı olarak kendi hukukuna ilişkin konularda söz sahibi olmasını savunmuştur. Çocuklara korunma haklarından daha fazla hakkın tanınması gerektiğini savunan çocuğun özerkliğini temel alan yaklaşımın etkilerini, aşağıda ortaya konacağı üzere, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere pek çok ülkenin çocuğa ilişkin yasal düzenlemelerinde ve yanı sıra 1989 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde görmek mümkündür. Sözleşme, Başlangıç bölümünde “...insanlık ailesinin tüm üyelerinin, doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilemez haklara sahip olmalarını” vurgulamış, çocuğun yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak

²⁶⁵ ARCHARD, **Children, Rights and Childhood**, s. 76, 91; MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 8-11.

²⁶⁶ MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 9.

(evolving capacities) kendi hukukuna ilişkin her konuda görüşlerinin alınmasını (katılım hakkı) çocuk haklarının muhatapları bakımından bir sorumluluk olarak düzenlemiştir. Böylece çocuğu “kişi” olarak kabul eden bakışını ortaya koymuştur. Ayrıca Sözleşme’de yetişkinlere tanınan temel haklar büyük ölçüde tanınmış, bunların yanında çocuğa özgü, kişinin çocuk olmasından kaynaklanan çocuğun refahını ve gelişimini koruma altına alan sosyal haklara da yer verilmiştir. Sözleşmede çocuk özerk kararlar alabilen bir kişi olarak kabul edilerek geleneksel olarak yetişkinlere özgü kabul edilen ve kişi haklarından olan bilgi edinme hakkı, düşüncelerini açıklama hakkı, vicdan ve din özgürlüğü, dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüğü, çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız müdahale yapılamaması, onur ve haysiyetin haksız saldırılardan korunma hakkı çocuklara da tanınmıştır.

Sonuç olarak çocuğun hak sahibi olarak kabulü, çocuğun özerkliğine (autonomy) atfedilen değer temel alınarak, çocuğu koruma yaklaşımından kişiliğini ve özerkliğini koruma yaklaşımına doğru bir evrim göstermiştir.

Sözleşme’nin korumacı yaklaşım ile özgürlükçü yaklaşıma birbirini tamamlayacak biçimde yer verdiği savunulabilir. Çocuğun özerkliğini yok etmeden korunmasının mümkün olabileceğini ortaya koyan bu iki yaklaşımın birlikte katkısı doğrultusunda, XX’nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren gerçekleştirilen hukuk reformu, çocuğun hukuki statüsünde gittikçe daha fazla sayıda yetişkinlere özgü hakkın çocuklara da tanınması ve çocuklara özgü ihtiyaçların ve çıkarların hukuken çocuğa özgü hak olarak tanınması yönünde bir değişime neden olmuştur²⁶⁷. Takip eden başlıkta bu değişimin etkilerinin görüldüğü hukuk reformları incelenecektir.

²⁶⁷ RODHAM, “Children Under Law”, s. 29.

B. Ulusal Düzeyde Tanıma

1. Çocuk Haklarının Yasayla Tanınması

Çocuk haklarının yasal düzeyde korunması pek çok açıdan önem taşımaktadır. Çocuk haklarının çeşitli nedenlerle anayasalarca güvence altına alınmadığı ülkelerde, yasal düzeyde koruma en önemli koruma biçimine dönüşmektedir. Bu durumda, yasanın bir hakkı pozitif hukuk alanına taşınması söz konusudur. Henüz anayasal tanımının söz konusu olmadığı durumlarda yasal düzenleme o hakkı en üst düzeyde tanıyan hukuksal araç olması nedeniyle önemli bir konuma sahip olur²⁶⁸.

Anayasal düzenlemeler, çoğunlukla soyut ifadelerle kaleme alındıklarından, bu düzenlemelerin anayasaya uygun olarak somutlaştırılması görevi, yasal düzenlemeler yoluyla gerçekleştirilmektedir²⁶⁹. Bu nedenle, aşağıda açıklanacağı gibi çocuk haklarına ilişkin anayasal düzenlemelerin bir bölümü doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğundan güvenceye kavuşturulmaları için yasal bir düzenlemeye gereksinim duymasalar da, anayasa hükümlerinin çok önemli bir bölümü doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Bu düzenlemelerin çocuk haklarını yaşama geçirecek sonuçlar doğurabilmeleri, anayasada yer alan soyut güvence ve taahhütleri, bu hakları gerçekleştirmekle görevli kamu makamlarını ve bunların görevlerini “somutlaştıracak” olan yasal düzenlemelerin varlığına ihtiyaç duyduğu kabul edilmektedir²⁷⁰.

Üçüncü olarak, genel bir eğilim olarak “direktif” ya da “program hüküm” niteliğinde anayasal tanıma konu olan çocuk haklarının gereklerinin yerine

²⁶⁸ Anayasalarda buna açıkça izin veren hüküm ya da soyut ilkelerin olmaması durumunda bile yasaların, “*hürriyetlerin çağın gereklerine göre geliştirilmesi bakımından*” yeni bir hak tanımaları mümkündür. Tarık Zafer TUNAYA, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 219.

²⁶⁹ Bülent ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 110.

²⁷⁰ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 110.

getirilmesine ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması, hakkın kişiler bakımından sübjektif kamu hakkı olarak talep edilebilmesi bakımından kurucu nitelik taşımaktadır. Çocuk haklarının, çoğunlukla devletin olumlu edimlerini gerektiren ya da “sosyal politika normları” ve dolayısıyla program hüküm niteliğinde olmaları nedeniyle yasal tanıma, öncesinde anayasal tanımanın gerçekleşmiş olduğu durumlarda dahi önemini korumaktadır. Anayasalar çoğunlukla çocuk haklarını ya genel olarak “program kuralları” şeklinde ya da belli haklarla ilgili olarak devlete ödev yükleyen ve yetki veren kurallar şeklinde tanıma usulünü benimsemektedirler. Yasal tanıma, özellikle devlete olumlu edim yükleyen çocuk haklarını düzenleyen hükümlerin doğrudan doğruya uygulanabilir kurallar olmayıp, yasama organına siyasi nitelikte direktifler veren ya da yol gösteren “program hüküm” niteliğinde olduğu ya da bu hakların bireylere talepte bulunma hakkı tanımamakla birlikte, somut bir alanda devlete işlemde bulunma yetkisi ve görevi veren hükümlerle güvence altına alınması yöntemi benimsenen durumlarda, önce anayasal düzeyde bir tanımanın söz konusu olduğu durumlarda dahi önemini korumaktadır. Bu ve benzeri durumlarda kanun koyucu “yasama yükümlülüğü” altındadır. 1982 Anayasası bakımından 41’nci maddesinde yer alan “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar” ve “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” hükümleri ile tanınan çocuğun devlet tarafından korunması hakkı bakımından yasamanın bu konuda görevli idari teşkilatı kurması ve görevlendirmesi bu niteliktedir.

Olumlu edim gerektiren çocuk haklarının, anayasalarda yer almaları, hukukça tanındıklarını gösterir ancak bu haklar, niteliği gereği Anayasa tarafından tanınmış olmakla hemen gerçekleşmiş olmayacakları kabul edilmektedir²⁷¹. Bu nedenle bu tür

²⁷¹ TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, s. 129.

hakların anayasal tanımadan sonra yasa koyucu tarafından ele alınmaları basit bir düzenleme değildir. Bu işlem yenilik getirici bir anlam taşımaktadır ve yeni bir “tanıma” niteliğindedir²⁷².

Olum edim gerektirmeyen ve doğrudan uygulanabilir çocuk hakları bakımından ise öncesinde anayasal tanımanın gerçekleştiği durumlarda artık yasal tanımadan söz edilemeyecektir. Örneğin çocukların ceza hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklarda yetişkinlerden ayrı yargılama hukukuna tabi olacaklarını veya tutularak cezalandırılmaları gündeme geldiğinde, cezalarını yetişkinlerden ayrı infaz kurumlarında çekeceklerinin anayasal bir hak olarak kabul edilmesi, bu hakların o ülke hukukunda artık tanındıkları anlamına gelir ve bir yasama işlemi ile tanınmalarına gerek kalmadan, devlete yöneltilebilecek somut taleplere olanak verir. Bu haklarla ilgili alanda kanun koyucunun bir yasal düzenlemeye gitmiş olması ya da olmaması, söz konusu hakkın yasa tarafından tanındığı ya da tanınmadığı anlamına gelmez. Yasamanın bu tür haklarla ilgili işlemleri birer “düzenleme”dir ve anayasal özgürlüklerle ilgili bütün yasal düzenlemeler gibi, “tanıyıcı” olmaktan çok “sınırlayıcı” niteliktedir²⁷³. Örneğin 1982 Anayasası bakımından “*Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur*” (md. 141) hükmüyle, çocukların özel usullere tabi olarak yargılanma hakkı tanınmıştır. Bu hakkın yaşama geçirilmesi amacıyla yasama organının çocuklara özgü yargılama ilkelerini gösteren bir yasayı kabul etmiş olması (Çocuk Koruma Kanunu), Anayasanın buyruğunu yerine getirmek amacıyla da olsa “tanımaya” yönelik olarak kabul edilemeyecektir.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukuk düzeninde sonuç doğurabilmeleri de, bazı durumlarda yasal bir düzenlemenin varlığını gerektirmektedir. Çoğunlukla devletlere yön göstermeyi amaçlayan program ve direktif hüküm niteliğinde hükümlere yer veren Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin hükümlerinin iç hukuk düzeninde de sonuç doğurmasını

²⁷² TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 129.

²⁷³ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 128.

sağlamak üzere yasal düzenlemelere gerek duyulmaktadır. Tekçi sistemi benimseyen ülkelerde de, sözleşmenin tanımış olduğu hakların iç hukuka aktarılması için yasal düzenleme gerekli olabilmektedir.

Çocuk haklarının yasal düzenlemelere konu olması, bu hakların anayasal tanınmalarından önce gerçekleşmiş olup; bu nedenle, bu hakların yasalarda ilk kez düzenlenmesi, tarihsel olarak bu hakların pozitif hukuka girişlerinin de başlangıcını oluşturmuştur.

Bu durumda çocuk haklarının yasarca düzenlenmesinin niteliğinin belirlenmesi amacıyla, ikili bir ayırım yapılması uygun olacaktır. Buna göre, anayasada yer almayan bir hakkın bir yasaya konu edilmesi durumunda yasal düzenlemenin bir “tanıma”yı içerdiği; buna karşılık, anayasada yer verilen bir hakka ilişkin yasal düzenlemenin ise bir “düzenleme”ye karşılık geldiği söylenebilir. Birinci durumda yasa, hem söz konusu hakkı pozitif hukuk alanına sokmakta, hem de hakkın kapsamı, kullanımı, sınırları, hakka ilişkin yükümlülükler gibi unsurları düzenlemektedir. Bu yasanın, anayasadaki bir ya da birkaç kural ya da ilkeye dayanması da gerekli değildir. Çünkü yasa, salt anayasayı uygulayan bir işleminden ibaret olarak görülemez. Yasama yetkisinin asliliği ilkesi, yasama organına, çocuk hakları alanı da dâhil olmak üzere, anayasada dayanağı olmayan tüm konularda düzenleme yapmak yetkisini tanımaktadır. Bu ilkenin gereği olarak, yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olmaması yeterlidir²⁷⁴.

Anayasada belirtilen bir hakka ilişkin bir yasal düzenlemenin varlığı durumunda ise, anayasada tanınmış bir hakkın somutlaştırılması söz konusudur. Bu durumda da, yasanın anayasaya uygun olması gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte, her iki durumda da yasanın, muhataplarına, hakkın yerine getirilebilmesine elverişli, uygulanabilir

²⁷⁴ Yasama yetkisinin asliliği/ilkelliği yetkisi için bkz. Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2014, s. 213-214.

normlar öngörmesi beklenir. Bu noktada yasama organının oldukça geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu söylenebilir. Bir başka anlatımla yasama organı, dilediği kadar ayrıntılı yasal düzenlemeler ortaya koymakta özgürdür. Çocuk haklarına ilişkin olarak yasama organı, dilerse bu haklara ilişkin normları en ince ayrıntılarına varıncaya kadar düzenleyebilir; dilerse çerçeve yasalar kabul ederek, içeriğin yasaya uygun şekilde doldurulmasını yürütme organına da bırakabilir²⁷⁵.

Kimi zaman yasaların da, tıpkı anayasal düzenlemelerde olduğu gibi, çocuk haklarını, doğrudan uygulanabilir nitelikte, subjektif haklar olarak düzenlemedikleri görülmektedir. Bu durumda yasal düzenlemenin, daha ucuz, daha hızlı ve daha ulaşılabilir olan birtakım idari başvuru yolları öngörmesi de söz konusu olabilmektedir. Bunun nedeni, pek çok durumda, yargı organlarına başvuruya gerek kalmadan, idari tedbir ve başvuru yollarının, hakların yerine getirilmesi ya da hizmetin ifası için yeterli olabilmesidir²⁷⁶.

Ulusal hukuk düzleminde çocuk haklarının pozitif hukuka girişinde tarihi açıdan ilk aşama, yasalar tarafından tanınma aşamasıdır. Yukarıdaki başlıkta, çocuklara haklar tanınmasına yol açan etkenler etraflıca ortaya konmuştu. Bu başlık altında ise öncelikle yasal tanımanın genel eğilimleri ortaya konacaktır.

a. Genel Olarak Yasal Tanımının Dinamikleri ve “Çocuk Haklarının” Yasal Tanınma Süreci

Çocukları konu alan ilk yasal düzenlemelerin “çocukların hakları”nı korumaktan çok “çocukları” korumaya odaklandığı görülmektedir²⁷⁷. Çocukları hukuk yoluyla

²⁷⁵ Yasama organının sahip olduğu bu özgürlük, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir sonucudur. Bu konuda bkz. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 213.

²⁷⁶ Sandra LIEBENBERG, *South Africa’s Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights*, Socio-Economic Rights Project, CLC, UWC, 2002, s. 80.

²⁷⁷ MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 8.

koruma fikri bir yandan koruyucu yasaların hayata geçmesini sağlarken, diğer taraftan çocukların özerkliğinin ve özgürlüğünün ciddi biçimde sınırlandırılmasına yol açmıştır. Çocukları bir nesne gibi korurken, haklarını koruyamayan birçok düzenleme, yaşa dayalı ayrımcılık yaparak çocukları toplumsal yaşama karşı savunmasız bıraktığı gerekçesiyle eleştirilere hedef olmuştur. Bu yaklaşımda çocuklar önce kurtarılıp değiştirilecek, sonra da toplumun değişmesine öncülük edecek varlıklar olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşımın hukuk dünyasına etkisi ise çocukların çıkarlarını koruma iddiasıyla ortaya çıkan çocuklara özgü kurumlar ve çocukları konu alan özel yasalardır. Bu yaklaşımın ortaya koyduğu mevzuat çocukların masumiyetleri ve dış etkenlerden kolayca etkilenmeye açık olmalarını toplum için açık bir risk olarak kabul ederek çocuğa ve çocuktan topluma yönelik risklerin kontrol altına alınmasını amaçlamaktadır²⁷⁸. Bu nedenle bu yaklaşımın egemen olduğu yasal düzenlemelerde, çocuklar ve aileye yönelik sosyal hizmet programlarına verilen önceliğin ağır bastığı değerlendirilmektedir²⁷⁹.

Koruma yaklaşımının etkileri hemen tüm hukuk sistemlerinde kendini göstermiştir. Çocukların sağlıklı ve sorumluluk sahibi birer yetişkin olabilmeleri için onları modern toplumun tehlikelerinden koruyan kuruluşlar özellikle ABD’de XVII’nci yüzyılın ortalarından itibaren ortaya çıkmıştır. 1899’da Illinois eyaletinde çocuklar için özel yargılama yöntemleri öngören ve vakaların ve bunları ispat eden delillerin taraflarca getirilmesi koşulunun çocuklar bakımından terkedilmesini de içeren çocuk mahkemeleri kurulmuştur. Çocuk mahkemelerinin kurulması, devletin, çocuğun iyi bir yurttaş olabilmesi için takip etmesi gereken yola yönlendirilmesi amacıyla gereken yardım ve

²⁷⁸ Arlene SKOLNICK, “The Limits of Childhood: Conceptions of Child Development and Social Context”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 39, 1975, ss. 38-75; DINGWALL – EEKELAAR – MURRAY, “Childhood as a Social Problem”, ss. 207-232.

²⁷⁹ MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 10, Barry LUCKOCK - Richard VOGLER- Heather KEATING, “Child Protection in France and England-Authority, Legalism and Social Work Practice”, **Child and Family Law Quarterly**, Vol. 8, No. 4, 1996, ss. 297-312, s. 297.

koruma sunma zorunluluğunun kabul edilmesi anlamına gelmektedir²⁸⁰. 1917’ye gelindiğinde üç eyalet dışında tüm Amerika’da çocuklara özgü çocuk yargılaması sistemi kurulmuştur. 1852’de Massachusetts’te zorunlu eğitimi emreden ve çocuklarını okula göndermeyen ebeveynler için ceza öngören ilk yasa kabul edilmiştir. ABD’de 1918 yılında Mississippi eyaletinde de eğitimin zorunlu olduğunu kabul eden yasa ile birlikte artık tüm ülkede eğitim zorunlu kılınmıştır. Eğitimin göçmenlerin ülkeye taşıdığı düzeni bozan etkenleri ortadan kaldıracağı, gençleri itaatsizliğe ve kargaşaya sürükleyen sokak yaşamından çekip alacağı ve gençlere hükümete saygıyı öğreteceği kabul edilmekteydi. 1938’e gelindiğinde işsizliği azaltmayı hedefleyen baskının bir sonucu olarak çocuk koruma taraftarları ve eğitimciler, çocuk işçiliğini yasaklayan ve zorunlu eğitim yasalarının hayata geçmesi için yaptırım öngören yasaların tüm ülkede kabul edilmesini sağlamayı başarmışlardı²⁸¹.

Amerika Birleşik Devletleri’nde emeğin sömürülmesine, cehalete ve artan suç oranlarına karşı devletin müdahalesini gerekli gören sosyal hak hareketleri çocuğun yararının korunması adına ailenin iç işleyişine yönelik yoğun devlet müdahalesini ortaya çıkarmıştır²⁸². Bu hareketin sonucu olarak devlet, “koruyucu baba” misyonu (parens patriae), genç vatandaşlarına nerede, ne zaman, ne yapacaklarını salık veren, onları okumaya zorlayan, yanlış davrandıklarında da onları cezalandıran “ikame ebeveyn” rolünü üstlenmiştir²⁸³. Diğer taraftan çocuk ıslah müesseseleri ve okullar, önceleri aile tarafından kontrol edilen alanlara devletin müdahalesinin önünü açmıştır. Ancak süreç içinde devlet müdahalesinin de çocukları korumada başarısız olduğunun görülmesi ve insan haklarına liberal yaklaşımın yeniden güncellik kazanmasının bir sonucu olarak

²⁸⁰ MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 9.

²⁸¹ MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 9.

²⁸² MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 7.

²⁸³ MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 7.

çocuk hakları savunucuları aileye devlet müdahalesinin ve çocuklara özgü koruma önlemlerinin, çocukların yararına olduğu kabulünü sorgulamaya başlamışlardır. Bu sorgulamanın sonucu olarak, çocuğun yararına en uygun çözümün bir kamu otoritesi tarafından belirlenmesi yaklaşımı ile ebeveyn rolü üstlenmiş devlet yaklaşımı sertçe eleştirilmiş, bu eleştiriler “çocuğun yararına en uygun çözüm” (best interest) kavramının belirsizliğine yoğunlaşarak devlet kurumlarına ebeveyn rolü yüklemenin hikmetini sorgulamaya yönelmiştir. Eş zamanlı olarak eşit haklar hareketi çerçevesinde mücadelelerini yürüten kadın hakları savunucuları da “çocuğun yararına en uygun çözüm” kavramını yeniden sorgulamış ve en iyi niyetli koruyucu yaklaşımın dahi, korunduğu iddia edilen grup üzerinde baskıcı sonuçlar doğurabileceğini ileri sürmüşlerdir. Feminist hareket mahkeme önüne getirilmiş pek çok davada kendilerine layık görülen korunma statüsü yerine eşit statü kazanmak için mücadele yürütmüştür. Feminist hareket taraftarları 1960’larda kadınların sosyal rollerinin bir uzantısı olarak görülen çocukların bakımı ve yetiştirilmesi pratiğine dair itirazlarını yükseltmişler, çocuk refahı ve çocukların büyütülmesi konusunda kendilerine biçilen role itiraz etmişlerdir. Nitekim çocuklar gibi kadınlar da daima korunması gereken bir grup olarak görülmektedirler ve 1960’lara gelindiğinde kadınlar bu koruyucu yaklaşımın yol açtığı ayrımcılığa karşı savaş açmışlardır. Feminist hareketin çocuk haklarına yaptığı katkı, kadınların ve dolayısıyla annelerin aile reisinin otoritesinden kurtulup ev dışında kendilerine bağımsız bir hayat tercih etmelerinin önündeki engelleri sorgularken, çocukların durumlarının da yeniden değerlendirilmesi gerektiğini gündeme getirmiş olmasıdır. Devlet, ailelerinin otoritesinin etki alanını aşan bir yaşam kurmak istediklerinde çocuklara izin vermemeli midir? Ya da ebeveynleri tarafından bağımsız bir yaşam kurmaları konusunda izin verilen çocukları engelleyen yasal düzenlemeler gerçekten çocukların yüksek yararını korumakta mıdır? Yoksa mevcut sosyal düzenin

sürdürülmesini sağlamakta ve böylece devletin menfaatlerine mi hizmet etmektedir²⁸⁴? 1960’larda yeniden güç kazanan liberal hareket taraftarları da, çocukların statüsünün daha fazla koruma önlemleri ile daha iyi geliştirilebileceği düşüncesine karşı mücadeleye girişmiştir. Bu hareketin bir sonucu olarak çocuklara yönelik kamu politikalarında vurgu, çocuğun korunmasından çocuğun kararlarını kendi başına alabilmesine olanak tanınmasına, fiziksel ve duygusal olarak doyurulmasından çocuğun özgür iradesinin tanınmasına doğru kaymıştır. Öğretide çocuğun korunması yaklaşımının terk edilerek çocuğun haklarının korunması anlayışının kabulü olarak nitelenen bu değişim yasalarda ve içtihadi hukukun geçerli olduğu Common Law sisteminin hâkimiyetindeki Amerika ve İngiltere’de çocuğun kişiliğinin tanınması anlamına gelen hükümlerin ve yargı kararlarının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır²⁸⁵.

İkinci olarak çocuklara kötü muamelenin yasaklanması, zorunlu eğitim, eğitim metotlarından dayanın ve sözel şiddetin çıkarılması, çocuk istihdamını kısıtlayan iş yasaları, çocuklara özgü ıslah evleri, çocuklara tıbbi müdahale için ebeveynlerinin rızasının gerekli görülmesi gibi çocukların korunmasını konu alan düzenlemelerin onları korumada başarısız olduğunun görülmesi üzerine, çocuk koruma anlayışının terkedilerek çocuğun özerk bir özne olarak tanınması anlayışının benimsenmesinin önünü açmıştır.

Diğer yandan Amerika’da evli kadınlar, köleler ve zenciler için daha fazla hak talep eden eşitlikçi hareket yanlıları, çocuklara da daha fazla hak tanınması gerektiğini ileri sürmektedir²⁸⁶. “Küçüklük” statüsünün feodalizmin son kalıntılarından biri olduğu kabul

²⁸⁴ MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 10.

²⁸⁵ Yargı kararlarına ilişkin değerlendirme takip eden başlıkta yapılacaktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, 1960 sonları ve 1970’lerde çocukların hukuki statüsüne ilişkin yargı makamlarının yaklaşımlarındaki değişimin özellikle İngiltere’de yasal düzenlemelere yansımaları için 1980’lerin sonlarını beklemek gerekmektedir.

²⁸⁶ Harry D. KRAUSE, **Child Law Parent, Child and State**, Dorthmouth Publishing Company Limited, Dorthmouth, 1992, s. ix; MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 7. HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations about Abandoning Youth to Their Rights”, s. 605.

edilmekte ve çocuk olmaya bağlanan hukuki statünün terkedilmesi için ileri sürülen gerekçeler, evli kadınlar ve kölelerin hukuki konumlarında değişiklik talep eden gerekçelerle benzerlik göstermektedir. Amerikan Bağımsızlık Bildirisi’nde güçlü bir şekilde vurgulanan tüm insanların insan onuruna yaraşır muamele görme hakkı, kademeli olarak hukukun içine nüfuz etmeye başlamıştır. Bu ortamda çocuklar üzerindeki ataerkil nitelikteki otoritenin terkedilmesi konusunda adımlar atılmakta, çocuklarla ilgili kararlarda çocukların da görüşlerinin alınması gerektiği ileri sürülmektedir²⁸⁷. İnsan hakları hareketinin gösteri ve yürüyüşlerle karakterize olmuş geleneksel görünümünden uzak fakat anayasal iddialara dayanan bu hareket, çocukları “insan hakları hareketinin son azınlıkları” olarak tanımlamaktadır²⁸⁸. Yaşları kaç olursa olsun tüm yurttaşların temel haklara eşit ölçüde ehil olduklarını vurgulayan bu hareket, çocukların da “due process” hakkı ve ifade hürriyetleri olduğunu kabul eden Supreme Court kararlarına vücut vermeye başlamıştır.

Çocukları hakların özerk öznesi olarak gören “çocuk hakları yaklaşımı”, bazı temel eğilimler göstermiştir. Bu eğilimlerden ilki, yetişkinlerin özellikle anne-babanın bir karar verirken çocukların iyiliklerini, menfaatlerini mutlak suretle önceleyecekleri kabulüne dayanmıştır²⁸⁹. Bunun sonucu olarak çocuğun haklarını korumak amacıyla ailenin iç işlerine karışılmasına gerek görülmemiş aile mahremiyetinin korunmasına öncelik atfedilmiştir. Diğer yandan çocuğun aile içinde ihmal ve istismarına yönelik yaptırımlar içeren yasalar ABD’de Common Law’un bir gereği olarak hep var olmuştur²⁹⁰. Ebeveynlerin görevi kötüye kullanmalarını ya da ebeveynlik görevini yerine getirmedeki

²⁸⁷ FOSTER –FREED, “A Bill of Rights for Children”, s. 343-344.

²⁸⁸ The Newyork Times 1976’dan aktaran MARGOLIN, “Salvation Versus Liberation”, s. 7.

²⁸⁹ Öğretide özellikle bkz: Joseph GOLDSTEIN – Anna FREUND – Albert J. SOLNIT, **Before the Best Interests of the Child**, Simon and Schuster, The Free Press, New York, 1979.

²⁹⁰ Ruth-Arlene W. HOWE - Sanford N. KATZ - Melba McGRATH, “Child Neglect Laws in America”, **Family Law Quarterly**, Vol. 9, 1975, s. 1; Compare KLEINFELD, “The Balance of Power Among Infants, Their Parents and The State”, **Family Law Quarterly**, Vol. 4, 1970, ss. 409-443, s. 410-412.

ihmal ve ehliyetsizliklerini yaptırıma bağlayan yasalar, velayet yetkilerinin denetlenmesinden, velayet haklarının kalıcı olarak sona erdirilmesine veya cezai yaptırımlara kadar uzanan çeşitli düzeylerde yaptırımlar öngörmüşlerdir²⁹¹.

Aile içinde çocuğun korunması geleneği ile uyumlu ya da onun bir parçası olan çocuk koruma biçimleri, çocuk işçiliği kanunları, ailenin öneminin azalması gibi gelişmelerden de beslenmiştir. Haksız fiilden doğan zararın giderilmesi hakkı, velayet anlaşmazlıklarında çocukların görüşlerine önem atfeden yasaların kabulü, çocuklar tarafından işlenen hukuka aykırı eylemlere ayrı ve daha lehe usul ve yaptırımlar uygulanması, miras ve mülkiyet hakkına sahip olduklarının tanınması, hukuki uyumsuzluklarda taraf ehliyetlerinin tanınması (yetişkin temsilcileri aracılığıyla da olsa) gibi gelişmelerin çocukların özel ihtiyaçlarına yönelik artan farkındalığı ortaya koyduğu ifade edilmiştir²⁹².

Amerika Birleşik Devletleri için geçerli olan bu eğilim, Avrupa için de genel hatları ile benzer özellikler göstermektedir. 1969 tarihli İngiliz Çocuklar ve Gençler Yasası (Children and Young Persons Act-1969) I'inci Bölümünde, “çocuğun uygun gelişiminin engellenmiş, ihmal edilmiş olması ya da sağlığının engellenmiş, ihmal edilmiş olması ya da kötü muameleye maruz bırakılmış olması ve bir mahkemenin bağlayıcı kararı olmaksızın bakım ve denetim ihtiyacının karşılanmayacağına ilişkin güçlü emarelerin bulunması” durumlarında aileye devlet müdahalesine izin vermektedir²⁹³. Yasanın bu hükmünün ebeveynlere, ailenin maruz kaldığı ve çocuğa yansıyan yoksunluk ve olanaksızlıklardan muaf olması hakkını vermediği, yalnızca pratikte uygulandığı gibi, sosyal ya da kişisel yetersizlik çeken ebeveynlerin durumlarının olumsuz sonuçlarından

²⁹¹ HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism”, s. 607.

²⁹² HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism”, s. 605.

²⁹³ Yasa metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/54/contents> (erişim tarihi: 16.2.2019).

korunabilmesi için çocuklara hak tanımış olduğu ifade edilmektedir²⁹⁴. Hükmün yaşama geçirilmesi için kamu kurumlarına atfedilen görevler, hakkın sahibi olarak çocuğun menfaatlerini öncelikle korumaya yönelik olarak çocuk-ebeveyn ilişkisinin bu tarihten önceki niteliğinin tamamen tersine döndüğünü göstermektedir²⁹⁵. Nitekim bu gelişme yalnızca çocuğun hak öznesi statüsüyle temel çıkarlarının kendi başına korunmaya değer olarak tanınmasını değil aynı zamanda bu çıkarların ana-babanın çıkarları ile çeliştiği durumlarda hangisine üstünlük tanınacağına dair bir toplumsal kabulü de yansıtmaktadır. Bu haklara saygı gösterilmesinin ebeveynin kendi menfaatlerine aykırı olduğu düşünülse bile, artık öncelik çocuğun menfaatlerine verilecektir. Çocuk haklarının korunması ilkesinin velayet uyuşmazlıklarının çözümünde ilk ve en önemli değer olarak göz önüne alınacağı ilkesi İngiltere’de ilk kez 1925’de Çocuk Koruma Kanunu ile yasal forma kavuşturulmuştur. Konuya ilişkin 1886 tarihli Yasa ise velayet uyuşmazlıklarında Mahkemenin, çocuğun refahı ve ebeveynlerin hal ve davranışları ile anne ve babanın taleplerini göz önünde bulundurarak, uygun göreceği biçimde bir karara ulaşması gerektiğini düzenlemekteydi. Bu yöndeki bir yasal değişikliğin nedeninin dahi çocuğun çıkarlarını ebeveynlerin menfaatleri üzerine yükseltme arzusu değil, ebeveyn haklarının eşitliği için savaşılan feminist talepleri susturmak niyetinin bir sonucu olduğu belirtilmektedir²⁹⁶. Finansal konulara ilişkin olarak ise 1984 tarihli yasa²⁹⁷, boşanma

²⁹⁴ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 172.

²⁹⁵ John M. EEKELAAR – Robert W. J. DINGWAL – Topsy MURRAY, “Victims or Threats? Children in Care Proceedings”, **Journal of Social Welfare Law**, Vol. 4, No. 2, 1982, ss. 68-82, s. 68.

²⁹⁶ Bkz. EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 174.

²⁹⁷ The Matrimonial and Family Proceedings Act 1984. Yasa metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/42> (erişim tarihi: 16.2.2019). Ancak önceki yasada “first and paramount” terimi tercih edilmişken sonraki tarihli yasada “first consideration” ifadesinin tercih edilmesi dikkat çekicidir. Öğretide 1984 tarihli yasanın bu düzenlemesinin, 1925 tarihli Çocuk Koruma Yasasında tercih edilen çocuğun refahının ilk ve öncelikli (“first consideration” ifadesi ile karşılanmaktadır) olarak dikkate alınmasını öngören düzenlemesinden bir geri gidiş olarak değerlendirilmektedir. Bkz. EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 174.

sonrası mali haklar konusunda karar verilirken çocuğun refahının öncelikli olarak göz önüne alınmasını öngörmektedir²⁹⁸.

İlerleyen dönemde İngiltere’de çocuğun korunmasını amaçlayan düzenlemeler yanında çocuğun özerkliğinin tanınması anlamına gelen düzenlemeler de kabul edilmeye başlanmıştır. 1989’da kabul edilen Çocuklar Yasası (The Children Act), çocuklara ilişkin tüm kararların alınması sürecinde çocukların istek ve duygularının göz önüne alınmasını hükme bağlamaktadır. Diğer taraftan söz konusu Yasa çocuklara görüş ve isteklerini ifade etmelerini olanaklı kılacak bir yetki bahşetmemiştir. Yasa sistematığında çocukların yaşamlarının pek çok yönünü etkileyen kararlar alma yetkisi bürokratik otoritelere bırakılmıştır. Aynı zamanda çocuklar adına görüş bildirme yetkisi de çocuklar hakkında karar almakla yetkilendirilen bu mercilere teslim edilmiştir ve çocuklara da herhangi bir itiraz hakkı ya da başvurabilecekleri bir itiraz mekanizması tanınmamıştır. Örneğin Çocuk Yasası, kamusal otorite tarafından bakım altına alınan bir çocuğun görüş ve önerilerinin dikkate alınmasını, ailesinin yaşadığı yere mümkün olduğunca yakın bir merkeze yerleştirilmesini ve gerekli olan süreden fazla tutulmamalarını düzenlemektedir²⁹⁹. Ancak Yasanın bu hükümlerine aykırı karar alınması durumunda çocuğa, karara itiraz etme olanağı tanınmamıştır. Çocuğa etkili bir başvuru yolu tanınmamış olması, özerklik tanıyan hakların tanıdığı korumanın etkinliğini zedeleyecek niteliktedir.

²⁹⁸ Bkz. EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 174.

²⁹⁹ The Children Act, Section 22, 23, 25. Ancak bu düzenlemeye rağmen “Voice for Child in Care” adlı bir kuruluş tarafından, bu yasa hükümlerine aykırı şekilde çocuğun evinden 200 mil uzakta yer alan bir merkeze yerleştirildiği, birlikte kaldığı diğer gençlerin çocuğa muamelelerinin kötü olması ve bu gençlerin suça karışmış gençler olması, ayrıca çocuk hakkında uygulanan rehabilitasyon programının kendisine uygun olmadığı gerekçesiyle çocuğun kendi hakkında alınan bu karara itiraz etmiş olmasına rağmen, otoritelerin kararlarında bir değişikliğe gitmedikleri; sonunda da çocuğun merkezden kaçtığı rapor edilmiştir. James GWEN, “Theory into Practice: Lessons from One English Organisation”, içinde: M. Freeman - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht Publishers, 1992, ss. 149-154, s. 149.

1989 yılında İngiltere’de kabul edilen Çocuklar Yasasında (Children Act)³⁰⁰, yine Yeni Zelanda’da 1989 yılında kabul edilen Çocuklar, Yetişkin Bireyler ve Aileleri Yasası’nda (Children, Young Persons and their Families Act)³⁰¹ devletin, ailenin iç işlerine müdahale etmesini reddeden laissez-faire yaklaşımının kabul edildiği değerlendirilmektedir³⁰². Bu dönemde kaleme alınan bir makalede çocukların devlet müdahalesinden özerk ebeveyne sahip olma haklarının onlar için en gerekli haklardan biri olduğu dahi ileri sürülmektedir³⁰³. Makalede devletin ailenin iç işlerine mümkün olduğunca en az seviyede müdahalede bulunmasının, “kişi özgürlüğü” ile “insan onuruna” en uygun seçenek olduğu ifade edilmektedir³⁰⁴. Fakat bu yaklaşım öğretide “özgürlük” ve “onur” kavramının zaten çocuğunkini değil ana babaninkini işaret ettiği gerekçesi ile eleştirilmekte, 1989 İngiliz Çocuklar Yasasının, bu yaklaşımın yoğun bir şekilde etkisinde kaldığı ifade edilmektedir³⁰⁵. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak çocuk yaştaki bireylere yönelik aile içi talihsiz ve acımasız fiillere karşı kamu makamlarının ve öğretinin yaklaşımı, ailenin sert kabuğuna dokunulmaması gerektiği yönünde olmuştur. Aile-devlet ilişkilerinde neoliberalizm akımı olarak kabul edilen bu anlayış yasalara da yansımıştır. Çocuğun ihmal edildiği ve kötü muamele gördüğü iddiasıyla “yüksek riskli” vaka olarak nitelendirilerek idari koruma tedbirleri uyarınca idari gözetim altına alındığı durumlarda doğrudan yargısal müdahalenin kısıtlanması, devletin çocuk ve aile refahı alanından çekilmesi konusundaki politik ideolojinin bir sonucu olarak

³⁰⁰ Yasa metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> (erişim tarihi: 19.2.2019).

³⁰¹ Yasa metni için bkz. https://www.parliament.nz/resource/en-NZ/SCR_74347/7ab789d819a000400b18563cf412fd9b99e037b0 (erişim tarihi: 19.2.2019).

³⁰² Michael D. A. FREEMAN, “The Limits of Children’s Rights”, içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht Publishers, 1992. ss. 29-36, s. 30, dn. 11.

³⁰³ GOLDSTEIN- FREUND –SOLNIT, **Before the Best Interests of the Child**, s. 18.

³⁰⁴ GOLDSTEIN- FREUND –SOLNIT, **Before the Best Interests of the Child**, s. 12.

³⁰⁵ FREEMAN, “The Limits of Children’s Rights”, s. 31.

nitelendirilmektedir³⁰⁶. 1989 Çocuklar Yasası ailenin gizliliği ve dokunulmazlığı ile çocuk yetiştirme sorumluluğundaki önemini onaylamaktaydı ve devlet kurumlarının aile ile işbirliğini desteklemekteydi. Yasa sistematığında sosyal hizmet uzmanları ve mahkemeler, görev ve yetkileri belirleyen sıkı yasal çerçeve uyarınca ancak yüksek risk taşıyan durumlarda aileye müdahalede bulunmakla görevli sayılmaktaydı³⁰⁷. Diğer taraftan hemen ifade edilmektedir ki yargısal müdahalenin yalnızca çok ağır ihmal olaylarında söz konusu olacağını öngören “yüksek eşik ölçütünün” amacı devletin çocuğun korunması görevini tamamen yadsıması değil, icrai nitelikteki yargısal müdahale yerine çoğu vaka için sosyal hizmet uygulamalarını içeren yoğunlaştırılmış aile desteği önlemlerine başvurarak çocuğun korunmasının sağlanmasıdır³⁰⁸. “Aile mahremiyeti ve özerkliği” ile “minimal devlet müdahalesi” kavramlarının, 1989 Çocuklar Yasası tarafından mahkemelere verilen rolü en güzel biçimde özetlediği ifade edilmektedir³⁰⁹. Öğretide son dönemlerde çocuk koruma anlayışının önceliğinin çocuğun korunmasından ailenin desteklenmesine doğru kaydığı ifade edilmektedir³¹⁰.

Fransa’da ise devrimin ilkelerinin tutuşturduğu fikirler, bir yandan devlet desteği görmenin bir hak olarak kabulüne neden olurken diğer yandan yeni cumhuriyetçi ideallerle eğitmek amacıyla devletin çocuklara el atmasına zemin hazırlamıştır. Napolyon döneminde kabul edilen Medeni Kanun (Code Civil) ailenin özerkliğini yeniden yüceltmiş ve çocuğun yetiştirilmesinde ebeveyn otoritesini desteklemiştir³¹¹. Çocukların ebeveyn istismarına karşı korunma hakkına yapılan vurgu ve suça eğilimli çocukların ve

³⁰⁶ LUCKOCK – VOGLER – KEATING, “Child Protection in France and England”, s. 298.

³⁰⁷ LUCKOCK – VOGLER – KEATING, “Child Protection in France and England”, s. 299.

³⁰⁸ Part III of the Act.

³⁰⁹ EGLIN, **Judicial Child Protection in France and England**, s. 8.

³¹⁰ EGLIN, **Judicial child protection in France and England**, s. 9.

³¹¹ Napoleon döneminde kabul edilen Medeni Kanunun aileye ve velayete yaklaşımı ve bu yaklaşımdaki değişim için bkz. Julliot de la MORANDIERE, “Fransız Medenî Kanununun Tadili”, Çev. Kemal Tahir GÜRSOY, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 3, 1950, ss. 414-425, s. 418-419.

genç suçluların sayılarının giderek artmasına bir tepki olarak 1889 tarihli Yasa kabul edilmiş ve çocuğun korunması toplumsal bir görev olarak yardım kuruluşları yanında bir kamu otoritesi eliyle organize edilmiştir. 1898 yılında kabul edilen ve çocuklara yönelik şiddet, zalimane muamele ve saldırı suçlarını cezalandırmayı amaçlayan yasa, çocukların ailelerinden alınarak koruyucu aile yanına yerleştirilmesi uygulamasına ise uygun olmadığı gerekçesi ile yer vermemiştir. 1935 yılına gelindiğinde ise kabul edilen bir tüzük, ebeveynin davranışları sonucu çocuğun sağlığı, güvenliği, ahlaki veya yetiştirilmesinin tehlikede olması durumunda ebeveynin yetkilerinin kaldırılmasına gerek görülmesini önlemek amacıyla “önleyici tedbirler” içeren hükümlere yer vermektedir. Savaş öncesi refah politikaları ve özellikle savaş sonrası yürürlüğe giren 1946 Anayasası’nın getirdiği ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kataloğu ile birlikte ailelerin çıkarlarını desteklemek amacıyla ulusal bir aile birliği kurulmuş ve önleyici refah politikaları uygulamaya konulmuştur. 1945 yılında çocuk suçluların davaları ile ilgilenmek üzere ilk kez bir çocuk yargıcı atanmıştır. 1958 yılında çocuk yetiştirmede aileye yardım sunulmasına dayanan bir sisteme (aide à l’éducation) geçilmiştir. Sistem çocukların suça sürüklenmesini önlemek amacıyla bir dizi önleyici tedbiri yaşama geçirmiş ayrıca ebeveynin velayet hakkının sınırlanması gibi bazı özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasına ihtiyaç duyulmasını daha başında önlemeyi amaçlamıştır³¹². Fransa’da çocuk koruma hizmetleri 1983 yılından itibaren, başlarında bir “Denetmen”in bulunduğu yerel yönetimlerin sosyal hizmet sunmakla görevli birimlerinin bir alt bölümü olan Çocuk Sosyal Yardım Servisi’ne (Service Aide Sociale à l’Enfance) devredilmiştir. Bu birimler ailelere, konusunda uzman eğiticiler aracılığıyla, aile bütünlüğünü bozan etkenlerin baştan ortadan kaldırılmasını amaçlayan önleyici eğitimler sunmakla yetkilidirler. 1989 tarihli yasa değişikliğinden sonra bu birimlere çocuğa

³¹² EGLIN, *Judicial Child Protection in France and England*, s. 12.

yönelik kötü muamele ve ihmal olaylarını önlemek ve kötü muamelenin gerçekleşmesi durumunda raporlama görevi verilmiştir. 1994 yılında yapılan değişiklik ile de Çocuk Sosyal Yardım Servisine bağlı olarak çalışan kamu görevlilerine, çocuklara yönelik suç işlenmesi durumunda olayın Denetmenin önüne getirilmesi görevi verilmiştir. Bu aşamadan sonra çocuğun aileden alınması önlemini de içeren, aileye bazı yükümlülükler öngörülmesini de kapsayan kararların alınması sürecinde aile ile görüşülmektedir. Ailenin varılan kararlar konusunda rızası alınmaktadır. Çocuğun kötü muamele kurbanı olması ya da ailenin Çocuk Sosyal Yardım Servisinin müdahalesini açıkça reddetmesi durumunda konu savcılığa sevk edilmektedir. Savcılık çocuğun kötü muamele gördüğüne dair yeterli kanıtı ulaşması durumunda konuyu çocuk yargıcına taşımaktadır. Çocuğun ve ailenin durumunu değerlendiren ve çocuğun korunması için gerekli olan eylem hakkında bir karara varan hâkimin görevi, çocuğu korumanın aracı olarak önerdiği tedbirlere velilerin rızasını davet etmek ve teşvik etmektir. Bu düzenlemenin Kıta Avrupası aile hukukunun rızaya dayalı niteliğini yansıttığı ifade edilmektedir³¹³. Fransa çocuk koruma sisteminde çocuk yargıcının çocuğun aileden kalıcı olarak alınmasını içeren bir yetkisi bulunmamaktadır. Yalnızca geçici bir tedbir olarak çocuğun başka bir ikametgâha yerleştirilmesine karar verebilir³¹⁴. Yargıcın çocuğun uygun bakım ve kontrolünü sağlamak üzere aileye sunulacak destek ve gözetim hakkında ailenin rıza göstermesi için ikna etmekle yetkili olmasının bir sonucu olarak gündeme gelen aile devlet bütünleşmesi, çocuğun bağımlılığını kurumsallaştırdığı gerekçesi ile eleştirilebilir.

Fransız yargı sisteminde çocuk mahkemesi yargıcının daima çocuk adına hareket ettiği kabul edildiğinden çocuğun ya da ailesinin bir avukat tarafından temsili yasa tarafından engellenmiş olmasa da oldukça işlevsiz bir girişim olarak kalmaktadır. Yasanın sistematüğinde çocuğun ayrı bir avukatla temsili yasaklanmamış olmakla birlikte,

³¹³ Bkz. LUCKOCK – VOGLER – KEATING, “Child Protection in France and England”, s. 307.

³¹⁴ LUCKOCK – VOGLER – KEATING, “Child Protection in France and England”, s. 309.

aile yargıcının çocuğun menfaatlerini en iyi biçimde koruyacağı kabul edilerek avukata etkin bir yetki verilmemiştir. Bu yaklaşımın çocukların ayrı temsillerini tehlikeye atmış olduğu değerlendirilebilir. Diğer yandan Fransız hukuk sisteminde yönetsel makamlar tarafından belirlenen aile yardımı ve destek programına ailenin ve çocuğun itiraz etme olanağı bulunmamaktadır. Bu bilgiler çerçevesinde Fransa çocuk hakları yaklaşımının çocuğun korunmasında aileyi merkezi bir konuma yerleştiren ve çocuğu özerk bir hak öznisi olarak nitelemeyen, aileye yapılan atfın aslında toplumsal düzene duyulan ihtiyacı yansıtan bir nitelik taşıdığı ifade edilebilir.

Kıta Avrupası'nın diğer ülkelerinde de XIX'uncu yüzyılın başlarından itibaren çocuğun bir hak öznisi olarak kabulünü yansıtan yasal düzenlemeler belirmeye başlamıştır.

Belçika'da ebeveynin çocuğuna karşı bakım yükümlülüğü yasal düzenleme ile garanti altına alınmıştır. Çocuğun evlenme kararı alabilmesi için yasanın gerekli gördüğü ebeveynin rızasının alınmış olması şartının, önemli nedenlerin bulunması durumunda mahkeme kararı ile bertaraf edilmesi olanağı da yasa ile tanınmıştır. Bu karara ilişkin yargısal sürecin bizzat çocuk tarafından başlatılması yetkisi kanun tarafından çocuğa verilmiştir³¹⁵. Ana babanın rıza vermemesi durumunda çocuğa uyuşmazlığı tek başına mahkeme önünü taşıma yetkisi verilmesi, çocuğun iradesine başlı başına bir önem atfedildiğinin göstergesi olarak yorumlanabilir. Ayrıca yukarıda ifade edilen ebeveynin çocuğa karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, çocuğun bakım ve gözetim görevinin ifasını isteme hakkı olduğu kabul edilmiş, başlangıçta bu hakkın ifası için açılan davanın, çocuk adına atanan bir vasi tarafından açılabilceği kabul edilmekte iken, yakın zamanda hakkın niteliği gereği kişiye bağlı bir hak olduğundan hareketle yargısal sürecin bizzat çocuk tarafından başlatılabileceği kabul

³¹⁵ Aynı yöndeki görüş için bkz. VERHELLEN, "Changes in the Images of the Child", s. 85.

edilmiştir³¹⁶. Çocuğa yargı önünde tanınan taraf olma yetkisi çocuğun öznel hak sahibi olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak yorumlanmaktadır³¹⁷. Çocuğun haklarına ilişkin yargısal süreçlerin bizzat çocuk tarafından başlatılmasını olanaklı kılan bu düzenleme çocuğu özerk hak öznesi olarak tanımakla kalmayıp hayata geçirme amacının bir göstergesi olarak yorumlanabilir.

Kıta Avrupası'nda çocuğun özerkliğini tanıma amacıyla usul hukukunda da çocuğa farklı haklar tanınmaya başlamış, çocuğun kanuni olarak ehliyetsiz kabul edilmesi ilkesinin artık aşıldığı düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu kapsamda çocuğun görüşünün alınmasını öngören kanuni hükümlere çeşitli ülke yasalarında rastlanmaktadır. Örneğin Almanya'da hâkime boşanma davası sırasında on dört yaşını tamamlayan çocuğun görüşünü de alma yükümlülüğü getirilmiştir. Benzer biçimde Hollanda yasalarında on iki yaşını tamamlayan çocuğun, Fransa'da ise on üç yaşını tamamlayan çocuğun aile hukuku davalarının görülmesi sırasında görüşünün alınması bir yasal zorunluluk olarak düzenlenmiştir. İngiltere ve Belçika'da ise çocuğun görüşünün alınmasını emreden bir yasal düzenlenmeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte çocuğun görüşünü alma yükümüne yer veren ülkelerde de hâkimin kararını verirken çocuğun görüşünü göz önünde bulundurma zorunluluğuna yer veren bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Çocuğun görüşünün göz ardı edilmesini yaptırıma bağlayan bir hükme de yer verilmemiştir. Ayrıca görüşü alınan çocuğun, görüşünün karara yansımamış olması halinde başvurabileceği bir itiraz mekanizması da bulunmamaktadır.

Avrupa ülkelerinde II'nci Dünya Savaşından sonra toplumların toparlanma sürecinin hemen ardından yeni bir toplum anlayışı ortaya çıkmıştır. Bu yeni toplumsal düzende devlet tarafından toplumun maddi refahına verilen öncelik yanında bireyin moral ve sosyal refahına da önem atfedilmeye başlanmıştır. 1960'lar ile 1970'lerde egemen olan

³¹⁶ VERHELLEN, "Changes in the Images of the Child", s. 85.

³¹⁷ VERHELLEN, "Changes in the Images of the Child", s. 85.

ve eşitliği temel bir değer olarak gören bu yaklaşım, bireyin kişisel gelişimi ile ilgili tüm alanlarda eşit olanağa sahip olması olarak tanımlanmış, yasalar ise toplumu dönüştürmenin en etkili araçları olarak işlev görmüşlerdir. Gençler bu dönemde devletin özel ilgisine mazhar olmuşlar ve yetişkin olmayan bireylerin yaşamlarına yönelik devletin müdahaleci politikalarında belirgin bir artış olmuştur. Çocuk ve genç yaşamına yönelik bu devlet müdahalesi, bireyin beden ve ruh bütünlüğü ve insan onuruna bir müdahale olduğu ve insanın en önemli niteliği olarak görülebilecek kendini gerçekleştirme olanağına ket vurma niteliği taşıdığı gerekçesi ile eleştirilmektedir³¹⁸.

Hollanda’da çocuğun korunması adına II’nci Dünya Savaşından itibaren yasalarla devletin üstlendiği sorumluluğun giderek arttığı ve bu müdahalenin bireyin kendi yaşamını belirleme hakkının ihlali niteliğinde olduğu ifade edilmektedir³¹⁹. Bir başka Avrupa ülkesi olan Norveç’te insan hakları kavramının unsurlarından biri olan bireyin kendi kaderini tayin hakkı çocuklar bakımından da mutlak haklardan biri olduğu kabul edilmekte ve çocuk üzerinde ebeveynin mutlak otoritesinin iptali anlamına gelen düzenlemeler yapılmaktadır. Norveç’te 1982 yılında yapılan bir yasal değişiklikle anne babanın çocuğunun üzerindeki mutlak hak sahibi oldukları yaklaşımının terkedilmesi amacıyla, yalnızca ana-babanın çocuğa karşı sorumluluklarının bulunduğu kabul edilmiştir. Norveç hukukunda çocuğun gelişimi ile orantılı olarak ana babanın çocuk adına karar alma yetkisinin azalacağı; buna karşılık çocuğun, görüşlerini açıklama, kararların alınmasına katılma ve kişisel kararlarını alma hakkının kademeli olarak

³¹⁸ Coby DE GRAEF, “Rights of Children in a Changing World”, içinde: Michael. FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, ss. 115-124, s. 115.

³¹⁹ DE GRAEF, “Rights of Children in a Changing World”, s. 122-123.

tanınacağı ve yaşı ilerledikçe çocuğun görüşünün önem kazanacağını hükme bağlayan bir yasal düzenleme kabul edilmiştir³²⁰.

İskoç hukukunda da 1978 tarihli yasa ile çocuğun hayatını derinden etkileyen evlat edinme kararının alınabilmesi için mahkemelere çocuğun rızasını alma yükümü getirilmiştir³²¹. Yasa koyucu evlat edinme kararı verilebilmesi için biyolojik ana-babanın rızasının alınmasını gerekli görmüştür. Ebeveynin haklı bir nedene dayanmaksızın rızadan imtina etmesi durumunda mahkemeye, ana babanın rızası olmaksızın da evlat edinmeye karar verme olanağı tanınmıştır. Bu düzenleme, evlat edinilmek istenen çocuğun haklı bir nedene dayanmaksızın rıza vermiyor olması durumunda mahkemeye bu yönde bir yetki tanınmamış olmasından hareketle, çocuğu etkileyen kararların alınması sürecinde çocuğun iradesine kurucu bir rol verildiğini göstermesi bakımında önemlidir³²².

İskoçya’da çocuğun görüşünün etkili bir biçimde alınması amacıyla kurulan “Children’s Hearing System”, kendisi hakkındaki kararların alınması sürecinde çocuğun görüşünü etkili bir biçimde ifade edebilmesi olanağı sunmaktadır³²³. Özetle sistem, gerek bakım, gözetim ve koruma altına alınan gerekse bir suç işlediği iddia edilen çocuklarla ilgili karar sürecinde çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin prosedürü belirlemektedir. Sistem özellikle suç işlediği ileri sürülen çocuk için, geçmişin problemlerinden kurtularak gelecek için özünde cezalandırıcı nitelikte olmayan olumlu bir plan ortaya koymayı amaçlamaktadır. Oturum, çocuğun, ebeveynin, sosyal çalışmacının ve savcılık

³²⁰ Malfred Grude FLEKKOY, “Attitudes to Children—Their Consequences for Work for Children”, içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1992, ss. 135-147, s. 137.

³²¹ Adoption (Scotland) Act 1978. Yasa metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/28> (erişim tarihi: 17.2.2019).

³²² Elaine E. SUTHERLAND, “The Role of Children in the Making of Decisions Which Affect Them”, içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, ss. 155-166, s. 157.

³²³ SUTHERLAND, “The Role of Children in the Making of Decisions Which Affect Them”, s. 158.

temsilcisinin katılımıyla gerçekleştirilmektedir. İskoçya’da geçerli olan bu sistem, çocuğa ilişkin kararların alınma sürecinde yalnızca çocuğun görüşünün alınmasının mümkün olduğunu göstermekle kalmayıp çocuğun sürece katılımına, alınacak kararın çok önemli bir unsur olarak misyon yüklenebileceğini de göstermesi bakımından önemlidir³²⁴. Çocuğun yargılanması ve koruma altına alınması gibi iki önemli alanda başarı ile uygulanabilen çocuğun kendisi hakkındaki karar süreçlerine etkili olarak katılabilmesini olanaklı kılan bu sistem, çocuğun kendisine ilişkin tüm kararların alınması süreçlerine katılmasının önünde bir engel bulunmadığını da göstermektedir. Bu sistem aynı zamanda çocuğun görüşünün alınmamasının aslında onu göz ardı eden, dışlayan bakış açısından kaynaklandığını ortaya koymaktadır. İskoçya Sosyal Hizmet Yasası’nda da bir kamusal kuruma ya da bir gönüllü hizmet kuruluşuna bağlı merkezlerde bulunan çocukların yaşı ve anlama yetisi de dikkate alınarak istek ve önerilerinin saptanması için çaba harcanması hükme bağlanmıştır³²⁵. Bu hüküm uyarınca bir kurum bakımı altında bulunan çocukların kendilerini ilgilendiren kararların alınmasına katılma hakkı yasal güvenceye bağlanmış olmakla birlikte ana babaları ile birlikte yaşayan çocuklar bakımından katılım hakkının sağlandığını ifade etmek zor görünmektedir. Ebeveynler çocuklarının kişiliği ve mamelekleri hakkındaki tüm kararları özellikle 16 yaşından küçük çocuklar bakımından tek başına alabilmektedir. Ebeveynin bu yetkisine mahkemeler ancak alınan kararın çocuğun menfaatine açıkça aykırı olduğunun ispatlanması durumunda müdahale edebilmektedirler³²⁶. İlgisi bulunan üçüncü kişiler ve teorik olarak çocuğun kendisi de mahkemeye, ana babanın kararına karşı itirazda bulunabilmektedirler³²⁷.

³²⁴ SUTHERLAND, The Role of children in the Making of Decisions Which Affect Them, s. 159.

³²⁵ Scotland Social Work Act, 1968, s. 20. Yasa metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/49/contents> (erişim tarihi: 19.2.2019).

³²⁶ Scotland Parent and Child Act 1986, s. 3.

³²⁷ Scotland Parent and Child Act 1986, s. 3/1.

Alman usul hukukunda da aile ya da vesayet mahkemesi olarak görev yapan hâkimlere çocuğun haklarının ve menfaatlerinin korunması adına çok geniş takdir yetkisi tanınmaktadır³²⁸. Almanya’da diğer pek çok Kıta Avrupası ülkesinde uygulandığı üzere boşanma, velayet ya da çocuğun etkilendiği her hangi bir uyuşmazlığa ilişkin kamu yararı kavramının, çocuk lehine yargının müdahalesini meşrulaştırdığı kabul edilmektedir. Bu gerekçeyle yasalarla, yargı makamlarının özel hukuk uyuşmazlıklarında kamu yararı gerekçesiyle taraflardan herhangi birinin talebiyle bağlı olmaksızın karar alma yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir³²⁹.

Çocuğun aile içinde de ebeveynleri tarafından ihmale ve istismara uğratıldığına ilişkin bulgularla gün geçtikçe daha sık karşılaşıyor olması nedeniyle Alman Medeni Kanunu, ebeveynin çocuğun bakım ve gözetiminde ihmallerinin olduğunun saptanması durumunda, devlete müdahale yükümü getirmektedir³³⁰. Kanun, aile mahkemelerine ebeveynin yükümlülüklerini kötüye kullanımı, çocuğun ihmal edilmesi, ebeveynin kusurları olmaksızın görevlerini yerine getirememeleri veya bir üçüncü şahsın davranışları nedeniyle çocuğun fiziksel, zihinsel veya ahlaki açıdan zarar görmesini engellemek amacıyla gerekli tüm önlemleri alma yetkisi vermektedir³³¹. Mahkeme tehlikenin ağırlığına göre tehlikeyi önlemeye en uygun ve gerekli önlemleri belirlemede takdir yetkisine sahiptir. Alman Medeni Kanunu ebeveyn ile çocuk arasında haklar çatışması olasılığını kabul etmekte, ana babanın çıkarları ile çocuğun çıkarlarının çatışması durumunda, ebeveynin çocuğu mahkeme önünde temsil etme hakkının

³²⁸ Nina DETHLOFF, “Parental Rights and Responsibilities in Germany”, **Family Law Quarterly**, Vol. 39, No. 2, 2005, ss. 315-337, s. 327.

³²⁹ Ludwig SALGO, “Child Protection in Germany”, içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, ss. 264-288, s. 270.

³³⁰ Alman Medeni Kanunu, md. 1666, 1666a. Madde metinleri (İngilizce) için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (erişim tarihi: 19.2.2019).

³³¹ Md. 1666. Ayrıca bkz. DETHLOFF, “Parental Rights and Responsibilities in Germany”, s. 327.

kaldırılmasına karar verme yetkisini tanımaktadır³³². Çocuk ile ana baba arasında mameleki çıkarların yarışması durumunda, geleneksel aile hukuku çocuğun mameleki haklarının korunması konusunda yüksek hassasiyet ve duyarlılık göstermektedir. Çocuğun velayeti ve bakımı konusundaki menfaatlerinin ana babanın hakları ile çatışması durumunda ise yasaların aynı hassasiyete sahip olduklarını ileri sürmek zor görünmektedir. Alman aile hukuku çocuğun mameleki haklarının korunmasında evlat edinme ve gayri meşru çocuğun tanınmasında çocuğa bağımsız bir yasal temsilci atanmasını kabul edegelmiştir. Fakat çocuğun kişisel haklarına ilişkin konularda bağımsız bir yasal temsilci atanması konusu yargısal tanıma başlığında ifade edileceği üzere Alman Yüksek Mahkemesinin kararları ile kabul edilmiştir.

Sosyal devlet uygulamalarının tarihsel seyrine uygun olarak Almanya’da da 1922 tarihli gençlere yönelik sosyal hakları düzenleyen yasa, kamu düzenini korumayı öncelediği ve bastırıcı, önleyici tedbirlere ağırlık verdiği gerekçesi ile eleştirilmiş, Kanunun yeniden ele alınması konusundaki öneriler hemen hemen hiç itirazla karşılaşmamıştır. Çocuklar, gençler ve bunların aileleri üzerinde gözetim ve kontrol uygulamaları içeren bu Kanun, bireysel özerkliğin ön planda kabul edildiği günümüz sosyal hizmet anlayışı ile çeliştiği gerekçesi ile 1990 yılında değiştirilmiştir. Bu yasa, merkezine aileyi almış ve önleyici tedbirlere ağırlık vermiştir. Söz konusu Yasa çerçevesinde çocuk ya da genç yerine ailenin kendisi, bazı hizmetlerin sahibi olarak haklar kazanmıştır. Aile içinde zarar gören ya da yeterli bakımı alamayan çocuklar için yasanın, planlı, süre bakımından sınırlanmış ve amaç odaklı devlet müdahalesini ön plana çıkardığı ifade edilmektedir³³³. 1979 yılında yapılan bir değişiklik ile Alman Medeni Kanununun ilk kabul edildiği dönemlerde geçerli olan ve anne-babanın çocuk üzerinde otoritesinin bulunduğunu kabul eden anlayış terk edilerek ebeveynin çocuğa yönelik

³³² SALGO, “Child Protection in Germany”, s. 270.

³³³ SALGO, “Child Protection in Germany”, s. 280.

yalnızca görev ve sorumluluk sahibi olduğunu kabul eden yaklaşım benimsenmiştir³³⁴. Ana babanın çocuğa karşı sorumlulukları, çocuğun bakımı, kişiliğinin ve mamelekinin korunmasını kapsamaktadır³³⁵. Çocuğun kişiliğinin korunmasına ilişkin yükümlülükler Alman Medeni Kanununa göre çocuğun bakım ve eğitimi ile çocuğun ikametgâhının belirlenmesini³³⁶ kapsamaktadır. Kanuna göre çocuğun eğitimi dini eğitimi de içermektedir³³⁷. Kanun, çocuğun bakım yükümlülüğü yerine getirilirken çocuğun şiddet görmeden büyütülmesini emretmektedir³³⁸. Bir ilişkide temas eksikliğinin kişilerin yabancılaşmasına ve uzun vadede ilişkinin yok olmasına neden olabileceği ve bu durumun özellikle çocuklar bakımından gelişimlerinin olumsuz etkilenmesine neden olacağı gerekçesi ile Alman hukuk sisteminde çocuğun temel haklarından biri olarak kabul edilen bir diğer hak, ebeveynleri ve gelişimleri için yaşamsal öneme sahip kişiler ile ilişki içinde olma hakkıdır³³⁹. Çocukların her iki ebeveynle de görüşme hakları yasal bir hak olarak düzenlenmiştir³⁴⁰. Bu hak ebeveynler bakımından aynı zamanda bir görev olarak kabul edilmektedir. Çocukla görüşme hakkı ve ödevinin, velayet durumundan bağımsız olarak mevcut olduğu ifade edilmektedir³⁴¹. Alman Medeni Yasası'nın 1686'ncı maddesi uyarınca bu hak ve ödev çerçevesinde ebeveynler çocuğun kişisel durumu hakkında, çocuğun refahı ile uzlaşacağı ölçüde bilgi isteyebilirler³⁴². Çocuğun kişisel durumu hakkındaki bilgilere erişim hakkı, ebeveynin bakım ve çocuk ile temas hakkından

³³⁴ DETHLOFF, "Parental Rights and Responsibilities in Germany", s. 316.

³³⁵ Alman Medeni Kanunu, md. 1626 (1), ilk cümle.

³³⁶ Md. 1631(2).

³³⁷ 15.07.1921 tarihli Çocukların Dini Eğitimi Yasası (Act on the Religious Education of Children of 15.07.1921), (RGBl). (Reichsgesetzblatt) 1921, s. 939.

³³⁸ Alman Medeni Kanunu, md 1631 (2).

³³⁹ DETHLOFF, "Parental Rights and Responsibilities in Germany" s. 328.

³⁴⁰ Düzenleme için Bkz. Alman Medeni Kanunu, md. 1684 (1).

³⁴¹ DETHLOFF, "Parental Rights and Responsibilities in Germany", s. 328.

³⁴² DETHLOFF, "Parental Rights and Responsibilities in Germany", s. 328.

bağımsız olarak güvence altına alınmıştır³⁴³. Ayrıca 2004 yılında kabul edilen bir değişiklik ile çocukla ilişki kurması çocuğun menfaatine olacak üçüncü kişilerin de çocukla kişisel ilişki kurma hakları tanınmıştır³⁴⁴.

Latin Amerika ülkelerinde³⁴⁵, XX'nci yüzyıla kadar, suça karışan 18 yaşından küçüklerin cezalarının üçte bir oranında azaltılması dışında çocuğun haklarına ilişkin her hangi bir yasal düzenleme yer almamaktaydı. Çocuğa ilişkin özel hukuk kurallarının ise Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin kabulünden önce yok denecek kadar az olduğu ifade edilmektedir³⁴⁶.

Latin Amerika'da 1920 ve 1930'larda cezaevi koşullarının iyileştirilmesini amaçlayan yasal değişimden çocuk ceza infaz kurumları da nasibini almıştır. Ancak suça karışan çocukların hakları kabul edilmeksizin cezaevi fiziksel koşullarının iyileştirilmesini konu alan reformlar çerçevesinde hala çocuğun haklarından söz etmek mümkün görünmemektedir.

Çocuklara ilişkin ilk yasal düzenlemeler “düzensiz koşullar” (irregular situation) içindeki çocukların durumlarının düzeltilmesine odaklanıyordu. Çocukları küçükler ve erişkinler olarak iki gruba ayıran yasa çerçevesinde “küçükler” temel ihtiyaçları karşılanan-karşılanmayan” erişkin çocuklar ise suça karışan-karışmayanlar olarak ikiye ayrılıyordu. Çocukların bu tür bir ayırım çerçevesinde değerlendirilmesi, belli hakların yasal özneleri olarak kabul edilmeleri yerine devlet müdahalesinin basit birer araçları

³⁴³ Alman Medeni Kanunu, md. 1686, (1)

³⁴⁴ Büyük anne ve baba, kardeşler, koruyucu aile, koruyucu anne-baba gibi kişiler olabilecektir. DETHLOFF, “Parental Rights and Responsibilities in Germany”, s. 329.

³⁴⁵ Latin Amerika ülkelerinde çocuk haklarının görünümünü inceleyen bir çalışmada, bölgede çocuğa ilişkin yasal düzenlemeler, suça karışan çocuklar ile bakıma muhtaç çocukların durumlarına damgalayıcı ve ayrımcı bir üslupla işaret eden tek bir kavram, “irregular situation” çerçevesinde şekillendiği gerekçesiyle, ülke ülke inceleme yerine tüm bölgenin çocuk hakları yaklaşımını bu kavram üzerinden değerlendirmiştir. Çalışmada yasalarda “irregular situation” yaklaşımının terkedilmesi amacıyla yapılan reformlar anlatılmaktadır. Bkz: Emilio Garcia MENDEZ, **Child Rights in Latin America: From “Irregular Situation” to Full Protection**, UNICEF International Child Development Centre, Florence, 1998

³⁴⁶ MENDEZ, **Child Rights in Latin America**, s. 1.

olarak görülmelerine yol açtığı gerekçesi ile eleştirilmektedir³⁴⁷. Yasa ayrıca “terkedilmiş sayılan çocuk” (supposedly abandoned) ve “suçlu kabul edilen” (presumably delinquent) gibi kavramlar, çocuklar üzerinde haksız devlet müdahalesine zemin hazırlamıştır. “Supposedly-iddia edilen” ve “presumably-varsayılan” ifadelerinin kabul edilmiş olması terkedilmiş ya da suçlu sayılmamak için çocuklar için hiçbir hukuki korumanın bulunmaması ve yasanın bu yaklaşımıyla liberal hukukun en temel ilkelerini ihlal ettiği, çocuk üzerinde keyfi devlet müdahalesine yol açtığı gerekçesi ile eleştirilmektedir³⁴⁸.

Çocuklara yönelik ayrımcılık ve damgalamaya yol açan bu yaklaşım ile mücadelede Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin önemli etkileri olmuştur. Öğretide Sözleşme’nin kabulünden sonra kabul edilen yasalar “ikinci kuşak” yasalar olarak adlandırılmaktadır³⁴⁹. Sözleşme’nin çocuğun geniş kapsamlı hakların öznesi kabul eden yaklaşımı bu yasalarda büyük ölçüde benimsenmiştir. Ancak bu yasal reformun gerçekleştirilmesi aşamasında çocuk hakları alanında fikir üreten tüm kesimlerin geniş kapsamlı katılımı sağlanmaksızın az sayıda uzmanın görüşleri çerçevesinde şekillenen hükümlerin, özellikle genç suçluluğunun azaltılmasında önemli denebilecek bir düşüşü beraberinde getirmediği de ifade edilmektedir³⁵⁰. Bu durumun nedenleri arasında Sözleşme’nin imzalanmasından sonra yeni yapılan yasalarla birlikte eski yasaların da yürürlüğünü sürdürmesine işaret edilmektedir.

b. Türkiye’de Çocuk Haklarının Yasal Tanınması

Türkiye’de endüstrileşme hareketlerinin etkilerinin, Batı’dakinden yaklaşık yüzyıl kadar geç ortaya çıkmış olması, modern anlamda çocuk koruma politikalarının uygulanmasına daha geç ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur. Ancak özellikle Osmanlı

³⁴⁷ MENDEZ, *Child Rights in Latin America*, s. 1.

³⁴⁸ MENDEZ, *Child Rights in Latin America*, s. 1-8.

³⁴⁹ MENDEZ, *Child Rights in Latin America*, s. 6.

³⁵⁰ MENDEZ, *Child Rights in Latin America*, s. 8.

Devleti'nin dağılma döneminde yaşanan kanlı savaşların ağır etkileriyle kimsesiz kalan çocukların bakım ve gözetilmesi amacıyla başlayan kurumsallaşma süreci, başlı başına yeni kurulan Cumhuriyetin çocuklarla ilgili ortaya koyacağı faaliyetlere de zemin hazırlamıştır. Bu amaçla 1921 yılında çıkarılan 151 sayılı yasa³⁵¹ ile on sekiz yaşından küçüklerin maden ocaklarında çalıştırılmalarını yasaklamış, 1930 yılındaki Umumi Hıfzıssıhha Kanunu en düşük çalışma yaşını on iki olarak belirlemiştir. Yine ilerleyen tarihlerde kabul edilen 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirge Kanunu, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu, 2916 sayılı Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Kanunu, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu çocukların haklarının tanınmasına ilişkin kurallar içermektedir. Bu düzenlemeler çocuğun korunması yaklaşımını yansıtmaktadır. 1926 tarihinde kabul edilen Türk Medeni Kanunu³⁵², ana babanın, çocuğuna özen gösterme, onu bedenlen, fikren ve ruhen gelişmiş ve olgunlaşmış, eğitim ve öğretim görmüş bir birey olarak hayata hazırlama yükümünü hüküm altına almıştır. Medeni Kanun, bu yaklaşımıyla çocuğu yalnızca korunup kayırlacak bir varlık olarak görmediğini, özerk bir özne olarak değerlendirdiğini ortaya koymaktadır.

Bu yasal düzenlemelerin yaklaşımından hareketle, Türk hukukunda modern hukuktaki gelişime paralel olarak çocuğun korunmaya muhtaç ve özel haklarla güçlendirilmesi gereken bir varlık olduğu yaklaşımının benimsendiği değerlendirilebilir. Ayrıca Medeni Kanunun kabulüyle çocukla ilgili her alanda ve özellikle velayet ilişkisinde çocuğun yararının gözetilmesi en azından düşünsel düzlemde temel bir ilke durumuna gelmiştir³⁵³. Öte yandan çocuğun kişiliğinin daha güçlü korunması ve çocuğun

³⁵¹ Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Muteallik Kanun, Kabul tarihi: 10/9/1337, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3, Cilt: 2, s. 91

³⁵² 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi.

³⁵³ SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 75-76; Bilge ÖZTAN, **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2004, s. 517, 625 vd., 648; Hülya İMAMOĞLU, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54 Sayı 2, 2005, ss. 183-218, s. 193.

kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi velayeti yönlendiren ve ana babanın çocukla ilgili karar verme yetkisini sınırlayan bağımsız bir ilke olarak kabul edilmiştir³⁵⁴.

Çalışmanın devamında çocuğun haklarına ilişkin düzenlemelerden hareketle Türk hukukunda geçerli çocuk hakları yaklaşımı tanımlanmaya çalışılacaktır.

aa. Türk Hukukunda Çocuğun Korunması İle İlgili Düzenlemeler

Batıdaki yasal gelişimin çocuk koruma anlayışını yansıtan düzenlemelerin çocuğun özerkliğinin tanınarak özgürlüğünü sağlamayı amaçlayan yasal düzenlemelere evrilen bir gelişim göstermiş olmasına paralel olarak, ülkemizdeki yasal düzenlemelerin de benzer bir gelişim gösterdiği değerlendirilebilir. Bu başlık altında Türk hukukunda çocuğun korunmasını önceleyen koruyucu yaklaşım ile başlı başına bir hak öznesi olarak kabul edilerek özerkliğinin ve özgürlüğünün tanınması anlayışının aşamalı olarak geliştiği biçiminde yorumlanabilecek yasal düzenlemeler üzerinde durulacak, yalnızca çocuğu korumaya odaklanan ancak çocuğun özerk bir hak öznesi olarak tanınması süreci ile çelişkili olduğu değerlendirilebilecek hükümlere de dikkat çekilecektir.

Cumhuriyetin kurulmasından sonra, çocuğun korunması devletin görevleri arasında kabul edilmiştir³⁵⁵.

Türk hukukunda çocuğun kişiliğinin geliştirilmesi ve korunması gereğini ifade eden çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'na paralel olarak Türk Medeni Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde de ifadesini bulmuştur. 743 sayılı Medeni Kanunun “*Ana ve baba, kudretlerine göre çocuğu yetiştirmekle ve çocuk alîl veya aklî zaif ise hâline münasip bir terbiye vermekle mükelleftirler*” (md. 264), “*Ana ve baba, çocuğun meslekî terbiyesini sevk ve idare eder ve mümkün mertebe kuvvet ve kabiliyetini ve arzularını nazara alır*” (md. 265) hükümleri çerçevesinde, çocuğun yetiştirilmesi

³⁵⁴ İMAMOĞLU, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, s. 193.

³⁵⁵ İNAN, **Çocuk Hukuku**, s. 32-35.

konusunda ana babanın görevli olduğu, velayet yetkisinin çocuğun olgunluk seviyesi ve görüşleri göz önünde bulundurularak kullanılması gereken bir yetki olduğu kabul edilmiştir. Devletin bu konudaki görevlerinin çerçevesinin belirlenmesi amacıyla 23.5.1957 tarihinde 5387 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Kanunun 1'inci maddesinde “*Beden, ruh ve ahlak gelişmeleri tehlikede olup, ana ve babasız, ana ve babası belli olmayan, ana ve babası tarafından terk edilen, ana ve babası tarafından ihmal edilip fuhşa, dilenciliğe, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanmaya veya serseriliğe sürüklenmek tehlikesine maruz bulunan çocuklar*” korunmaya muhtaç çocuk olarak nitelendirilmiştir.

743 sayılı Medeni Kanun yerine kabul edilen 4721 sayılı Medeni Kanun çocuğun aile içinde korunması yaklaşımı ile olgunluğu ölçüsünde görüşlerinin dikkate alınmasını da ilkesel olarak benimsemiştir. Özellikle ana baba ve çocuğun karşılıklı saygı gösterme yükümlülüğünü öngören Medeni Kanunun 322'nci madde hükmü ile birlikte velayete ilişkin 339 ve 340'ıncı madde hükümleri çocuğun gelişen yetkinliğinin dikkate alınması ilkesi bakımından önemlidir. 339'uncu maddesi, çocuğun olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme imkânı tanıma ve önemli konularda olabildiğince düşüncesini göz önünde tutmalarını ana baba bakımından yasal bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. 340'ıncı madde hükmünde ise ana babanın, çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamakla ve korumakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı hükme göre ana baba, çocuğa yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde genel ve mesleki bir eğitim sağlamalıdır. Söz konusu hükümler çerçevesinde çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi, olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme serbestisinin tanınması, düşüncesinin dikkate alınması, çok yönlü gelişiminin desteklenmesi, yeteneklerine ve eğilimlerine uygun eğitim sağlanması bir hak olarak kabul edilmiştir. Anılan hükümlerle çocuğun ana babaya itaat yükümü karşısında ana babanın da çocuğa karşı yükümlülükleri tanınmış, daha da önemlisi ana babanın çocuğun gelişen kapasitesi ile orantılı olarak

çocuğa “kendi hayatını düzenleme olanağı” tanınmaları ve önemli kararlarda çocuğun görüşünü göz önünde bulundurmaları yükümüyle çocuğun ana baba karşısındaki konumunun güçlendirilmesi ve çocuğun kişiliğinin daha etkili biçimde korunması amaçlanmıştır. Böylece çocuğun kişiliğine değer verilmesi gereğini somutlaştıran bu hüküm, aynı zamanda çocuğun kişiliğinin korunmasına da hizmet etmektedir³⁵⁶.

Ana baba, Medeni Kanun’un 339 vd. hükümlerinde düzenlenen velayet hakkı kapsamında çocuğu eğitme ve ona talimat verme hakkına dayanarak çocuğa yönelik bazı müdahalelerde bulunabilecektir. Bu noktada ana babanın velayet hakkından doğan yetkilerini kullanması, Medeni Kanun’un 24/II hükmü anlamında kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasıdır ve özel hukuktan kaynaklanan bir hukuka uygunluk sebebi niteliğindedir. Ancak ana babanın çocuğun kişiliğine yönelik müdahalesi, velayetin amacına uygun ve gereği gibi ifası için zorunlu olanı aşamayacağından velayetten kaynaklanan müdahale hakkı, belli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlardan biri de velayetten kaynaklanan yetkilerin ölçülülük ilkesinin gereklerine göre kullanılmasıdır. Buna göre çocuğun kişiliğine yönelik müdahale, velayetin amacı bakımından elverişli, zorunlu ve orantılı olduğu takdirde hukuka uygundur³⁵⁷.

Velayet hakkının diğer bir sınırının da Kanun’un 322’nci maddesinde düzenlenen çocuğun görüşüne saygı ilkesi olduğu değerlendirilebilir. İdare hukukundaki “kamu yararı” ilkesinin idari işlem ve eylemlerin geçerlilik koşulu olarak işlev görmesine benzer biçimde ana babanın çocuğa ilişkin işlemlerinde “çocuğun görüşüne saygı ilkesi”ni göz önünde bulundurmaları çocuğun menfaatine en uygun olan karara ulaşmalarına ışıktutacaktır. Çocuğun görüşüne saygı ilkesinin, idare hukukundaki kamu yararı ilkesine benzer biçimde işlemin geçerlilik koşulu olarak işlev görmesinin, çocuğun yüksek yararı

³⁵⁶ Hülya İMAMOĞLU, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenlemeler ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 1, 2005, ss. 165-190, s. 174.

³⁵⁷ İMAMOĞLU, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, s. 202-203.

ilkesini somutlaştıracak ve böylece çocuğun kişiliğine saygıyı temel alan bir sonuca ulaşılmasına katkı sağlayacağı değerlendirilebilir.

Ana babanın çocuğu tedip yetkisi, Medeni Kanun'daki düzenleme sebebiyle Türk hukuku bakımından da üzerinde durulması gereken bir husustur. Yeni tarihli Medeni Kanun, önceki Medeni Kanunu'nun tedip hakkını öngören 267'nci maddesine yer vermemiştir. Önceki tarihli Medeni Kanun'un 267'nci maddesi hükmü çerçevesinde tedip, ana babanın velayet hakkı kapsamında çocuğun eğitimi için gerekli araçları kullanabilme yetkisi olarak anlaşılmaktaydı³⁵⁸. Bu noktada gerekli araçlar bağlamında çocuğa öğüt verilmesinden, uyarıda bulunup zorunlu hallerde cezalandırılmasına, hatta dayak vb. güç kullanılmasına kadar farklı ağırlıktaki önlemlere başvurma imkânı söz konusu olmaktadır³⁵⁹. Ancak Türk hukuk doktrinde de uslandırma yetkisinin, ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılması gerektiği; uslandırma suretiyle çocuğun sağlığına zarar verilemeyeceği, vücut bütünlüğünün zedelenemeyeceği ve ruhsal gelişiminin engellenemeyeceği kabul edilmekteydi. Öte yandan bu çerçevede uslandırma hakkı, Türk hukukunda özel hukuk kaynaklı bir yetkinin kullanılması bağlamında aynı zamanda bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmekteydi³⁶⁰. Buna göre ana babanın uslandırma hakkını kullanırken, çocuğun kişisel özgürlük veya vücut bütünlüğüne verebilecekleri makul ölçüdeki ihlaller, hukuka aykırılık oluşturmamaktaydı.

Tedip kavramına yeni tarihli Medeni Kanun'da yer verilmemesine ilişkin olarak Kanun'un gerekçesinde açıklık bulunmaması nedeniyle uslandırma hakkının maddi

³⁵⁸ İNAN, **Çocuk Hukuku**, s.130 vd.; Kemal OĞUZMAN – Mustafa DURAL, **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001 s. 281; ÖZTAN, **Aile Hukuku**, s. 503; Turgut AKINTÜRK, **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 408.

³⁵⁹ Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1965, s.372; İNAN, **Çocuk Hukuku**, s. 131; Feyzi Necmeddin FEYZİOĞLU – Cumhur ÖZAKMAN – Enis SARIAL, **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s.512; Selahattin Sulhi TEKİNAY, **Türk Aile Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.490; ÖZTAN, **Aile Hukuku**, s.503; SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 251.

³⁶⁰ Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 6. Bası, İstanbul 1998, s. 586; M. Kemal OĞUZMAN-M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul, 1998, s.486; ÖZTAN, **Şahsın Hukuku**, s.150.

hukuk anlamında kaldırılmış olup olmadığı konusu öğretide tartışmalıdır. Uslandırma hakkının özellikle bedeni cezayı içerip içermediği ortaya konurken, çocuğun eğitiminde başvurulacak araçların hangilerinin çocuğun yararı bakımından kabul edilebilir olduğu ve uslandırma kavramına yüklenen anlam bağlamında ele alınmalıdır. Çocuğun şiddetten uzak bir ortamda büyüme ve eğitim alma hakkını tanıyan bir anlayış çerçevesinde, uslandırma hakkına dayanılarak ana babanın çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik müdahale yetkisi kabul edilmemelidir³⁶¹.

Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi, çocuğun ayrı bir kişilik olarak tanınması, bu bağlamda çocuğun kişiliğinin korunması ve geliştirilmesinde özel önem taşır. Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi gereğine, Türk Medeni Kanunu'nun değişik hükümlerinde işaret edildiği söylenebilir. Özellikle Kanun'un 322'nci maddesi çocuğun kişiliğine saygı duyulması gereğini açıkça kabul etmesi nedeniyle önemlidir. Anılan maddeye göre, *“Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler”*. Bu hüküm çerçevesinde ana baba ve çocuk arasındaki ilişkide, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi velayetle ilgili hükümlerin yorumlanmasında, özellikle velayetin içeriğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken genel bir hüküm niteliğini taşımaktadır. Bu çerçevede maddelerde yer alan saygı gösterme yükümlülüğü de karşılıklıdır. Diğer bir ifadeyle çocuk, ana babaya saygı göstermekle yükümlü olduğu gibi, ana baba da çocuğa saygı göstermekle yükümlü kılınmıştır³⁶². Dolayısıyla tedip hakkının sınırı belirlenirken ana babanın çocuğa saygı yükümü de göz önünde bulundurulmalıdır.

³⁶¹ Çocuklara yönelik cismani cezanın anayasa hukuku bakımından değerlendirildiği AİHM kararları, çalışmanın İkinci Bölümünde yeri geldikçe incelenecektir. AİHM'nin çocuğa yönelik cismani ceza uygulamasını, insan onuruna ve bu nedenle de Sözleşmeye aykırı bulduğu belirtilmelidir.

³⁶² ÖZTAN, *Aile Hukuku*, s. 602; AKINTÜRK, *Türk Medenî Hukuku*, s. 385.

Çocuğun vücut bütünlüğü hakkına ilişkin olarak ele alınması gereken bir diğer konu ise çocuğa yönelik tıbbi müdahalelerdir. Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesinde kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması söz konusudur; bununla birlikte ayırt etme gücüne sahip çocuğun tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterip gösteremeyeceği doktrinde tartışmalıdır³⁶³. Ancak çocuğun tıbbi müdahaleye tek başına rıza göstermesinin yeterli olduğunu savunan görüş çerçevesinde de çocuğun tedaviyi reddettiği bazı durumlarda, özellikle çocuğun hayatının devamı veya sağlığının korunması için tıbbi müdahalenin kaçınılmaz olduğu durumlarda ana babanın velayet hakkından kaynaklanan bakım ve gözetim ödevine dayanarak çocuğun kararının önüne geçebileceği ifade edilmektedir³⁶⁴. Çocuğun ayırt etme gücünün bulunmaması durumunda ise tıbbi müdahaleye ana babanın rızası aranacaktır.

Çocuğun seyahat ve yerleşim yeri edinme özgürlüğü de ana babaya tanınan velayet hakkı karşısında sınırlandırılmıştır³⁶⁵. Gerçekten TMK'nın 339'uncu maddesine göre “*çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz*”. Anılan hükümle ana babanın velayet hakkı çerçevesinde çocuğun kalacağı yeri belirleme hakkı kabul edilmiş bulunmaktadır. Çocuk, kalacağı yere ilişkin olarak ana babanın talimatlarına uymak zorundadır. Ancak ana baba bu yetkilerini çocuğun üstün yararını gözeterek kullanmalı, olgunluğu ölçüsünde çocuğun iradesini de göz önünde bulundurmalıdır (Bkz. TMK 339/III)³⁶⁶. Madde, çocuğun ana babasının rızası

³⁶³ Ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rıza konusunda doktrindeki tartışmalar ve Türk hukukundaki düzenleme için bkz. Zarife ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 50, Sayı 4, 2001, ss. 65-80, s.74 vd.

³⁶⁴ İMAMOĞLU, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, s. 206; ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s. 76.

³⁶⁵ Sevgi USTA, “Çocuğun Yerleşim Yeri Edinme Hakkı ve ‘Bir İstisna’”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 70, Sayı 1, 2012, ss. 87-104, s. 90-91; Selin ESEN, **Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 81.

³⁶⁶ Zafer GÖREN, “Çocukların Temel Hak Sujeliği, Avrupa Birliğinin Önceliği Olarak Çocukların Korunması ve Teşviki”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt I**, Ankara Üniversitesi Yayını, Ankara, 2013, ss. 143-187, s. 167-168.

dışında evi terk edemeyeceğini de hükme bağlamıştır. Diğer taraftan hükmün anlamının aksinden hareketle öğretide çocuğun ana babanın rızasıyla evi terk edebileceği sonucuna ulaşılmaktadır³⁶⁷. Ana baba bu izni TMK'nın “olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanıma”sına ve “önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutma”sına ilişkin kuralı çerçevesinde kullanmalıdır³⁶⁸. Çocuğun evden ayrılmasının hukuki sonucu, hangi hallerde çocuğa bağımsız yerleşim yeri edinme hakkı tanınacağı konusu ile ilgilidir. Öğretide, çocuğun bağımsız yerleşim yeri edinme hakkı, ana babasının izniyle ailenin dışında yaşaması ve bağımsız olarak bir mesleği icra etmesiyle sınırlı olarak kabul edilmiştir³⁶⁹.

Türk hukukunda çocuğun korunması ile ilgili düzenlemelerde her çocuğun ebeveyni ile yaşamasının onun menfaatine olduğu karinesi esas alınmış ve ailenin korunmasına özel önem verilmiştir³⁷⁰. Bununla birlikte Medeni Kanun, ailenin özerkliğinin çocuğun korunma hakkı ile sınırlanabileceği yaklaşımını da benimsemiş, çocuğun aile içinde ihmal ve istismara maruz kalmış olması durumunda ana babadan alınarak korunması önlemine de yer vermiştir. Kanun koyucu kural olarak ana babanın velayet hakkını en iyi şekilde yerine getireceklerini, yetki ve görevlerini çocuğun menfaatlerini gözeterek kullanacaklarını kabul etmiştir. Zira ebeveyn olmanın doğası gereği çocuğa anne babası kadar yeterli sevgi, ilgi, bakım gösterecek bir başkaları mevcut değildir³⁷¹. Bu nedenle ana baba velayet hakkından doğan görevlerini yerine getirirken, vasilerden farklı olarak oldukça bağımsız hareket etme olanağına sahip kılınmışlar,

³⁶⁷ ESEN, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü*, s. 81.

³⁶⁸ USTA, “Çocuğun Yerleşim Yeri Edinme Hakkı”, s. 90-91; ESEN, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü*, s. 81.

³⁶⁹ AKINTÜRK, *Türk Medenî Hukuku*, s. 424, Kemal OĞUZMAN-Özer SELİCİ-Saibe OKTAY ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 127.

³⁷⁰ Sevgi USTA, *Çocuk Hakları ve Velayet*, s. 1.

³⁷¹ Şakir BERKİ, *Türk Medeni Kanununda Velayetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şûmulü*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 220; Turgut AKINTÜRK - Derya ATEŞ KARAMAN, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 406.

herhangi bir denetime tabi tutulmamışlardır. Bununla birlikte ebeveynin velayet hakkından doğan görevlerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemeleri olasılığı da göz ardı edilmemiş, bu sorumluluğun gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle çocuğun haklarının tehlikeye düşmesi durumunda çocuk ile ebeveyni arasındaki ilişkiye müdahale edilerek çocuğun korunmasıyla ilgili tedbirler alınmasına olanak tanınmıştır. Bu yaklaşımın çocuğun aile içinde de ihmal ve istismara maruz kalabileceğini ve bu olasılığın gerçekleşmesi durumunda çocuğun korunması amacıyla ebeveynin özel yaşamına müdahale edilebileceğini kabul eden çocuk koruma konusunda devletin aktif bir rol alması yaklaşımı ile uyumlu olduğu değerlendirilebilir.

Medeni Kanun'un 346, 347 ve 348'inci maddeleri, tehlikenin velayet hakkına sahip ana babadan kaynaklanması durumunda çocuğun korunmasını hüküm altına almıştır³⁷². Bu hükümler uyarınca ana babanın velayetleri altındaki çocuklarının bakımı, eğitim ve gözetimini içeren sorumluluklarını yerine getirmemeleri ya da gereği gibi yerine getirememeleri, velayetten doğan hak ve yetkilerini kötüye kullanmaları çocuğun korunması amacıyla velayete müdahale edilmesini zorunlu kılmaktadır³⁷³. Ana babanın bu görevini yerine getirmemesi veya kötüye kullanması durumunda çocuğun ana baba yanında ya da onlardan alınarak korunmasına ilişkin tamamlayıcı nitelikli hükümler ise esas olarak 9.1.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, 3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 8.3.2012 tarih ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görev ve teşkilatını düzenleyen kanun

³⁷² Medeni Kanun'un ilgili hükümlerinde düzenlenen koruma tedbirlerinin sadece veliye karşı ileri sürülebilmesi hüküm altına alınmıştır. Çocuk ile ilişki içinde bulunan koruyucu anne baba, üvey anne baba, ya da vasiye karşı bu tedbirlerin ileri sürülmesi imkânı bulunmamaktadır. Medeni kanunda düzenlenen koruma tedbirlerinin sadece veliye karşı ileri sürülebilmesi, çocuğun korunması bakımından daraltıcı sonuçlarının olabileceği gerekçesi ile eleştirilmektedir. Gülçin Elçin GRASSINGER, **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 16.

³⁷³ USTA, "Çocuğun Yerleşim Yeri Edinme Hakkı ve 'Bir İstisna'", s. 164.

hükümünde kararnamede düzenlenmiştir. Çocuğa uygulanacak koruma tedbiri, ana babanın anayasal bir hak olan özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkından kaynaklanan “ana babalık hakkına” (AY. 41’inci madde) ve çocuğun kişilik hakkı ile ana babası tarafından yetiştirilme hakkına müdahale niteliği taşıdığından bu yarışan hakların en iyi şekilde dengelenmesini sağlayacak önlem tercih edilmelidir. Ayrıca anayasal hakların sınırlandırılmasında dikkate alınacak olan ölçülülük ilkesi bu tedbirlerin alınmasında da uygulanacaktır³⁷⁴. Nitekim Medeni Kanunun 346’ncı ve devamındaki maddelerinde yer alan tedbirler, ölçülülük ilkesinin uygulanmasına olanak vermek üzere çocuk ve ebeveyn ilişkisine müdahalenin ağırlığına göre bir sıralama çerçevesinde düzenlenmiştir. Buradan hareketle ölçülülük ilkesi gereği hâkim, 346’ncı maddedeki tedbir çocuğun menfaatinin korunmasında yeterli olmadığı takdirde 347 ve 348’inci maddelerdeki tedbirlere başvurabilecektir³⁷⁵. Dolayısıyla çocuğun menfaatinin tehlikede olması durumunda ve bir hiyerarşi içinde koruma tedbiri uygulanmalıdır³⁷⁶. Bu tedbirlerin uygulanmasında öncelikle çocuğun yararına aykırı olmadıkça, çocuğun aile içinde korunmasına olanak veren tedbirlere başvurulmalı, ancak çocuğun menfaatinin aile içinde korunamadığı durumlarda çocuğun aile çevresinden uzaklaşmasını gerektiren tedbirler uygulanmalıdır. “Çocuğun ana babası tarafından yetiştirilme hakkı”, çocuk hakkında koruma tedbiri

³⁷⁴ USTA, “Çocuğun Yerleşim Yeri Edinme Hakkı ve ‘Bir İstisna’”, s. 164-165. Ölçülülük ilkesinin görünümüleri olarak ifade edilen tedbirlerin ancak ana babanın ve ilgili üçüncü kişilerin yardımıyla dahi çocuğa yönelik tehlikeyi bertaraf edememeleri durumunda başvurulabileceğini ifade eden talilik ilkesi, ana babanın görevlerini yerine getiremediği oranda müdahale etmeyi ifade eden tamamlayıcı olma ilkesi, müdahalenin tehlikenin ağırlığı ve niteliğiyle orantılı olarak yapılması gerektiğini ifade eden orantılılık ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İNAN, 1968, s. 104 vd.; AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 263-266; Emine AKYÜZ, “Velayet ve Çocuğun Korunması”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 135 vd.; GRASSINGER, **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, s. 100-105; İMAMOĞLU, “Çocuğun Kişiliğinin Ana-Babaya Karşı Korunması”, s. 155.

³⁷⁵ GRASSINGER, **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, s. 101.

³⁷⁶ Türk Medeni Kanunu’nun 346 vd. hükümleri çerçevesinde çocuğu koruyucu önlemler, ana babanın velayet hakkına, ağırlıklarına göre sıralanan üç müdahaleyi içermektedir: Koruma önlemleri (TMK 346), çocukların yerleştirilmesi (TMK 347), velayetin kaldırılması (TMK 348-350). Bu önlemler, aşağıda ele alınacaktır. Bilge ÖZTAN, **Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.671; USTA, “Çocuğun Yerleşim Yeri Edinme Hakkı ve ‘Bir İstisna’”, s. 165; AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 265.

alınmasına neden olan koşulların iyileştirilerek çocuğun ailesine geri dönebilmesinin koşullarının oluşturulması gereğini de ifade etmektedir³⁷⁷. Çocuk Koruma Kanunu’nun 5’inci maddesinde koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu hükümlerin ebeveynlere, ailenin maruz kaldığı ve çocuğa yansıyan yoksunluk ve olanaksızlıklardan muaf olma hakkı verip vermediği ya da sosyal ya da kişisel yetersizlik çeken ebeveynlerin durumlarının olumsuz sonuçlarından korunabilmesi için yalnızca çocuklara mı hak tanındığı sorusuna Türk hukukunun yaklaşımı, “Aileye Dönüş ve Aile Yanında Destek Projesi” kapsamında çocuğun haklarının ihlal edilmesine ailenin ekonomik yetersizliklerinin neden olması durumunda ailenin mali yardımlarla desteklenerek çocuğun uygun bakım ve yetişme olanağına kavuşmasının sağlanması şeklindedir³⁷⁸.

Medeni Kanunun 346’ncı maddesi uyarınca çocuğun menfaatinin ve gelişimin tehlikeye düşmesi durumunda ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacaktır. Çocuk Koruma Kanunu’nda çocuğun “*bedensel, zihinsel, ahlaki ve sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliğinin tehlikede olması*” (md. 3/1), Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’a göre “*şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan ya da kalma tehlikesi bulunan, şiddetten*

³⁷⁷ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 165. Bu durumda çocuğa sağlık durumları nedeniyle bakamayan ana babanın tedavilerinin yapılması değerlendirilebilir.

³⁷⁸ Sosyal ve Ekonomik Destek Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Sayı: 29284, Tarih: 3 Mart 2015. 2011 / 05 sayılı ve 22.04.2011 tarihli Sosyal ve Ekonomik Destek Uygulamaları Konulu Başbakanlık Genelgesinde ise “Sosyal ve Ekonomik Desteklerde Temel Amaç” başlığı altında “Kurumumuz hizmetlerinde son yıllarda üzerinde durulan en önemli yaklaşım, aile birliğinin korunması yaklaşımıdır. Bu yaklaşımla çocuğun kendi aile ortamı dışında bir kuruma yerleştirilmesi yerine, şiddet ve istismar yaşanmadığı sürece kendi öz ailesi yanında yaşamına devam etmesine imkân sağlanmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. <https://studylibtr.com/doc/560263/t.c.-ba%C5%9Fbakanlik-sosyal-hizmetler-ve-%C3%A7ocuk-esirgeme-kurumu> (erişim tarihi: 3.3.2019).

etkilenen veya etkilenme tehlikesi (md. 1/1, bent e) bulunan çocuklar hakkında”, Kanun’daki tedbirler uygulanacaktır.

Madde gerekçesinde, ana babanın duruma çare bulamamaları veya buna güçlerinin yetmemesi durumunda da tedbirin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu ifadeden hareketle çocuğun korunmasını gerektiren durumlarda ana babanın kusurunun aranmayacağı, ana babanın yetersizlikleri ya da tecrübesizlikleri nedeniyle de çocuğun menfaati gerektiriyorsa kanundaki tedbirlerin uygulanacağı kabul edilmektedir³⁷⁹. Ana babanın kusursuz olması tedbirin türünde ve kendileri hakkında yaptırım uygulanıp uygulanmayacağında belirleyici olacaktır³⁸⁰.

Çocuğun sağlıklı gelişimini tehdit eden olgular farklılık gösterebileceğinden kanun koyucu hâkime Medeni Kanun’un 346, 347 ve 348’inci maddelerinde öngörülen tedbirlerin şekli, kapsamı ve süresi konularında geniş takdir yetkisi tanımıştır³⁸¹. Medeni Kanun’un 346’ncı maddesinde yer alan tedbir, Kanundaki sıralamasından da anlaşılacağı üzere hâkimin alabileceği en hafif tedbirdir. Bu madde hükmü uyarınca çocuğun menfaatini tehlikeye sokan durum, çocuğun ana babasının yanından alınmasına gerek kalmaksızın hâkimin çocuğa ya da ana babaya nasihat vermesi, onları uyarması veya çocuğa danışman tayin etmesi gibi nispeten hafif tedbirlerle bertaraf edilebilecek ağırlıktaki tehlikedir. Hâkim 346’ncı maddedeki tedbirlerin yeterli olmayacağı ölçüde

³⁷⁹ Turgut AKINTÜRK, **Türk Medenî Hukuku**, s. 450; GRASSINGER, **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, s.48-49; OĞUZMAN- DURAL, **Aile Hukuku**, s. 302, Rona SEROZAN, “Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler”, içinde: **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1997, ss. 381-407, s. 399; İMAMOĞLU, “Çocuğun Kişiliğinin Ana-Babaya Karşı Korunması”, s. 194; Gülçin Ersin GRASSINGER, “Medeni Hukuk Hükümleri Kapsamında Çocuğun Aile İçerisinde Velisine Karşı Korunması”, içinde: Aydın GÜLAN – Mustafa Ruhi ŞİRİN – Memduh Cemil ŞİRİN (Yayıma hazırlayanlar), **I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı Cilt 1**, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, ss. 105-126, s. 107-109.

³⁸⁰ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 166.

³⁸¹ GRASSINGER, **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, s. 107; USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 166; ÖZTAN, **Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar**, s.672; AKINTÜRK, **Türk Medenî Hukuku**, s.430; DURAL-OĞUZ-GÜMÜŞ, s.529; İMAMOĞLU, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, s. 196. GRASSINGER, “Medeni Kanun Hükümleri Kapsamında Çocuğun Aile İçinde Korunması”, s. 108.

“ağır” nitelikte bir tehdidin söz konusu olduğunu değerlendirmesi durumunda, doğrudan 347 veya 348’inci madde hükümlerinde yer alan tedbirlere başvurabilecektir. Velayet hakkının kişi hakkı olma niteliği, ebeveynin bu hakkına ancak kanunun izin verdiği durumlarda müdahalede bulunulabilmesi anlamına gelecektir³⁸².

Kanunda çocuğun aile ortamında kalmasını sürdürerek, çocuğun menfaati ve gelişimine yönelik tehlikeleri ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler sayma yoluyla belirtilmemiş bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmiştir³⁸³. Türk hukuku bakımından Çocuk Koruma Kanunu ve buna bağlı olarak çıkarılmış Çocuk Koruma Kanunu’na Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik’te yer alan tedbirler de aynı şekilde hâkime yol gösterecektir. Çocuğun korunmasını gerektiren durumun ortadan kalkmasını sağlamak üzere hâkim, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmesi için ana babayı ihtar etmek, ana baba ve çocuğa talimat vermek, nafakaya hükmetmek yanında ihtiyaçları olduğunu saptaması durumunda danışmanlık, eğitim, sağlık, sosyal yardım konularında tedbir alınmasına da karar verebilecektir³⁸⁴.

Çocuk Koruma Kanunu’nda, Medeni Kanun’daki yaklaşımla benzer biçimde, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik destekleyici tedbirler sınırlayıcı olmayacak şekilde danışmanlık, sağlık ve barınma ihtiyaçları gereğince alınacak tedbirler olarak sayılmıştır (ÇKK m. 5/1). Çocuk Koruma Kanunu’nun 5’inci maddesinde sayılan tedbirlerden danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu

³⁸² GRASSINGER, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, s. 98.

³⁸³ Medeni Kanun’un ilgili maddesinde hâkimin alabileceği önlemlerin neler olduğu belirtilmezken kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nda vesayet makamının alabileceği tedbirler örnek kabilinden sayılmıştır. Hükme göre ana babanın/koruyucu ana babanın, çocuğun uyarılması, çocuğun bakımı, gelişimi, yetiştirilmesi, okul eğitimi ile ilgili olarak talimatlar verilmesi, konunun uzmanı kişi veya kurumların gerekli bilgi ve danışmanlık yapabilmeleri için yetkili kılınması biçiminde tedbirler alınabilecektir. AKYÜZ, *Çocuk Hukuku*, s. 272; GRASSINGER, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, s. 111.

³⁸⁴ AKINTÜRK-ATEŞ KARAMAN, s. 436; USTA, *Çocuk Hakları ve Velayet*, s. 166.

olan kişilere çocuk yetiştirme konusunda yol göstermeyi ifade etmektedir. Bu niteliğiyle söz konusu tedbir ebeveynin çocuğu üzerindeki velayet hakkına bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bu yönde bir hükme yer verilmiş olmasından hareketle, velayet hakkının çocuğun yararı için kullanılması gereken bir hak olduğu ve aile özerkliğine çocuğun korunması amacıyla devlet tarafından müdahalede bulunulabileceği anlayışının Türk hukukunda da benimsendiği değerlendirilebilir. Ayrıca hüküm ile, ebeveynin çıkarı ile çocuğun çıkarının karşı karşıya gelmesi durumunda çocuğun menfaatinin ebeveynin ya da çocuk ile ilişki içinde bulunan diğer kişilerin menfaatlerinden önde tutulacağı ilkesinin Türk hukukuna yansıdığı biçiminde yorumlanabilir.

Diğer yandan, ana baba ve çocuk arasındaki ilişki, sevgi ve korumaya dayalı özel bir ilişkidir. Çocuğun da kendisini en mutlu ve güvende hissettiği ortam kendi ana babasıyla birlikte olduğu aile ortamıdır. Dışarıdan gelen her türlü etki, ana-baba-çocuk ilişkisini zedeleme riski taşımaktadır. Bu nedenle tedbir kararı verilirken somut durum çok hassas bir değerlendirmeye tabi tutulmalı, çocuğun gelişimini en iyi sağlayacak çözüm ile çocuğun kendi anne ve babası tarafından büyütölme hakkının koruduğu menfaat tartılarak duruma en uygun tedbire karar verilmelidir. Bu bağlamda, korunmaya muhtaç çocuklar için öncelikli bakım türünün kendi ailesinin veya akrabasının yanında korunması olduğu değerlendirilebilir³⁸⁵. Türkiye’de ayni ve nakdi yardımlar sağlanarak çocuğun kendi ailesi veya akrabası yanında korunması yöntemi 2828 sayılı SHÇEK Kanunu’nda öngörülmüş ve bu Kanunla ekonomik yönden desteğe ihtiyaç duyan ailelerin

³⁸⁵ Anne yoksunluğunun çocuğun gerek duygusal ve bilişsel gerekse sosyal uyum becerilerinin gelişimi bakımında sahip olduğu olumsuz etki hakkında bkz: Hatice DİZMAN, **Anne-Babası ile Yaşayan ve Anne Yoksunu Olan Çocukların Saldırganlık Eğilimlerinin İncelenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2003, s. 17 vd.; Gülgün YANBASTI, **Anne Yoksunluğunun Etkileri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi, Psikoloji Kürsüsü, Ankara, 1971. Uzun süreli anne bakımından yoksun kalma sonucunda çocuğun kişilik gelişiminde geri dönüşümsüz ve şiddetli etkilerin olması şeklinde tanımlanan anne yoksunluğunun, merkezi sinir sisteminde yapısal, hormonal, nörokimyasal ve davranışsal bir takım değişikliklere yol açtığını ortaya koyan medikal bir araştırma için bkz: Kübra AKILLIOĞLU – Mustafa KARADEPE – Uğur Seçil BİNOKAY, “Deneyisel Modellerde Anne Yoksunluğunun Beyin ve Davranışlar Üzerine Etkisi”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, Cilt 23, Sayı 2, 2014, ss. 257-269.

parasal ve nesnel hizmetlerden yararlandırılacağı ifade edilmiştir³⁸⁶. Bu çerçevede muhtaçlıkları nedeniyle korunma kararı alınarak Kurum hizmetlerinden yararlanmaları gereği beliren çocukların korunması, bakımı ve yetiştirilmelerine yönelik hizmetlerin mümkün olduğu ölçüde kendi yaşam ortamlarında verilmesi amaçlanmış, “aileye dönüş ve aile yanında destek projesi” hayata geçirilmiştir³⁸⁷.

Çocuğa yönelik tehlikenin, TMK 346’ncı maddesi çerçevesinde öngörülen koruma önlemleriyle giderilemeyecek derecede ağır olması ve bu tehlikenin bertaraf edilebilmesi için çocuğun ana babadan alınmasının gerekli görülmesi durumunda, çocuğun ailesinden alınarak yerleştirilmesi yönünde karar alınması hükme bağlanmıştır. Medeni Kanun’un 347’nci maddesi uyarınca “*Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir.*” Çocuğun ana babasının yanından alınmasının, çocuk-ebeveyn ilişkisine müdahale niteliği taşıdığı dahası çocuğun anne babası ile doğal iletişiminin kopmasına neden olacağı göz önünde bulundurularak yerleştirme tedbirine ancak çocuğun sağlıklı gelişimi için ana babasından belli bir süre uzaklaşması gerekiyorsa başvurulması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla bu tedbire karar verebilmesi için hâkimin ana baba ve çocuğun aynı çatı altında yaşadıkları sürece çocuğun sağlıklı gelişiminin mümkün olamayacağı sonucuna ulaşılmış olması gerekir³⁸⁸. Çocuğun ebeveyninin yanından

³⁸⁶ AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 472.

³⁸⁷ Ergün YAZICI, “Muhtaç Çocuklar ve Çocuk Evleri”, **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 9, Sayı 18, 2012, ss. 499-525, s. 503.

³⁸⁸ Çocuğun sağlıklı gelişiminin fiziksel, duygusal, zihinsel ve sosyal yönden bir bütün olarak ele alınması gerektiğini ve günümüzde gelişimin duygusal yönünün, zihinsel ve psikolojik gelişimin önemli bir kaynağını oluşturduğunun kabul edildiğini ifade eden Bıyıklı, duygusal gelişimin sevgi olgusuna dayandığını, anne ile ilk yıllarda duygusal yakınlık ve bir sevgi ilişkisi kurabilen çocuğun sosyal yönden olumlu gelişim sergilediğini, anne ile çocuk arasındaki duygusal ilişkilerin çocuğun tüm gelişiminin temeli olduğunu, küçük yaşlardan itibaren aile ve özellikle anne bakımından yoksun olarak yuva ya da

alınması tedbirinin, Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak belirlediği ölçülülük ilkesi gereği (md. 13) çocuğa yönelik tehlikenin daha hafif tedbirlerle bertaraf edilemediği durumlarda uygulanabileceği kabul edilmelidir. Çocuğun değil de çocuğa yönelik kötü muamelede bulunan ana babanın evden uzaklaştırılması tehlikenin önlenmesi için yeterli ise, çocuğun ebeveyninin yanından alınması tedbirine başvurulmaksızın şiddet uygulayan ebeveyn hakkında uzaklaştırma kararı verilmesi, böylece çocuğun diğer ebeveyni ile birlikte kalarak kendi aile ortamında yaşamını sürdürmesi ve kurum bakımına zorlanmamasının çocuğun menfaatine daha uygun olduğu değerlendirilebilir. Aile içi şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan çocukların korunmasını amaçlayan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun da çocuğa şiddet uygulayan bireyin aileden uzaklaştırılmasına olanak vermektedir.

Diğer yandan Anayasa hukuku bakımından çocuğun ana babadan alınarak kendi aile ortamından uzaklaştırma tedbirinin eşitlik ilkesi ve özel yaşamın korunması, ailenin yaşamına saygı hakkı ile çelişip çelişmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Öğretide çok yerinde olarak ifade edildiği gibi, çocuğun ana babasından alınmasına olanak tanıyan yasaların eşitlik ilkesinin ihlaline neden olan uygulamalara olanak verip vermediklerinin dikkatle incelenmesi gerekir³⁸⁹. Ailenin mensup olduğu kültürel kimlik, sosyal ya da ekonomik çevre, sağlık koşulları ya da ebeveynin suç işlemiş olması gibi hususların

yetiştirme yurtlarında büyüyen çocukların çoğu zaman kurum bakımının olumsuz etkilerini taşıdıklarını ifade etmektedir. Latife BIYIKLI, “Yetiştirme Yurdundaki Çocukların Zihinsel ve Psiko-Sosyal Gelişimlerinin İncelenmesi”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 1-2, 1987, ss. 87-98. Çocuk yuvalarının kendine özgü koşulları ile ana baba ve ana baba yerine geçen bireylerin tutumlarının çocuğun öz-saygı gelişimi üzerindeki etkisini incelemek amacıyla 9-11 yaşlarındaki yuvalarda kalan 242, ailelerin yanında kalan 341 çocuk üzerinde yapılan bir çalışmada yuvada kalmanın çocuğun öz-saygısını olumsuz yönde etkilediği sonucuna ulaşılmıştır. S. Sonay GÜÇRAY, “Çocuk Yuvasında ve Ailesinin Yanında Kalan 9-10-11 Yaş Çocuklarının Öz-Saygı Gelişimini Etkileyen Bazı Faktörler”, **Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi**, Cilt 1, Sayı 3, 1993, ss. 58-66; Mesut BAŞ, “Yetiştirme Yurdunda ve Ana-Baba Yanında Kalan Öğrencilerin Kaygı Düzeyleri”, **Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, 1990, ss. 281-288.

³⁸⁹ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 175.

çocuğun yerleştirilmesine gerekçe olamayacağı kabul edilmelidir. Yerleştirme kararının dayanağı anne babadan kaynaklanan bir nedenle çocuğun gelişiminin tehlikeye düşmüş olmasıdır. Anayasada sayılan sosyal hakların gerçekleştirilmesinde devletin pozitif yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle çocuklarının gelişimini sağlamada yetersiz duruma düşen ailelerin içinde bulundukları durum, çocuğun anne babası tarafından büyütülmesi hakkı ile ana babanın aile kurma hakkının ihlal edilmesine sonuç vermemelidir. Bu doğrultuda gerek ana babaların evsizlikleri ya da yoksullukları, gerekse ana babanın çocuğu okula gönderemeyecek durumda olmaları gibi nedenler yalnız başına çocuğun anne babasından alınması için yeterli gerekçe sayılmamalıdır. Ancak mevzuatta çocuğun ailesi yanında desteklenmesi veya aileden uzaklaştırılarak korunması gibi durumlarda kararın gözden geçirilme sıklığı, ailenin ve çocuğun bu süreçte katılımı gibi konulardaki düzenlemelerin Anayasada yer alan ölçülülük ilkesi, adil yargılanma hakkı ve özel yaşamın korunması hakkı karşısında yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle çocuğun kurum bakımına alınma kararlarına ilişkin durumların anayasal ilkeler ışığında yeniden değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilir. Ailenin yoksulluğu sebebiyle kurum bakımına alınma; ana babanın mevsimlik işçi olması, çocuğun yatılı okulda okuması ve benzeri ayrılık durumlarının bu doğrultuda ele alınması önerilebilir. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu mevzuatı ve Medeni Kanunda yapılacak ek düzenlemeler ile çocuğun ana babasından ayrılma sebeplerinin çocuğun yararı ilkesi ve ana babası ile birlikte yaşama hakkı ile uyumlu biçimde düzenlenmesi önerilebilir. Ayrıca Devletin, çocuğun ana babası yanında korunabilmesi için gerekli sosyal ve ekonomik tedbirleri alma yükümlülüğünü somutlaştıran düzenlemelerin kanunla düzenlenerek kanuni dayanağa kavuşturulması önerilebilir.

Haklarında yerleştirme kararı verilen çocuklar, Çocuk Koruma Kanunu'nda belirtilen tedbirleri yürütmek ve koordinasyonu sağlamakla görevli olan (md. 8/1 bent i) c) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından

kurum bünyesinde kurulmuş olan çocuk yuvaları ya da yerleştirme yurtları gibi kuruluşlara veya koruyucu aile yanına yerleştirileceklerdir ve kurum koruma, bakım ve gözetiminde olacaklardır.

Çocuğun menfaatinin korunması bakımından alınacak en ağır tedbir, velayetin kaldırılmasıdır³⁹⁰. Velayetin kaldırılması aynı zamanda çocuğun ana babası tarafından yetiştirilme hakkına müdahale niteliği taşıdığından ölçülülük ve talilik ilkelerine uygun olarak hafiften ağıra giden bir derecelendirme yapılmak suretiyle diğer tedbirlerin sonuçsuz kaldığı veya tehlikenin büyüklüğüne göre bu tedbirlerin yetersiz kalacağının açık olduğu durumlarda başvurulması gereken bir tedbirdir. Ana baba bakımından çocuğun korunması amacıyla aileye uygulanacak en ağır tedbir olan velayet hakkının kaybı, ana babanın şahsına sıkı sıkıya bağlı, bir kişilik hakkının kaybıdır. Bu nedenle anayasal hakların sınırlarının sınırı niteliğindeki ölçülülük ilkesinin titizlikle göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Kanunda ana babanın yetersizliği ve liyakatsizliğine ana babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, kısıtlanmış olması, başka yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi durumları örnek olarak sayılmıştır³⁹¹. Çocuğun istismarı ise çocuğun yaşam hakkı, bedensel ve zihinsel bütünlüğüne müdahale, yani kişilik hakkının ihlalidir. Örnekler arasında sayılmamakla birlikte hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen Medeni Kanun'un 2'nci maddesi burada uygulama yeri bulacaktır³⁹². Velayetin kaldırılması, çocuğun koruyucu tedbirler

³⁹⁰ SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 292; AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 282; Hüseyin HATEMİ – Rona SEROZAN, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 368; Cemil ÇELİK, “Velayetin Kaldırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 1, 2004, ss. 255-309.

³⁹¹ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 170; AKYÜZ; AKINTÜRK-ATEŞ-AKMAN, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış, II. Cilt, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 438; GRASSINGER, **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, s. 167 vd.; İMAMOĞLU, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, s. 200.

³⁹² USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 170.

arasında yer aldığından kamu düzenine ilişkindir ve hâkim velayetin kaldırılması gereken durumun varlığını değerlendirirse, gerekli koruma önlemlerinin alınmasını kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür³⁹³. Velayet hakkının kaldırılmasına ilişkin davada, hâkim, görüşlerini açıklama olgunluğuna erişmiş çocukların, velayetin anne veya babadan alınması hususunda görüşlerini açıklamasına olanak tanınmalı, bu görüşleri değerlendirmelidir³⁹⁴. Çocuğun ihmali, gelişiminde gerekli olan beslenme, temizlik, temiz su, sağlık, eğitim, oyun, dinlenme, barınma, gözetim, üçüncü kişilerin fiillerine karşı korunma ve ilgi, sevgi, destek gibi yaşam hakkı ve gelişme hakkının korunması için temel gereksinimlerinin karşılanmamasıdır³⁹⁵. Çocuğun uğradığı kazalar, suça yönelmesi, evi terk etmesi gibi yaşam ve gelişme hakkını doğrudan etkileyen durumlar ana babanın yükümlülüklerini ihmali kapsamında değerlendirilmelidir.

Çocuğun aile içinde korunmasını konu alan özel hukuk ve idare hukuku önlemleri yanında bir takım eylemlerin çocuklara karşı işlenmesi durumunda cezai yaptırımlar aracılığıyla da çocukların korunmasını amaçlayan hükümler mevzuatta yer almaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da çocukları korumayı amaçlayan hükümler içermektedir. Ceza Kanunu'nda çocukları şiddete, istismara, sömürüye, terk edilmeye karşı koruyan kuralların yanında uyuşturucu maddelere, kumara, pornografik film ve yayınlara, insan ticaretine karşı koruyan kurallar bulunmaktadır. Mağdurun yaş küçüklüğünün suç unsuru ya da ağırlaştırıcı sebep sayılması özellikle cinsel suçlar bakımından söz konusudur.

³⁹³ Resen araştırma ilkesi için bkz. Seda ÖZMUMCU, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt 4, Sayı 2, 2014, ss. 145-171.

³⁹⁴ Yargıtay kararlarında da mahkemelerin bu ilkeye uyması gerektiği kabul edilmektedir. Y. HGK 01.10.2003, 2-513/521; Yargıtay 2. HD. 20.2.2007, 2045/2362. Karara göre “velayetin düzenlenmesinde ve değiştirilmesinde asıl olan çocuğun yüksek çıkarına, bedensel ve zihinsel gelişimini sağlamaya en uygun çözüme ulaşmaktır. Bu bakımdan yeterli idrake sahip olduğu anlaşılan çocuğun, duruşmaya getirilerek, dava konusu hakkında bilgilendirilmesi ve kendi görüşünü ifade etme olanağının tanınması gerektiğinde uzmanlardan bu konuda yardım alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Bu yönler gözetilmeden hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”

³⁹⁵ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 170.

bb. Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Yargılama ve Yaptırım Usulleri

Türk ceza mevzuatında Batı hukukundaki gelişime paralel olarak suça karışan çocukların yetişkinlerden farklı olarak ele alınmasını öngören usul ve maddi hukuk kuralları mevcuttur. Bir önceki başlık altında ele alındığı üzere çocuklara özgü ceza hukuku yaklaşımı çocuğun korunması amacı ile kabul edilmiş bir yaklaşımdır. Suç işleyen çocukların korunması konusunda belli yaştan altındaki çocukların cezai ehliyetlerini yok sayarak cezai sorumluluktan kurtarılmaları, belli bir yaştan üstündeki çocukların ise kusur ehliyetlerinin eksik olduğunun kabul edilerek cezai sorumluluklarının hafifletilmesi ya da güvenlik tedbiri uygulanmasını esas alan çocuklara özgü ceza hukuku, Türk mevzuatında da kabul edilmiş bir yaklaşımdır³⁹⁶. Ancak çocuklara özgü ceza hukuku yaklaşımı ile kabul edilen yasaların çocuğun korunmasında yeterli olmadığı değerlendirilmektedir³⁹⁷. Önceki tarihli Ceza Kanununda on bir olan ceza ehliyeti yaşı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile on ikiye çıkarılmakla yetinilmiştir. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış çocuklar için ceza kavuşturması yapılmayacağı yalnızca Çocuk Koruma Kanununda öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmedileceği düzenlenmiştir. Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup on beş yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından hukuka aykırılık bilincine sahip olup olmadıklarına dayanan ikili bir ayırım yapılmıştır. Bu yaş grubundaki çocuğun hukuka aykırılık bilincinin bulunmadığına karar verilmesi durumunda ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilerek çocuklara özgü güvenlik önlemlerine hükmolunacaktır. Hukuka aykırılık bilinciyle fiili işlediklerine karar verilmesi durumunda ise ceza sorumluluklarının da bulunduğu kabul edilerek kendilerine indirimli ceza uygulanması kabul edilmiştir. Fiili

³⁹⁶ SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 84.

³⁹⁷ ÜMİT, *Mekândan İmkâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyet İlişkisi*, s. 37.

işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup henüz on sekiz yaşını tamamlamayan çocuklar hakkında ise azaltılmış oranlarda ceza indirimi yapılması öngörülmüştür.

Ne var ki bu kadar küçük yaştaki çocukların suçlu sıfatıyla karakola getirilmeleri, mahkemeye çıkarılmaları, üniformalı kişilerle karşılaştırılmalarının “hukuka aykırılık bilinci” eksik olan çocuğun gelecek yaşamının olumsuz etkilenmesine neden olacağı açık olup bu çocukları bir an önce ceza kovuşturmasından sıyrıp kurtaracak “hukuka aykırılık bilincinin” eksikliğini temel alan bir çocuk cezai sorumluluk sistemi benimsenmesi öğretide haklı olarak önerilmektedir³⁹⁸.

Çocuğun kanun önünde sorumlu tutulmasına neden olan etkenlerden korunması için alınan önlemlerin yeterli olmaması sonucu kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması durumunda, çocuğun korunması amacıyla yetişkinlerden farklı usullere ve tedbirlere muhatap olmaları anlayışıyla Çocuk Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Bir çocuğun ceza yargılaması sürecine girmesi durumunda 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun (ÇKK) özel kanun olarak uygulanması, bu Kanunun düzenlemediği hususlarda Türk Ceza Yasası ve Ceza Usul Yasası ve ilgili mevzuatın öngördüğü genel kuralların geçerli olması kabul edilmiştir. Çocuk Koruma Kanunu “korunma ihtiyacı olan çocuk” ve “suça sürüklenen çocuk” şeklinde ikili bir ayrıma gitmektedir. Yasadaki tanımıyla korunma ihtiyacı olan çocuk, “*bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu*”; suça sürüklenen çocuk ise “*kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu*” ifade etmektedir. Bu kanun çerçevesinde sanık

³⁹⁸ SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 84;

sandalyesine oturtulan veya hüküm giydirilen çocuklar özel ve ayrıcalıklı bir rejime tabi tutulmaktadır.

Öğretide çocukların haklarının korunması açısından Çocuk Koruma Kanunu’nun yürürlüğe girmesi olumlu bir gelişme olarak değerlendirilirken; “kanunla ihtilaf hâlindeki çocuklar”la ilgili ceza hukuku hükümlerinin genel ceza muhakemesi kurallarıyla aynı olması ve Kanunun özel çocuk mevzuatıyla ilgili uluslararası ilkelere uygun olmaması eleştirilmektedir³⁹⁹. Ceza sorumluluğunda yaş kadar önemli olan bir başka konu, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlem alınmasını olanaklı kılan yasal düzenlemelere yer verilmesidir. Ceza sorumluluğu olmayan çocukların bir suç işlediği iddiası ile başlanan soruşturma işlemlerine şüpheli sıfatıyla katılması ve buna bağlı olarak güvenlik tedbiri uygulanması çocuğun adli süreçlerden çıkarılması amacı ile çeliştiği değerlendirilebilir. Ceza sorumluluğu olmayanlar hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için çocuğun

³⁹⁹ Berrin AKBULUT, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, ss. 541-586, s. 580. Nitekim kanunun 15’inci maddesi, suça sürüklenen çocuklarla ilgili soruşturmalarda, çocuk bürolarında görevli cumhuriyet savcılarının yetkili olacağını belirtmektedir. 16’ncı madde, gözaltı sürecine ilişkin olarak, gözaltına alınan çocukların kolluğun çocuk biriminde, kolluğun çocuk biriminin bulunmadığı yerlerde ise gözaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulacağını düzenlemektedir. Aynı yaklaşım 17’nci maddede de görülmekte, yetişkinlerle birlikte suç işleyen çocukların ayrı yargılanacağı öngörülmekte, fakat bu maddenin 3’üncü bendinde “davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi hâlinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir” denilmekle bir istisnaya yer verilmektedir. Hâkimin bu yönde karar vermesi durumunda birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülecektir. Bunun yanı sıra 18’inci maddede çocuklara kelepçe vb. aletlerin takılmasının yasaklanması ve bunun istisnaları çocuk ceza yargılamasını genel ceza yargılamasına yaklaştıran hususlardır. ÇKK’nın 20’nci maddesi ise adli kontrol konusunda düzenleme getirmiştir. Adli kontrol tedbiri olarak CMK 109’uncu maddede düzenlenen durumların yanında 20’nci madde çocuklar için birtakım başka usuller öngörmektedir. Bunlar, “belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek, belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak” olarak sayılmıştır. Fakat bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebileceği de aynı maddede belirtilmiştir. Tutuklama yasağı konusunda ÇKK’da yer alan tek hüküm ise 21’inci maddedir. 21’inci madde “onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez” hükmüyle tutuklama konusunda çocuklar için bir istisna öngörmektedir. 22’nci madde duruşma usulüne ilişkin olarak bazı düzenlemeler getirmiş olup çocuk veya çocuğun velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisinin duruşmada hazır bulunabileceğini, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabileceğini, yararı gerektirdiği takdirde çocuğun duruşma salonundan çıkarılabileceği veya sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmamasına karar verilebileceğini öngörmektedir.

korunmasını sağlayacak özel bir yargılama usulü öngörülmalıdır. Azaltılmış oranlarda cezai sorumluluğu bulunduğu kabul edilen çocuklar bakımından ise çocuğun yararına öncelik verilerek cezaya son çare olarak başvurma, çocuğu koruyacak ve eğitimi sağlayacak tedbirlere başvurma konusunda hâkime takdir yetkisi tanıyan hükümlere yer verilmesi de önerilebilir.

cc. Çocuğun Kişisel Malları

Çocuğun özerk bir hak öznesi olarak kabulünün sonuçlarının etkilediği bir diğer konu çocuğun kişisel mallarıdır. Yeni tarihli Medeni Kanunda yapılan değişikliklerle çocuk malları konusunda önemli bazı ölçütler ve yenilikler benimsenmiştir. Bu değişiklikler çocuğun anne babadan ayrı bir hukuk öznesi olarak kabulünün mameleki haklar alanına yansımaları olarak yorumlanabilecek niteliktedir. 1926 tarihli Medeni Kanunda ana ve babanın çocuk mallarından yararlanma (intifa) hakkı söz konusu iken yeni tarihli Medeni Kanun ana ve babanın çocuğun malları üzerinde sadece kullanabilme hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Çocuk malları konusunda bir diğer yenilik, malların geri verilmesinde ebeveynin intifa hakkı sahibi gibi değil de vekil gibi sorumlu olacaklarının kabul edilmesidir. Vekilin sorumluluğu ise Borçlar Kanunu uyarınca (md. 506) objektifleştirilmiş niteliktedir. Türk Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerden bir diğeri çocuğun ana ve babası yanında yaşadığı sürece kazancını ana ve babaya vereceği ilkesi, bu kazancın çocuğa ait olacağı hükmü ile değiştirilmiştir. Ana ve babaya sadece çocukla yaşadıkları müddetçe çocuktan kendilerine maddi katkıda bulunmasını isteme hakkı tanınmıştır. Söz konusu değişikliklerle çocuğa malları üzerinde hâkimiyet hakkı tanınmıştır⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Hayrunnisa ÖZDEMİR, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVII, Sayı 3, 2013, ss. 81-105, s. 82.

dd. Tıbbi Müdahalelerde Çocuğun Rızası

Anayasanın 17'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince kabul edilen kişinin vücut dokunulmazlığı ilkesi uyarınca kişinin rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırılık teşkil edecektir. Tıbbi müdahalenin kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı teşkil etmemesi için kişinin tedaviye rıza göstermesi gerekmektedir⁴⁰¹.

Çocuğun, bedeni üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye, ana baba ya da vasisinin oluru aranmaksızın tek başına rıza gösterip gösteremeyeceği konusu, hukuk sistemi içinde çocuğun özerkliğinin tanınmasıyla yakından ilişkilidir.

Türk hukukunda 1219 sayılı Tababet Kanununa göre küçük ya da kısıtlı olan hastanın tedavisi için veli ya da vasisinin rızasının alınması gereklidir. Böylece pozitif hukuk bakımından çocuklar üzerinde yapılacak tıbbi müdahale için mutlak olarak ebeveyn yetkili görülmektedir. Bu noktada istisnai bir hüküm olarak 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 6'ncı maddesi konu bakımından önemlidir. Bu hükme göre, gebeliğin sonlandırılması operasyonlarında “küçüğün rızası ile velinin izni” birlikte aranmaktadır⁴⁰². Bu hüküm gebeliğin sonlandırılması işleminin hukuka uygunluğu için küçüğün rızasının alınmasını gerekli görmektedir.

Çocuğun sağlığı için tıbbi müdahalenin gerekli olduğu durumlarda ana babanın çocuğun tedavisi için herhangi bir çabalarının olmaması durumunda öğretide, velayet hakkının çocuğun menfaatlerine uygun kullanılmadığı gerekçesi ile çocuk ile ilgisi olan

⁴⁰¹ Anayasanın 17'nci maddesinde yer alan bu ilke aynı zamanda Biyo-Tıp Sözleşmesinin 5'inci, 1219 sayılı Tababet Kanununun 70'inci ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 22'nci maddesinde de tanınmaktadır.

⁴⁰² Yargıtay 8. CD. 26.11.1985, 5039/5473 sayılı kararında belirtildiği gibi, “Dosya içerisindeki Gemlik Nüfus Başmemurluğu'ndan verilen doğum kayıt örneğine göre 26.4.1966 doğumlu bulunan N.Y'nin raihm tahliyesi sırasında reşit bulunmadığı anlaşılmış ve bu durumda kendisi ile birlikte velisinin izninin de alınması gerekmesine göre bu koşul yerine getirilmeden ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6 ncı ve 8 nci maddeleri hükümleri gözetilmeden hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir”.

kişilerin ve yetkili makamların talebiyle hâkimin müdahalesinin istenebileceği kabul edilmektedir⁴⁰³.

Öğretide kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğindeki tıbbi müdahalelerde işlemin önem ve ağırlığının kıstas olarak kabul edilerek cerrahi müdahale gibi ciddi ve önemli tasarruflarda çocuğun rızası yanında velinin olurunun da aranması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmiştir. Yönetmeliğin 24'üncü maddesinde “Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulması Türk Medeni Kanunu uyarınca mahkeme kararına bağlıdır” denilmektedir. Ayrıca kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmayacağı düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahaleye maruz çocuğun özellikle ayırt etme gücüne sahip olması durumunda yasal temsilcinin rızasının aranacağına dair kabul, çocuğun özerkliği ile çelişmektedir. Nitekim tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğindedir. Öğretide tıbbi müdahaleye rızanın bu niteliğinden hareketle ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kendi beden ve yaşamlarını ilgilendiren bir konuda rıza gösterebilecekleri, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerle yapılacak tıbbi müdahaleler bakımından ise yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiği⁴⁰⁵, yine estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde kanuni temsilcilerin mümeyyiz küçük adına rıza açıklama yetkisine sahip olamayacağı yönünde görüşlere rastlanmaktadır⁴⁰⁶.

⁴⁰³ HATEMİ – SEROZAN, **Aile Hukuku**, s. 368.

⁴⁰⁴ SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 98, 282-287.

⁴⁰⁵ ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, s. 74-80.

⁴⁰⁶ Hakan HAKERİ, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 159.

Sağlık mevzuatında ayırt etme gücüne sahip küçük hastalar için mutlak anlamda yasal temsilci rızasının aranmasını yanlış bulan Hakeri'ne göre, müdahale ne kadar ağır, sonuçları ve riskleri ne kadar belirsiz ve acilliği ne kadar az ve buna karşılık hasta ne kadar küçük ise rıza verme yeteneğinin de o kadar azaldığını kabul etmek gerekecektir. Yine tıbbi müdahale ne kadar ağır, riskleri ne kadar büyük ise küçük yerine ebeveynin rızasını almak o kadar gerekli; buna karşılık tıbbi müdahale ne kadar acil ise küçüğün rızası ile yetinmek o kadar gereklidir⁴⁰⁷.

Özellikle kürtaj, aşılama, estetik amaçlı operasyonlar söz konusu olduğunda ya da medikal tıp yöntemlerine yönelik aktif bir itiraz nedeniyle ebeveynin çocuğa yönelik tıbbi müdahaleyi reddetmeleri ya da çocuklarını tıbbi müdahaleye zorlamaları olasılığı çerçevesinde ana babanın velayetten kaynaklanan hakları ile çocuğun vücut dokunulmazlığı ve sağlık hakkı çatışabilecektir.

Çocuğun vücut bütünlüğüne tıbbi amaçla yapılacak müdahalelerde çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması durumunda çocuğun özerk bir hak öznesi olarak kabulünden hareketle karar verilmesi gerektiği değerlendirilebilir.

ee. Değerlendirme: Türk Hukukunda Çocuğun Korunması-Özerkliğinin

Tanınması Dengesi

Çocuğu korumayı amaçlayan hükümler yanında yeni tarihli Medeni Kanun çocuğun özerkliğinin tanınması anlayışını yansıtan hükümler de içermektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 339'uncu maddesinde ana ve babanın, velayet hakkını kullanırken çocuğun olgunluk düzeyini dikkate alarak ona yaşamını düzenleme hakkı tanımlarını hükme bağlanmıştır. Çocuğun görüşünün alınması ilkesi Çocuk Koruma Kanunu'nda da düzenlenmektedir. Ancak bu hükümlerin uygulamada çocuğun kendisi hakkındaki işlemlerde görüşünü serbestçe oluşturma ve alınan kararları etkileme hakkını

⁴⁰⁷ HAKERİ, **Tıp Hukuku**, s. 156.

etkili biçiminde kullanabilmesini garanti ettiğini ifade etmek zor görünmektedir. Velayet davalarında, kişisel ilişkinin kurulmasına yönelik davalarda, vesayet altındaki çocuğun evlat edinilmesi işlemlerinde, çocuğun mallarına ilişkin tasarruf yetkisine ilişkin düzenlemelerde çocuğun görüşünün alınması ve bu şekilde çocuğun görüşünü oluşturarak kendi hakkındaki kararların alınmasına katılımının etkin kılınması önemlidir.

Hukuk sistemimizde çocuğun şahsını ilgilendiren kararlara etkin olarak katılımının sağlanmadığı bu ve benzeri düzenlemeler yanında çocuğun görüşünün alınması hakkının ihlal edilmesi biçiminde nitelenebilecek düzenlemeler de dikkat çekicidir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 231'inci maddesi hâkime takdir yetkisi tanıyarak on altı yaşından küçük çocuğun kendisi yerine, veli veya vasinin dinlenebileceğini öngörmektedir. Öncelikle maddedeki yaş sınırı, çocuğun kendi görüşünü oluşturabilecek olgunlukta olup olmadığı değerlendirmesini yasal bir zorunluluk olmaktan çıkardığı için, çocuğun özerkliğini korumayı amaçlayan haklarının açıkça ihlali niteliğindedir. Veli veya vasinin dinlenmesi durumunda, çocuğun görüşünün alınmasına gerek kalmaması, çocuğun gelişen kapasitesinin değerlendirilmesine gerek dahi duyulmaksızın ana babanın kararlarına tabi kılınmasına ve böylece çocuğun özerkliğinin ihlaline neden olacağı değerlendirilebilir.

Diğer yandan aile, okul, yatılı kurumlar, sosyal yardım kurumları gibi çocuğun ilişki içinde bulunduğu kurumlarda çocukların düşüncelerini açıklama konusunda etkin önlemler ve kolaylıklar sağlama amacına yönelmiş yasal düzenlemelerden söz etmek de mümkün görünmemektedir. Bu durum özellikle engelli çocukların görüşlerini oluşturma ve etkili bir biçimde şahıslarını ilgilendiren karar süreçlerine katılma haklarının ihlal edilmesine zemin hazırlamaktadır. Çocukların düşüncelerini açıklama haklarının ihlali durumunda şikâyetlerini iletecekleri idari, adli kurumların varlığı ve tutumu ise açıklanan düşüncenin ya da şikâyetin konusuna göre değişiklik göstermektedir. Usta'nın tespitiyle çocuğun içinde bulunduğu kurumun işleyişini eleştirmesi, “devlete karşı gelme” olarak

algılanmakta⁴⁰⁸ ve şikayetler ya kurum içinde çocuğun haklarının yok edilmesi pahasına çözülmekte ya da kapatılmaktadır⁴⁰⁹.

Diğer yandan ülkemizde, çocukların ifade özgürlüklerinin ihlali durumunda şikayetlerini dikkate alıp sonuçlandıracak yasal başvuru mercii ve usuller de belirlenmemiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 341'inci maddesi, çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkına sahip ana babanın yetkileri ile ergin kişinin dinini özgürce seçme hakkını düzenlemektedir. Medeni Kanun'da yer alan, küçüğün dini eğitimin verme ve belirlemenin velayet hakkından kaynaklanan bir hak olduğu hükmü, dolaylı olarak Anayasada herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu hükmü ile çelişmekte ve çocuklar bakımından ayrımcılığa yol açmaktadır. Mevzuatta çocukların dinlerini belirleyebilme özgürlüğünü güvence altına alan açık bir düzenleme bulunmaması da çocuğun özerkliğinin ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

Dernekler Kanunu'nun, çocukların dernek üyeliğini velilerin iznine bağlaması; çocukların derneklere üye olabilmesini sadece çocuk dernekleri ile sınırlaması; çocuk derneklerinin faaliyet alanlarını da belli konularla sınırlamasının çocukların özerk bireyler olarak kabul edilmesi yaklaşımı ile çelişmekte olduğu değerlendirilebilir. Benzer yaklaşımın Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda da benimsenmiş olduğunu değerlendirmek yanlış olmayacaktır. Nitekim Kanun'un 9'uncu maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilmek için on sekiz yaşını doldurmuş en az yedi kişiden oluşan bir düzenleme kurulunun varlığı gerekli görülmüştür. Bu durumda çocuklar toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemeyecekler yalnızca yetişkinler tarafından

⁴⁰⁸ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 374.

⁴⁰⁹ <http://www.hurriyet.com.tr/kurban-kestik-kapandi-40421628>;

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/502587/Aile_Bakani_na_bak..._Bir_kere_olmasi_karalama_k_icin_gerekce_olamaz_.html (erişim tarihi: 3.3.2019).

düzenlenmiş bulunan bir toplantı ya da gösteri yürüyüşüne katılabileceklerdir. Bu durumda tümüyle çocukları ilgilendiren konularda dahi etkinliğin düzenlenmesi yetişkinlerin inisiyatifini gerektirecektir⁴¹⁰. Çalışan çocuklar Sendikalar Kanunu'nun 5 ve 20'nci maddelerine göre sendika kurucusu olamasalar da 16 yaşını dolduran çocukların kendi iradeleri ile on altı yaşından küçüklerin ise yasal temsilcilerinin izni ile sendikaya üye olma hakları tanınmıştır. Sendika üyeliği ile ilgili düzenlemelerin, çocukların çalışma hayatına katılım yaşları ile uyumlu hale getirilmesi ve çalışan çocukların yalnızca çocuklara özgülenmiş çalışma örgütlerine sahip olmalarının önündeki yasal engellerin kaldırılarak çocuk emeğinin yine çocuklar tarafından savunulabileceğinin kabul edilmesi, çocuğun özerkliğinin ve özgürlüğünün kabul edilmesi anlayışının bir göstergesi olarak değerli bir gelişme anlamına gelecektir.

Çocukların yasal temsilcileri olmaksızın kendi başlarına hukuk davası açmaları, yürütmeleri veya şikayete tabi suçlarda savcıya soruşturmayı başlatacak şikayet dilekçesini verebilmeleri konusunda açık yasal düzenlemelerin bulunması da çocuğun özerkliğinin güçlendirilmesine hizmet edecektir. Bir önceki başlıkta Belçika hukukunda örneğine rastlanıldığı üzere çocukların kendi haklarını korumalarını sağlamak amacıyla yasal temsilciye ihtiyaç duymaksızın belli davaları açabilmeleri çocukların özerkliğini güçlendirecektir.

Türk hukukunda ise Medeni Usul Yasası yargıca, on altı yaşına kadar bir çocuğun kendisi yerine ana-babasını dinlemede tercihinde bulunma hakkı vermektedir. Çocuklar, ana babalarının onayı olmadan mahkemeye başvuramamaktadır.

Hukukumuzda çocuğun özerkliğin ihlal eden örneğin fiziksel ceza ya da başlık parası gibi zararlı uygulamalar açık biçimde yasaklanmamıştır.

⁴¹⁰ 1999 yılı sonlarında “öğretmen istiyoruz” pankartı ile yürüyen 13-14 yaşlarındaki lise öğrencisi gençlerin 1 yıldan 3 yıla kadar hapis istemiyle yargılanmaları basına yansımış, (Milliyet 16.12.1999) çocuklar hakkındaki dava beraatle sonuçlanmıştır.

Sonuç olarak Türk hukukunda çocuğun korunmasının değil de çocuğun özerkliğinin tanınarak haklarının korunması anlayışına doğru bir evrimi işaret eden “çocuğa saygı ilkesi” ve “çocuğun gelişen kapasitesine uygun olarak görüşlerini açıklama hakkı”nın tanınması gibi önemi yadsınamayacak yasal gelişmelere rağmen çocuğun özerkliğini destekleyen hükümlerin mevzuata aktarılması amacıyla önemli yasal reformlara ihtiyaç duyulduğu sonucuna ulaşılabilir.

2. Çocuk Haklarının Anayasayla Tanınması

Çocuk haklarının pozitif hukuka girişinde hem tarihsel hem de hukuk normları hiyerarşisi bakımından bir sonraki aşama anayasal tanıma aşamasıdır.

Geleneksel olarak anayasalar devletin niteliği, yapısı, hükümet biçimi, organları ve bu organlar arasındaki ilişkileri gösteren kurallar ile kamu özgürlükleri de denilen kişinin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen hukuk metinleridir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmaları için başvurulacak en etkin usul, kolayca değiştirilemeyecek metinler olan anayasalarda düzenlemektir⁴¹¹.

Temel hak ve özgürlüklerin anayasalarda düzenleniş biçiminin, ilk anayasalardan bu yana farklılık gösterdiği gözlenmektedir. Nitekim ilk anayasa metinleri, iktidarları bu haklara müdahale etmekten alıkoyan negatif, iktidara yönelik sınırlayıcı ve yasaklayıcı ifadelerle düzenleme usulünü benimsemişken günümüz anayasalarının daha çok hak ve özgürlüklerin varlığını bildiren, ancak bunun yanında bu hakların gerçek anlamda güvence altına alınması ve geliştirilmesi için devlete sorumluluk yükleyen, görev veren ifadeler içerdiği gözlenmektedir. İlk anayasal düzenlemeler ile çağdaş anayasalar arasındaki bu farklılığın nedeni, bir yandan haklar listesindeki ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da kapsayan bir genişlemeyle; diğer yandan hak ve özgürlüklerin devlet

⁴¹¹ Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 10. Baskı, Beta Basın, Yayım, Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2005, s. 136.

tarafından güvence altına alınmasının salt yasaklayıcı ve negatif bir tutumla gerçekleştirilemeyeceğinin anlaşılması biçimindeki gelişmeyle açıklanmaktadır⁴¹².

Anayasaların devlet organlarının temel işleyişine ilişkin düzenlemeler ile temel hak ve özgürlükleri hüküm altına alan en üst hukuki metinler oldukları dikkate alındığında, herkese ait haklara ek olarak çocuklara özgü hakların ve bu hakların yorumuna ilişkin ilkelerin, anayasalarda yer alması eğiliminin nedenleri, bu çalışma kapsamında üzerinde durulması gereken diğer bir konudur. Liberal devlet anlayışının yerini sosyal devlet anlayışının alması ve bunun sonucu olarak devletin toplumsal görevlerinin artması ve sürekli genişleyen haklar yaklaşımı, anayasalarda yer verilen hak listesinin genişlemesini beraberinde getirmiştir. Bu eğilimin bir sonucu da çocuk haklarına anayasal metinlerde yer verilmesi ve anayasalarda çocuklara tanınan hakların genişlemesi olmuştur.

Genel olarak insan hakları bakımından geçerli olan bu tespitler, çocuk hakları bakımından ayrı bir parantez açılmasını gerektirmektedir. Her şeyden önce bu hakların anayasalarda düzenlenmesinin ardında, bu hakların nitelikleri ve gelişim süreçleri ile örtüşen farklı sosyal, siyasal ve hukuksal etkenlerin varlığından söz edilebilir.

Bu başlık altında çocuk haklarının anayasal düzlemde tanınmasına zemin hazırlayan gelişmeler ile anayasal tanımanın, genel olarak devlete yükümlülük yükleyen ve bu niteliğiyle pozitif hak niteliği⁴¹³ ağır basan bu hakların korunması ve yaşama geçirilmesine yapacağı katkı teorik bir çerçevede değerlendirildikten sonra, çocuk haklarının anayasadaki ağırlığı ve anayasalarda çocuğun bağımsız bir hak öznesi olarak kabulü eğilimi inceleme konusu yapılacaktır. Son olarak bu hakların çocuğun

⁴¹² ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 98.

⁴¹³ Demokratik toplumda kişilere tanınan hürriyetler, Jellinek'in klasikleşen sınıflandırması çerçevesinde siyasal otoritenin hakkın yaşama aktarılmasındaki rolü ya da hak karşısındaki konumundan hareketle; negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır. KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s. 6.

korunmasına ve özerkliğinin tanınmasına sunduğu katkıdan hareketle anayasaların sınıflandırılması hedeflenmektedir.

a. Çocuk Haklarının Anayasalarda Tanınma Nedenleri

XX'nci yüzyıl anayasalarının ortak özelliklerinden biri, anayasalarda yer verilen hakların giderek genişleme ve zenginleşme eğilimidir. Anayasal düzleme taşınan bu hak kategorilerinden biri de çocuk haklarıdır. Anayasalarda herkese tanınan genel insan hakları hükümlerinin, durumlarına uygun olduğu ölçüde çocuklar bakımından geçerli olduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte durumları ve ihtiyaçları dikkate alınarak çocukların haklarının anayasal düzlemde özel olarak tanınması ve korunması yönünde bir eğilimden söz etmek de mümkün görünmektedir.

Çalışmanın önceki kısımlarında ayrıntılarıyla incelendiği üzere modern toplumda çocuğun toplum içindeki statüsü yetişkinlerinkinden oldukça farklıdır. Günlük yaşam içinde çocuklar yetişkinlerin yaşamından pek çok açıdan ayrılmış, farklı ve daha aşağıda bir hukuksal-toplumsal statüye yerleştirilmiştir. Çocukları yetişkin yaşamının dışında özel bir statüye yerleştiren bu anlayış, çocuklara özgü yaşam pratikleri ile çocuklara özgü moral kabullerin ortaya çıkmasına ve bunun hukuktaki sonucu olarak çocuklara özgü hak ve yükümlülüklerin kabulüne zemin hazırlamış, zaman içinde çocuklara özgü hakların anayasal düzleme taşınması gündeme gelmiştir.

Çocuklara özgü normların anayasalara taşınması ve bunun genel bir eğilim olarak pek çok ülke tarafından da benimsenmesi daha çok bireyciliğin ve devletin fonksiyonlarının genişlemesi kuramında kaynağını bulan ideolojik bir tercihin göstergesidir⁴¹⁴.

⁴¹⁴ John BOLI-BENNETT – John W. MEYER, “The Ideology of Childhood and the State: Rules Distinguishing Children in National Constitutions, 1870-1970”, **American Sociological Review**, Vol. 43, No. 6, 1978, ss. 797-812, s. 799.

Çocukların özel konumu ve ihtiyaçları, onlara yetişkinlerden ayrı haklar tanınmasını gerektirdiği kadar, o ana kadar herkese tanınan hakkın çocuklara uygulanırken niteliğinin hatta konusunun farklılık kazanmasını gerektirmesi de çocuğa özgü hakların anayasalarda yer almasının nedenleri arasındadır. Nitekim anayasalarda tanınan en eski ve en yaygın haklardan biri olan eğitim hakkı, devletin eğitime olanak sağlama konusundaki edimlerini gerektiren ve çoğunlukla ebeveynlerin haklarını önceleyen bir bakış açısıyla, ebeveynin çocuğunu dilediği gibi eğitime hakkının bir uzantısı olarak tanınan bir hak iken çocuğun özel gereksinim ve statüsünün tanınması ile çocuğun onur ve saygınlığını zedelemeyen usullerle eğitilmesini vurgulayan, fırsat eşitliği ihtiyacını öne çıkaran ve ana babanın engellemesi durumunda da devlete çocuğun eğitim hakkından yararlanmasını sağlamak üzere sorumluluk yükleyen bir çocuk hakkı olarak anayasalarda tanınmaya başlanmıştır. Örneğin, İsviçre Anayasası'nın 62'üncü maddesinin 2'nci fıkrası özel eğitime ihtiyacı olan çocukların eğitim hakkını düzenlemektedir. Yine 1982 Anayasası'nda maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilere, burslar ve başka yollarla devlet yardımı yapılması hakkı tanınması (md. 42), başlı başına çocuğun eğitim hakkından yararlanmasını amaçlayan bir düzenlemedir.

Herkese özgü hakların hep birer haklar mücadelesi sürecinin sonunda egemen sınıfa karşı ya da devlete karşı kazanılmış oldukları dikkate alındığında, haklarının tanınmasını sağlamak üzere mücadele olanağından yoksun çocuklara hak tanınmasının önünü ise sosyal devlet ilkesinin anayasalarda tanınması açmıştır⁴¹⁵. Dolayısıyla çocukların sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak korunmasını konu alan hakların anayasal düzeyde tanınmasının, çocuklar tarafından yürütülme de sosyal hakların tanınmasında rolü olan hak mücadelelerinin bir sonucu olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Çocuk haklarının tarihsel gelişim sürecinde de gözlemleneceği üzere, çocukları ailenin ve

⁴¹⁵ Aynı yönde görüş için bkz: SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 36.

çalışma yaşamının baskısına ve sömürüsüne karşı ilk koruyan devlet olmuştur. Sosyal devlet ilkesi uyarınca yaşça, ekonomik, sosyal ve bilgisel yönden görece zayıfların korunması devletin sorumluluğunda görülmüştür.

Başlangıçta çocuk haklarının anayasalarda yer almasının ardında yatan en önemli toplumsal-siyasal neden, zayıf olan çocuğun özel olarak korunma ihtiyacının olduğunun kabul edilmesi iken, zamanla herkesin eşit olarak saygı ve itibara layık olduğu yönündeki siyasal-hukuksal kabullerin sonucu olarak gündeme gelen ırk ayrımını ve kadınların erkeklerden daha düşük statüye yerleştirilmesini reddeden hukuksal dönüşüm, çocuklar için daha fazla özerklik tanınmasını konu alan hakların kabulünü gündeme getirmiştir⁴¹⁶.

Çocuk haklarının anayasal düzlemde tanınması yalnızca ulusal hukuktaki gelişmelerin bir sonucu da değildir. Özellikle her iki Dünya Savaşının ardından savaşın ağır sonuçlarından en çok etkilenen grupların başında çocukların gelmesi, uluslararası toplumu çocukların korunması için önlemler almaya sevk etmiştir⁴¹⁷. Bu dönemde az sayıda ülke anayasasında özellikle çocuğun korunmasını konu alan çocuk hakları tanınmaya başlanmıştır. Örneğin, 1947 tarihli Venezuela Anayasası çocuklara ebeveynlerini bilme, özel kanunlar aracılığıyla korunma ve özel kanunlara tabi olarak yargılanma, iş yaşamında sömürüye karşı korunma hakkını tanımış, ana babanın, çocuklarına yardım etmek, eğitmek ve beslemekle görevli olduklarını, bu görevi yerine getirmede yetersizlikleri durumunda tali olarak Devletin görevli olduğunu düzenlemiştir (md. 49-a). 1947 tarihli İtalya Anayasası, çalışan çocuklara eşit ücret hakkı vermiş (md. 37) ve Fransa'nın 1946 Anayasası çocukların ve yetişkinlerin eğitime ve mesleki eğitime eşit olarak erişmesi hakkını anayasal düzeyde tanımıştır.

Bu dönemde Milletler Cemiyeti bünyesinde 1924 Çocuk Hakları Bildirgesi ile başlayan ve Birleşmiş Milletlerin kurulması sonrasında kabul edilen 1959 Çocuk Hakları

⁴¹⁶ MINOW, "Rights for the Next Generation", s. 9.

⁴¹⁷ Genel olarak bkz: BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 8-9.

Bildirgesi ile devam eden bir dizi küresel ve bölgesel uluslararası belge de çocuk haklarını tanımaya başlamıştır. Uluslararası hukuktaki bu gelişmeler devletlerin anayasal teamülleri çerçevesinde anayasal metinlerini etkilemiştir. Dolayısıyla çocuk haklarının anayasal düzlemde tanınmasının dinamiklerinden bir diğeri de uluslararası hukuktaki gelişmelerdir. Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi kendisinden sonra kabul edilen anayasalar üzerinde oldukça güçlü etki göstermiş ve hükümleri değişen ağırlıkta olmakla birlikte sonraki tarihli anayasalara taşınmıştır. Dolayısıyla çocuk hakları bakımından uluslararası tanıma anayasal tanımaya zemin hazırlamıştır.

Konuya giriş niteliğindeki bu açıklamaların ardından çocuk haklarının anayasal düzlemde tanınmasına zemin hazırlayan gelişmeler üzerinde etraflıca durulacaktır.

aa. Sosyal Haklar Hareketinin Çocukların Haklarına Etkisi

Bilindiği üzere tarihsel seyri içinde XIX'uncu yüzyılın başlarında ortaya atılan ve doğrudan burjuvazinin çıkarlarına hizmet eden burjuva haklar anlayışının temelini mülkiyet hakkı oluşturmaktadır⁴¹⁸. Bu dönemde ilk ortaya çıkan ve temel kabul edilen bu niteliğiyle, anayasalarda seçme ve seçilme hakkı da mülkiyet sahibi olma koşuluna bağlanmıştır. Diğer taraftan kadınlar bu hakkın öznesi olmaktan dışlanmışlardır. Ancak burjuva insan hakları anlayışı sadece kadınları dışlayan erkek egemen ideolojiyi yansıtan haklar olarak belirmemiş, toplumun belli kesimleri de bu dışlamadan paylarına düşeni almışlardır⁴¹⁹. Bu dışlamaya maruz kalan gruplardan biri de çocuklardır.

Çocuklar bu dönemde yalnızca klasik hak ve özgürlükler bakımından dezavantajlı durumda değillerdir. Sanayi devriminin ortaya çıkardığı yeni sosyo-ekonomik ve hukuksal yapı içinde de, yeni hakların tanınması ve bu hakların korumasına ihtiyaç

⁴¹⁸ M. Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 92-93.

⁴¹⁹ ENGİN, “Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları”, s. 208-209; GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 98.

duymaktaydılar. Gerçekten XVIII'inci yüzyılın sonlarında İngiltere'de başlayıp XIX'uncu yüzyılda Kıta Avrupası'na sıçrayan sanayi devimi ve kapitalizm, tüm toplum yapılarını etkilerken, sosyal farklılıkları derinleştirmiş, sermayenin belli ellerde toplanması sosyal farklılıkları daha da şiddetlendirerek orta sınıfın yok olmasına ve değişen üretim yapısının bir sonucu olarak köylerden kentlere göç etmek zorunda kalanların işsizler orduları oluşturmalarına yol açmıştır. Yaygın işsizlik ve birbirini takip eden sürekli ekonomik bunalım ortamında, iş bulabilme mutluluğuna erişenlerin ise çalışma şartları son derece ağır, emekleri karşılığında elde ettikleri ise oldukça azdır⁴²⁰. Kapitalizmin “doğal” ve “kendiliğinden işleyen” yasaları, emek sahiplerinin mağdur olmasına neden olmuş ve söz konusu sosyal sınıfların mağduriyeti, liberal kuramların ileri sürdüğünün aksine genel yararın uyumu içerisinde giderilememiştir⁴²¹. Diğer yandan hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşitlik ilkesi, mülksüz sınıfların haklarının korunmasına hizmet etmekten uzak kalmıştır. Bunun sonucu olarak ekonomik, sosyal açıdan yoksunluk içinde bulunan halk kitleleri için, klasik hak ve özgürlükler içleri boş birer kalıp olmaktan başka bir anlama sahip olamamıştır⁴²². Bu ekonomik, sosyal ve hukuki tablo halk kitlelerinin büyük tepkilerine yol açmış ve bu sosyal bunalım beraberinde bir hukuk bunalımını getirmiştir. Burjuvazi ile işçi sınıfı arasındaki bu çelişki sonuçta sosyal hakları tanıyan yasa ve anayasaların doğumuna zemin hazırlamıştır⁴²³. Örneğin 1848 tarihli Fransız Anayasası, sosyal ve ekonomik hakları benimsediğini ortaya koyan bir belgedir⁴²⁴.

⁴²⁰ O dönemde işçi sınıfının içinde bulunduğu koşullara ilişkin olarak bkz. Maurice DUVERGER, **Batının İki Yüzü**, Çev. Cem Eroğul – Fazıl Sağlam, Doğan Yayınları, Ankara, 1977, s. 42-45.

⁴²¹ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 64.

⁴²² TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 64.

⁴²³ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 70.

⁴²⁴ Bu Anayasa, devlete her yurttaşın refahını arttırmak ve her yurttaşa kardeşçe yardımda bulunmak, işsizlik sorununa çözüm bulmak, çalışmayacak durumdaki yoksulları korumak gibi görevleri yüklemesinin yanı sıra, parasız ilköğrenim, meslek eğitimi, işçi-işveren ilişkilerinde eşitlik, farklı yollarla çalışanların korunması ve kimsesiz çocukların, yaşlıların ve yoksul sakatların korunması gibi görevleri de devlete yüklemiştir. Bkz. KAPANİ, 1993, s. 53-54. Mehmed AKAD – Bihterin Varol

Bütün bu gelişmeler, yeni hakların işçi ve işveren arasında ahlak ve karşılıklı anlayış üzerine kurulu bir anlaşmanın ürünü olarak değil, doğrudan doğruya emekçi sınıfların mücadelesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığını göstermektedir⁴²⁵. Görüldüğü üzere sosyal hakların doğumunu hazırlayan toplumsal etken “sosyal eşitsizliklere karşı tepki”dir. Anayasalar yasalardan farklı olarak, en köklü sosyal ve siyasi değişimlerin sonucu olarak ortaya çıkmışlardır⁴²⁶. Dolayısıyla sosyal hakların anayasalara girişine neden olan olaylar ile bir ülkede yeni bir anayasa yapılmasına zemin hazırlayan olaylar genellikle birlikte seyreden olaylardır. Sosyal hakları ilk defa tanıyan anayasaların, bu tür toplumsal olayların ardından kabul edilen anayasalar olduklarını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Sosyal ve ekonomik şartların neden olduğu toplumsal baskılar sonucu, önceleri birkaç istisna dışında genellikle yasa düzeyinde tanınan, özellikle XIX’uncu yüzyıldan itibaren pek çok ülkenin anayasasına da giren bu hakların en yaygın olarak tanınanları eğitim hakkı, beslenme hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı, çalışma şartlarının iyileştirilmesi ile çalışan kadınların, çalışan ananın, çalışan gençlerin özel olarak korunması ve çocukların çalıştırılması yasağı gibi daha çok ekonomik, sosyal haklar kategorisinde yer alan haklardır.

Amaçları ve fonksiyonları bakımından sosyal haklar, ekonomik ve sosyal dengesizlikleri azaltmaya yönelmiş haklar özelliği taşımaktadır. 1961 Anayasası’nın Genel Gerekçesi’nde de sosyal hakların amacının iktisadi ve sosyal bakımdan zayıf olan kişileri, grupları korumak, bunların maddi ve manevi varlıklarını geliştirme şartlarını

DİNÇKOL – Nihat BULUT, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 268-273.

⁴²⁵ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 71.

⁴²⁶ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 157.

hazırlamak olduğu belirtilmiřtir⁴²⁷. Devlete y k mlenen edim bakımından olumlu edim gerektiren sosyal haklar, ekonomik ve sosyal bakımdan korunması gereken kişilere özel destek sağlanmasını öngörmekte, bu gruplara “doğal yasaların normal işleyişinin sunabildiği olanaklardan daha fazlasını sağlama görevi”ni devlete yüklemektedir. Pozitif hukuk yeni haklardan yararlanacak kişilerin genel olarak, klasik hak sahiplerinden farklı bir özelliğe sahip olduklarını da belirtmektedir. Klasik-genel hakların k ğıt üstünde de olsa herkese tanınmış olmalarına karşılık yeni haklar, toplumun belli kesimlerinden olanlara tanınmıřtır⁴²⁸. Gerçekten de bu haklar ya sosyal ve ekonomik durumları bakımından zayıf durumda oldukları kabul edilen emekçilere tanınmış haklardır; ya da analar, çocuklar, nesebi sahih olmayan ya da terkedilmiş çocuklar, topluma ayak uydurmayan ya da bir engeli bulunan çocuklar yahut ceza kanunları ile ihtilafa düşmüş çocuklar, yaşlılar, engelliler, kendi olanaklarıyla eğitimlerini sürdüremeyecek durumda olanlar gibi sosyal bakımdan özel olarak koruması gereken kişilere tanınan haklardır. Dolayısıyla sosyal haklar kapsamında hak tanınan gruplardan biri de “ zel olarak korunması gereken kişiler”dir. Özel olarak korunması gereken kişiler kapsamında yer alan gruplar, yaşları, bir biçimde toplumun diğer unsurları arasında dışlanma, diğer insanlarla eşitsiz biçimde muamele görme, güçlerinin üzerinde çalıştırılma gibi nedenlerle hukuki, kültürel ve ekonomik olarak daha düşük statüye ya da yaşam standardına sahip kişilerdir. Bu bağlamda, sosyal haklar ile dışlanmanın önlenmesi ve sosyo-ekonomik şartlarının iyileştirilmesi ya da mevcut durumlarının daha da geliştirilmesi temel ama tır⁴²⁹.

⁴²⁷ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, 40’ıncı Birleşime ekli Sıra Sayısı 35, s. 9. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM___/d00/c002/tm__00002034ss0035.pdf (erişim tarihi: 8.6.2017).

⁴²⁸ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 76.

⁴²⁹ İbrahim KABOğLU, ** zg rl kler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İmge Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 43.

Görüldüğü üzere herkese ait genel insan hakları dışında çocuklara ilişkin haklara yer verilmesi, başlangıçta sosyal haklar mücadelesinin sonucu olarak “özel olarak korunması gereken gruplar” arasında görülen çocukların korunmasını amaçlayan hakların anayasal tanımaya kavuşturulması, çocuk haklarının anayasal düzeyde tanınmasının ilk adımları olmuştur. Çocukların çalışma şartlarının iyileştirilmesi ve eğitim hakkı gibi sosyal hakların ilk olarak 1848 Fransız Anayasası ile yasal metinlere geçmesi, devlete sosyo-ekonomik sorunlar karşısında pasif kalmayarak bir takım faaliyetlerde bulunma ediminin yüklenmesi bu yönüyle sosyal refah devletinin ilk ayak sesleri olarak kabul edilmektedir.

Genel olarak, çocukların haklarını tanıyan ilk anayasal örnekler çocuğun korunmasını konu alan haklara yer vermiştir. Örneğin, Macar Halk Cumhuriyeti’nin 1949 Anayasası’nın 52’nci maddesi, gençlerin “özel koruma” hakkı olduğunu kabul etmiştir. 1947 tarihli Venezuela Anayasası, çocukların özel olarak korunması ve yasalarla belirlenen özel usullere tabi olarak yargılanmaları hakkını tanımıştır (md 49 (c)). Kosta Rika da benzer şekilde aile, anne, yaşlı ve hastalar yanında çocukların da devlet tarafından “özel korunma” hakkını tanımaktadır (1949 Anayasası, md. 51).

XX’nci yüzyılın ortalarına kadar kabul edilen anayasalarda genellikle çocuklara kendi bireysel haklarına sahip özneler olarak kabul edilmeksizin bazı haklar tanındığı görülmektedir. Bu dönemde anayasalarda çocuklara tanınan haklar, genellikle aile, anne-çocuk birlikteliği ya da evlilik birliği içinde dünyaya gelmeme nedeni gibi çocuğun ilişkili bulunduğu bir başka kişi ya da sosyal kurum dolayısıyla tanınan haklardan oluşmaktadır. Venezuela (md. 47), Panama (md. 54) ve Arjantin (Bölüm III, Bölüm II) dahil olmak üzere birçok ülke, bu dönemde ailelerin genellikle devletten özel koruma ve yardım almaya hak kazandığını belirten hükümlere yer verirken, İtalya (md. 37), Macar Halk Cumhuriyeti (md. 50 (2)), Ekvador (md. 162) ve Arjantin (III. Bölüm, II. Kısım) gibi anne-çocuk ilişkisini temel alarak hak tanıyan anayasalardan söz etmek mümkündür.

1952 Polonya Anayasası (md. 67 (1)) ile 1947 İtalya Anayasası (md. 31) ise devlete çok çocuklu ailelere özel yardım yapmakla yükümlü olduğunu kabul etmeyi tercih etmiştir⁴³⁰.

Bu dönemde kabul edilen anayasalar, çocuğun yasal evlilik birliği dışında dünyaya gelmiş olması nedeniyle ayrımcılığa karşı korunmalarını konu alan düzenlemelere de yer vermişlerdir. Örneğin, 1952 tarihli Polonya Anayasası (md. 67/2) ve 1946 tarihli Panama Anayasası 58'inci maddesi evlilik birliği dışında doğan çocukların evlilik birliği çerçevesinde doğan çocuklarla aynı miras haklarına sahip olduklarını düzenlemiştir. Ancak nesep ilişkisi ve cinsiyet dolayısıyla çocuklara açıkça ayrımcılık yapılmasını meşrulaştıran anayasalara da rastlanmaktadır. Evlilik birliği dışından doğan çocukların miras haklarının evlilik birliği içinde dünyaya gelen çocukların hissesinin yarısı kadar olacağını düzenleyen 1946 tarihli Ekvador Anayasası ile kırsal kesimlerdeki temel eğitimin kız çocuklarının ev işlerine hazırlanmalarını sağlayacak şekilde olacağını düzenleyen 1949 Arjantin Anayasası nesep ve cinsiyet nedeniyle ayrımcılığı pekiştiren hükümleri ile dikkat çekicidir.

Ailenin hakları ve çocuğun ilişkili olduğu sosyal birimler dolayısıyla çocuğun özel olarak korunmasını konu alan haklara benzer biçimde XX'nci yüzyılın ortalarında hazırlanan anayasalarda tanınan eğitim hakkı dahi, genellikle ana babanın çocuğu üzerindeki hakları dolayısıyla tanımaya konu olmuştur. Nitekim 1947 Venezuela Anayasası, çocuklarını eğitmenin ebeveynlerin görevi olduğunu ifade ettikten sonra ebeveynlerin çocuklarına karşı görevlerini yerine getirmeleri için gerekli koşulları oluşturma devletin sorumluluğunda olduğunu düzenlemiştir (md 49 (b)). Benzer şekilde 1949 Arjantin Anayasası, eğitim ve öğretim sorumluluğunu, aileye ve yasalar ile uyumlu olarak aile ile işbirliği yapan özel ve resmi kuruluşlara ait olduğunu kabul

⁴³⁰ W. Warren Hill BINFORD, "Comparative Constitutional Rights of Children", **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law**, 2016, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2792513> (erişim tarihi: 3.3.2019)

etmiştir. Başka örneklerinden⁴³¹ de söz edilebilecek bu düzenlemelerde çocukların eğitim hakları, ebeveynlerin çocukları üzerinde sahip oldukları çocuğunu eğitime hakkından türemiş bir hak olarak anayasal tanımaya konu olmuştur. Dolayısıyla bu anayasal yaklaşım çerçevesinde çocukların kendi başlarına özerk haklara sahip kişiler olarak kabul edilmediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Böylece, II'nci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde, çocukların haklarını tanıyan ulusal anayasaların sayısında bir artış olmakla birlikte çoğu zaman bu tanımının ailenin bir üyesi ya da sosyal bakımdan özel olarak korunması gereken bir statü ile ilişkili olması dolayısıyla çocuğa tanınan haklarla sınırlı olduğu ve bu hakların yalnızca koruyucu, yer yer de ayrımcı nitelikte olduğu ifade edilebilir.

Ancak tüm bu yasal düzenlemeler ve anayasal tanıma sonucunda çocukların yaşam koşullarının düzeldiğine dair somut veriye rastlanmamaktadır. Bu nitelikteki hükümler gerçekte toplum yaşamında çok az etkiye sahip olmuşlardır. Bunun nedenini çocuk haklarının niteliğinde aramanın doğru olacağı ifade edilebilir. Çocuklara sosyal haklar tanıyan ve devletin olumlu edimini gerektiren hakların, sosyal hakların hayata geçirilmesinin sınırı niteliğindeki “*devletin mali kaynaklarının yeterliği*” (1982 AY. md. 65) ile kayıtlı olduğu açıktır. Diğer yandan çocuğun özerkliğinin korunmasını ve gelişimini konu alan haklar ise daha çok çocuklara nasıl davranılması ve onlara nelerin sağlanması gerektiğine ilişkin ideal standartlara dayanan talepler niteliğinde olduklarından⁴³² bu hakların manifesto haklar olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır⁴³³. Gerçekten zengin-fakir, yeni kurulan-eski, merkezi-federal gibi pek çok

⁴³¹ 1947 tarihli İtalya Anayasası benzer şekilde ebeveynlerin çocuğun eğitimini sağlama görevini düzenlemekte ve devletin sekiz yıllık serbest ve zorunlu eğitim sağlamakla yükümlü olduğunu öngörmektedir.

⁴³² ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, s. 289.

⁴³³ Jane FORTIN, **Children's Rights and the Developing Law**, Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge – London, 2009, s. 13-14.

farklı nitelikteki ülkenin anayasal düzlemde çocuk haklarına yer verdiği⁴³⁴, özellikle gelir seviyesi düşük olan ülkeler ya da bireysel özgürlük ortamından yoksun olan ülkeler için anayasalarda tanınan bu hakların hayata geçirilmesinin zaman aldığı görülmektedir⁴³⁵.

Bu durumun nedenin biraz da anayasa kavramının özünde saklı olduğu ifade edilebilir. Öyle ki geçtiğimiz yüzyıl, devletin kuruluşuna ilişkin temel normların, bireylere ve toplum yapısına ilişkin çok genel ideolojik tanımların anayasal zeminde düzenlenmesine tanıklık etmiştir. Devletlerin birer ideolojik manifestoları⁴³⁶ olan anayasalarda, toplum için program hükümler ifadesini bulmuştur. Bununla birlikte anayasa kurallarının bir ülkede somut gerçeklikten kopuk varlıkları yoktur. Tümüyle belirleyici olmasa bile, anayasanın var olan toplumsal-siyasal ilişkileri etkileyici bir gücü de vardır. “Anayasanın normatif gücü” diyebileceğimiz bu güç, emredici hukuk kaideleri toplamı olarak anlaşılması gereken “anayasa” kavramının özünde yer almaktadır⁴³⁷. Anayasa tarafından oluşturulan hukuksal yapı, mevcut toplumsal-hukuksal ilişkileri aşan bir meşru düzeni de ifade etmektedir⁴³⁸. Dolayısıyla anayasalar var olan ilişkilerin aynası olmaktan öteye geçen, aynı zamanda “olması gerekeni” de belirten ve devlet gerçekliğinin oluşturduğu güçler alanını etkileme savını içeren metinlerdir. Ne var ki anayasaların insan hakları hükümlerini barındırması, bu hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşması ve pratik olarak anlam kazanması için yeterli değildir. Fakat bir ülkenin çocuk haklarına anayasasında yer vermesi, çocuğun haklarını gerçekleştirme konusunda açık bir

⁴³⁴ BOLI-BENNETT-MEYER, “The Ideology of Childhood and the State”, s. 800.

⁴³⁵ BOLI-BENNETT-MEYER, “The Ideology of Childhood and the State”, s. 800.

⁴³⁶ Levent GÖNENÇ, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçinde Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 1, 2007, ss. 145-168, s. 155. Gonenç’e göre anayasaların üç temel işlevi bulunmaktadır. Bunlar; toplumun dayandığı temel prensip ve değerleri ifade etmek ve pekiştirmek (ideolojik manifesto), siyasi iktidarı meşru kılmak (normatif şelale) ve siyasi iktidarı organize etmektir (iktidar haritası).

⁴³⁷ Orhan ALDIKAÇTI, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İÜHF Yayını, 4. Baskı, İstanbul 1982, s. 5.

⁴³⁸ Yavuz SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 7-8, 1985-1986, ss. 15-26, s. 15.

niyet beyanı, bir taahhüdü olduğunu ve bunu vatandaşlarına ilan ettiğini göstermesi bakımından önemlidir ve devletin çocuk haklarını gerçekleştirme konusunda kendisini yükümlülük altına almış olduğunun bir ilanıdır. Dolayısıyla bir anayasanın çocukların hakları alanında hüküm altına aldığı ya da sessiz kalmayı tercih ettiği konulardaki rolünün yadsınamayacağı açıktır⁴³⁹.

Öğretide bir devletin çocuk haklarına tam anlamıyla bağlılığını ortaya koymasının bir göstergesinin, çocuk haklarına ilişkin ilkelere ve kurallara anayasasında yer vermesi olduğu sıklıkla ifade edilmektedir. Alston, genel insan hakları çerçevesi içinden bir hakkın seçilerek anayasal tanımaya kavuşturulmasının söz konusu hakka ayrıcalıklı bir statü verilmesi anlamına geldiğini destekleyen pek çok tarihi gerçeğin bulunmasının, bu tezin haklılığını ortaya koyduğu görüşündedir⁴⁴⁰. Gerçekten insan haklarının tarihi seyri incelendiğinde, haklarının daha güçlü bir taahhüt olarak kabul edilmesini sağlamak üzere anayasal düzleme taşındıkları görülecektir. Örneğin, 1215 yılında kabul edilen Magna Carta zaman içinde anayasal statüye kavuşmuş, 1789 Fransız İnsan Hakları Bildirisi, 1791 yılında Anayasada yapılan değişiklik ile Anayasa'nın bir bölümü hâline gelmiştir. Bu gelişmeler insan haklarının anayasal seviyede tanımaya kavuşturulmasının, bu haklara atfedilen en büyük paye olarak algılanmasına neden olmaktadır⁴⁴¹. Bu örnekler sınırlı sayıda ülke uygulamasını yansıtsa da kendilerinden sonra gelen anayasalara model olmuştur. 1950-1960'lar döneminde yapılan anayasalar, açıkça insan haklarını tanıyan ve garanti altına alan hükümler ihtiva etmişlerdir. Anayasal garantinin hakların etkisine katkı sağlayacağı yönündeki görüş, uluslararası normlarda da kabul edilmiştir. Nitekim Kadına

⁴³⁹ Beatrice DUNCAN, **Constitutional Reforms in Favour of Children**, November 2008, UNICEF, s. 4. http://www.onu.cl/es/wp-content/uploads/2016/06/Constitutional_Reforms_in_Favour_of_Children.pdf (erişim tarihi: 3.3.2019).

⁴⁴⁰ Philip ALSTON – John J. TOBIN – Mac. DARROW, **Laying the Foundations for Children's Rights**, Innocenti Research Centre, Innocenti, 2005, s. 21.

⁴⁴¹ ALSTON – TOBIN – DARROW, **Laying the Foundations for Children's Rights**, s. 21.

Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi 2'nci maddesinde, taraf devletlere kadın ve erkeklerin eşitliği ilkesine anayasa ya da yasal metinlerde yer vermelerini tavsiye etmekte, benzer biçimde Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin dördüncü maddesi, taraf devletlerin Sözleşme'de tanınan hakların hayata geçirilmesi için yasal ve idari tüm önlemleri almak zorunda oldukları hükmünü içermektedir. Diğer yandan Sözleşme'nin denetim organı Çocuk Hakları Komitesi, çocuk haklarıyla ilgili bölümlerin anayasalarda yer almasını, böylelikle Sözleşme'nin temel ilkelerinin bu belgelerde de yansıma bulmasını ve Sözleşme'nin temel mesajının -yetişkinlerin yanı sıra çocuklar da hak sahibidirler- vurgulanmasını memnuniyetle karşıladığını ifade etmektedir. Diğer yandan Komite, anayasal tanımının çocuk haklarına gerekli saygının gösterilmesini kendiliğinden sağlamadığına işaret etmekte, bu hakların eksiksiz biçimde yaşama geçirilmesi için önlemler alınması gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁴².

bb. Ulusalüstü Hukuktaki Gelişmeler

Çocuk haklarının anayasal tanınmasındaki bir sonraki önemli aşama, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 20 Kasım 1989 tarihinde Genel Kurul tarafından oybirliğiyle kabul edilmesini izlemiştir⁴⁴³.

İnsan hakları kavramının ortaya çıkmasının ilk aşamasında ulusal hukuk çerçevesinde kalan ve ancak ulusal hukuk düzleminde ileri sürülebilen haklar sağlayan insan hakları hukuku, artık ulusal hukuku aşan bir boyut kazanmış ve ulusalüstü hukukun bir parçası olmuştur⁴⁴⁴. Herkese özgü hakların gelişiminde görüleceği üzere devletlerin,

⁴⁴² Committee on the Rights of the Child, "General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child" (arts. 4, 42 and 44, para. 6), 27.11.2003, **CRC/GC/2003/5**, **parag. 21**.

⁴⁴³ Sözleşme, imzalar ve onaylar bakımından hem hız hem de sayı bakımından rekorlar kırmıştır. Bugün, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, dünyadaki en geniş çapta onaylanmış insan hakları sözleşmesidir. Gerçekten de, tanınan her ülke anlaşmayı imzalayan ve temsilcileri metnin hazırlanmasında aktif olarak yer aldığı Amerika Birleşik Devletleri dışında, anlaşmayı onaylamıştır. 196 devletin taraf olduğu Sözleşmeyi, Amerika Birleşik Devletleri 16 Şubat 1995 tarihinde imzalamasına karşın henüz onaylamamıştır. İmza ve onay durumu için bkz. <http://indicators.ohchr.org/> (erişim tarihi: 3.3.2019).

⁴⁴⁴ Süheyl BATUM, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İÜ Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993, s. 26,27; Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan**

çocuk haklarını ulusal düzeyde koruma ve tanımanın yanında; gerek ulusalüstü hukuk metinlerinin hükümlerini iç hukuka aktarma buyruğunu gereğini yerine getirmek, gerek böyle bir emredici hüküm bulunmasa dahi uluslararası hukuk tarafından ortaya konan standartları iç hukuka aktarmak amacıyla uluslararası hukuk metinlerinde yer alan çocuk hakları normlarını anayasal düzleme aktarma eğiliminde oldukları görülmektedir. Hatta bu çalışmanın “çocuk haklarının ulusalüstü hukukta tanınması” başlığı altında ortaya konacağı üzere, çocuk hakları söz konusu olduğunda ulusalüstü hukuk normlarının harekete geçirici etkisinin daha da belirgin olduğu ifade edilebilir.

Ulusalüstü⁴⁴⁵ hukuktaki gelişmelerin, anayasal tanıma üzerinde sahip olduğu etki, söz konusu ülkede ulusalüstü hukukun iç hukukta doğrudan etkin olup olamadığına ilişkin hukuksal kabullere diğer bir ifade ile ulusalüstü sözleşmelerin iç hukukta etkinliği konusunda düalist ya da monist yaklaşımın benimsenmesine göre değişim göstermektedir.

Fransız Anayasası’nın 25’inci maddesi ve Türk Anayasası’nın 90’ıncı maddesinde, uluslararası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası olduğu kabul edilmiştir⁴⁴⁶. Bunun sonucu olarak Fransız Anayasasında, çocuk hakları Sözleşmesi’ne atıf yapılmakla yetinilmiş, Türk Anayasasında ise çocuk hakları kataloğunda yer alan tüm haklar değil, öne çıkan bazı haklar ve ilkeler doğrudan anayasal tanımaya kavuşturulmuştur. Arjantin Anayasası da, 23’üncü maddesinde, aralarında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin de bulunduğu bir dizi sözleşmenin Anayasa ile eşit seviyede olduklarını hükme bağlamıştır. 2002 Ruanda Anayasası’nın önsözü Sözleşme’ye atıfta

Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu, Ankara, 2006, s. 49.

⁴⁴⁵ Öğretide haklı olarak uluslararası terimi yerine ulusal üstü teriminin kullanılması önerilmektedir. Nitekim, uluslararası hukukun öznelerinin devletler olduğu, bireyin özne olarak hakkını savunabildiği ulusal hukukun dışında veya üzerinde bir düzlemin, ulus-üstü olarak adlandırılmasının haklılığı tartışmasıdır. GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş.**

⁴⁴⁶ BATUM, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,** s. 28-30.

bulunmaktadır ve 28’inci maddeye göre “Çocukların, ulusal ve uluslararası hukuka uygun olarak, ailelerine, topluma ve Devlete yöneltebilecekleri şartların gerektirdiği özel korunma önlemlerine hakkı vardır.”

Günümüzde çocuk hakları hukukunun en önemli kaynaklarından biri, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’dir. Sözleşme o ana kadar pek çok demokratik ülkenin gerek yasal-anayasal gerekse içtihadi hukukta eriştiği tanımayı geride bırakarak geniş bir çocuk hakları kataloğuna ve çocuğun sosyal-hukuksal statüsünü yeniden inşa eden bir yaklaşıma sahiptir. Bu niteliğiyle kendisinden sonra kabul edilen pek çok anayasaya kaynaklık etmiştir. Sözleşme, çocuk haklarına anayasal düzeyde yer verilmesini zorunlu görmemektedir. Ancak “*alınması gereken tüm önlemler*” hükmünün anayasal tanımayı içerip içermediğinin, her bir ülkenin anayasal geleneği göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim sosyo-politik amaçların belirlenmesi ve yaşama geçirilmesinde, konunun anayasal düzleme taşınmasına anayasal geleneğinde büyük önem atfedilen ülkelerde, “*alınması gerekli olan tüm önlemler*” kavramının, anayasal korumayı da içermekte olduğu tartışmasızdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi de anayasalarında çocuk haklarına ilişkin hükümlere yer veren ülkelerin bu tercihlerine büyük değer atfettiğini belirtmekte, çocuk haklarına anayasal koruma tanımayan ülkelere de bu yönde değişikliğe gitmeleri önerisinde bulunmaktadır⁴⁴⁷.

Ülkemiz ÇHS’yi 1990 yılında imzalayarak 1995 yılında yürürlüğe koymuştur. Türk anayasa hukuku açısından, Anayasanın 90’ıncı maddesi uyarınca, Sözleşme’nin kanunlarla eş değer olduğuna; ayrıca “*usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri*”nin

⁴⁴⁷ CRC/GC/2003/5, parag. 21.

esas alınacağına ilişkin hükümden hareketle, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuktaki etkinliğinin bizzat Anayasa tarafından garanti altına alındığı ve kanunlarla eş, hatta aynı konudaki bir kanun ile uluslararası anlaşmanın çelişmesi durumunda anlaşmanın daha üstün bir konuma taşındığı göz önüne alındığında, Anayasa'da çocuk haklarına ilişkin bir listeye yer verilmesine gerek olup olmadığı tartışılabilir. ÇHS'de yer alan hakların doğrudan etkisi ve kendiliğinden uygulanabilirliğine ilişkin olarak, bu haklardan büyük çoğunluğunun “program hüküm” olarak nitelendirilebileceği ve “kendiliğinden uygulanmasının” mümkün olmadığı değerlendirildiğinde⁴⁴⁸, taraf devletlerin Sözleşme hükümlerini iç hukuka aktarmak ve devletin yükümlülüklerini somutlaştırmak amacıyla bir takım düzenlemeler yapması gereği kabul edilebilir.

Diğer yandan gerek taraf olunan uluslararası anlaşmaların iç hukukta doğrudan bağlayıcılığını kabul eden, gerekse iç hukuk hükümleri ile çelişkili insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalara öncelik verilmesini hüküm altına alan düzenlemelere yer veren ülkelerin, aynı zamanda ÇHS'ye de üye olmaları durumunda; Sözleşme hükümlerinin iç hukukta kanunlardan üstün bir konuma sahip olacağı, o ülkedeki çocuklardan Sözleşme'nin hükümlerinin ihlal edildiğini iddia edenlerin, yerel mahkemeler önünde uygun iç hukuk tazminatlarına hükmedilmesini talep etmeye yetkili oldukları düşünülebilir. Fakat pek çok ülkenin uluslararası anlaşmaların iç hukukta otomatik olarak etki sahibi olmasını önemli ölçüde sınırlandırması sonucuna neden olan farklı uygulamalara sahip oldukları görülmektedir. Nitekim anlaşmanın kabulü sırasında, iç hukukta uygulanmasını imkânsız kılacak ölçüde geniş sonuçları olan çekinceler konulması, ülkenin iç hukuk pratiğinde gerek idari, gerek yargı makamları nezdinde uluslararası anlaşma hükümlerinin iç hukukta doğrudan etki sahibi olamayacağına dair çok güçlü bir inanç bulunması, mahkemelerin anlaşma hükümlerinin bir yasa ile iç hukuka

⁴⁴⁸ GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 604.

aktarılmadıkça kendilerini anlaşma hükümleri ile bağlı saymamaları ve sözleşmelerin zaten iç hukukta daha önceden kabul edilmiş olan mevzuattan farklı olarak yeni bir standart getirmediğini peşinen kabullenmeleri anlamına gelen bir içtihadi tutum içinde olmaları, bunlara ek olarak mahkemelerin iç hukuk kültürü ile çelişen uluslararası anlaşma hükümlerini son derece muhafazakâr bir biçimde yorumlama misyonu üstlenmiş olmaları, sözleşmelerin iç hukukta doğrudan etkililiğini en aza indirmektedir. Buradan hareketle, iç hukukta etkisi sınırlanan anlaşmaların garanti ettiği hakların anayasal statüye kavuşturulması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Diğer yandan öğretideki bir görüş çerçevesinde ulusalüstü korumanın, insan hakları bağlamında ulusal korumayı tamamlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁴⁴⁹. Buradan hareketle de çocuk haklarının anayasada düzenlenerek anayasal korumaya kavuşturulmasının önemi vurgulanabilir. Ayrıca anayasaların kolayca değiştirilemeyecek düzenlemeler oldukları dikkate alındığında, bir hakkın anayasada düzenlenmiş olması özellikle yaşamaya karşı da koruma sağlayacaktır.

Çocuk haklarının anayasal tanınmasının önemi böylece ortaya konduktan sonra Çalışmaya, anayasaların çocuk haklarına doğrudan ya da dolaylı tanıma eğilimleri, çocuk haklarına yer veren anayasaların ise çocuğu başlı başına bir hak öznesi olarak kabul ederek özerkliğini temel alıp almamalarına göre yapılacak değerlendirme ile devam edilecektir.

b. Belli Başlı Anayasal Tanıma Örnekleri

Anayasalarda çocuk haklarına dair hükümler incelendiğinde bazılarının sosyal programlar (program-kural) niteliğinde, bazılarının ise açıkça devlete sorumluluk yükleyen kurallar niteliğinde oldukları görülmektedir. Diğer yandan çocuk haklarına

⁴⁴⁹ ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 155; Halil KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 130.

ilişkin anayasal hükümlerin bazıları adeta, zaten var olan bir durumun Anayasal düzeyde tekrarlanması niteliğindedir. Zaten öncesinde kanunla tanınmış olan parasız ilköğretim hakkı, ailelere yardımlar, çocukların çalışma koşullarına ilişkin sosyal hak niteliğindeki yükümlülüklerin, anayasaya taşınması bu duruma örnektir. Bu hükümlerin çocuğun toplumsal-hukuksal statüsünde bir değişim getirmediği açıktır.

“Devlet çocukları ve gençleri her türlü sömürüden korur, çocukların, gençlerin ve yaşlıların her türlü istismar ve ihmale karşı korunması devlet faaliyetlerinin temel hedefi olacaktır” hükmünde olduğu gibi diğer bir grup anayasal hükmün ise, yasamaya yönelik direktifler içeren program hüküm niteliğinde oldukları görülmektedir⁴⁵⁰. Bu nitelikli anayasal hükümler, çocuklara doğrudan hak tanımaktan çok, devlete yön gösteren ya da ona yetki veren kurallar şeklindeki düzenlemelerdir. Bu kurallar program-kural niteliğindeki hükümlerdir⁴⁵¹. Bu nitelikteki anayasal düzenlemelerin çocuğun haklarının fiili olarak tanınmasına yaptığı katkı çalışmanın ikinci bölümünde ele alınacaktır. Program-kural nitelikli anayasal hükümlerin yasamaya direktif veren ve bu hakların yaşama aktarılması konusunda yükümlülük getiren hükümler oldukları ifade edilebilir. İkinci olarak, bireylere talepte bulunma hakkı tanımamakla birlikte, somut bir alanda devlete işlemde bulunma yetkisi ve görevi veren hükümlerle bu hakların güvence altına alınması yöntemi benimsenebilmektedir. Son olarak da, hakların açıkça “kişilerin hakları” biçiminde anayasalarda yer alması yöntemi benimsenmektedir⁴⁵².

Kişisel-siyasal nitelikli çocuk haklarının ise, anayasal tanınmayla doğrudan talep edilebilecek nitelikli oldukları açıktır. On altı yaşın altındaki çocukların önleme amaçlı tutuklama tedbiri uygulanmasını yasaklayan Namibya Anayasası’nın 15’inci maddesi,

⁴⁵⁰ Örnekleri artırmak mümkün olmakla birlikte, Nijerya AY md. 35, Ermenistan AY md. 54, Cezayir AY md. 72, Arnavutluk AY md. 54/2, Avusturya 5a, Ekvador AY md. 39, Mısır AY, md. 80.

⁴⁵¹ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 182.

⁴⁵² Bu hakların anayasalarda ele alınış biçimlerini gösteren tüm bu farklı yöntemler için bkz. TANÖR, **Anayasada Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 190-195.

çocuğun gözetiminde tutulduğu sürede yetişkin suçlulardan ayrı tutulmasını emreden Uganda Anayasası'nın 34'üncü maddesi örnek olarak burada sayılabilir.

ÇHS'nin kabulünden sonra yürürlüğe giren ya da revize edilen anayasaların önemli bir bölümünün çocukların korunmasına ilişkin hakları tanıdığı görülmektedir. Yine azımsanmayacak sayıdaki anayasa, Sözleşme ile uyumlu olarak çocuğun bağımsız hak sahibi kabul edilmesi yaklaşımını yansıtan hükümlere yer vermektedir. Özellikle ırk ayrımcılığına dayanan sistemi terk etmeyi hedefleyen, Sahra Altı Afrika ülkelerinin demokratikleşme sürecine girmeleriyle birlikte kabul ettikleri anayasaların ve soğuk savaş döneminin sona ermesinin ardından Orta ve Doğu Avrupa'da pek çok ülke Anayasası'nın kabulünün, Sözleşme'nin kabulünden sonraki dönemde gerçekleşmesi nedeniyle bu yeni anayasaların çoğunda çocuk haklarına ilişkin kapsamlı hükümler yer almıştır. Diğer pek çok ülkenin ise çocuk haklarına ilişkin yeni hükümler getirmek üzere anayasa değişikliğine gittiği görülmektedir.

Etiyopya, Ruanda ve Güney Afrika Cumhuriyeti anayasaları çocuğun hakları ile ilgili hükümler de dâhil olmak üzere temel haklar konusunda nispeten kapsamlı bölümler içermektedir. 1994 Etiyopya Anayasası'nın 36'ncı maddesi, çocuğun yaşam hakkını, isim ve uyrukluk hakkını ve anne babaları tarafından bakım hakkını tanımaktadır. Aynı zamanda, çocuğun sömürücü uygulamalara karşı korunma hakkı, özellikle de çocuğun sağlığı, eğitimi veya refahına zarar veren istihdam, zalimane ve insanlık dışı cezalardan korunma hakkı ve özgürlüğünden yoksun bırakılmış çocukların yetişkinlerden ayrılması hakkı da anayasal seviyede tanınan çocuk haklarındandır. 1994 Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın 28'inci bölümü, çocuk haklarının daha kapsamlı bir listesini içermektedir. 1997 Burkina Faso Anayasası, devletin çocuk haklarına olan bağlılığını hüküm altına almıştır (md 24). 2002 Togo Anayasası ise "Devlet gençleri her türlü sömürden korur" hükmüne yer vermiştir. 1999 Nijerya Anayasası'nın 35'inci maddesi,

çocukların, gençlerin ve yaşlıların “her türlü istismar, ve ihmale” karşı korunmasının, devlet faaliyetlerinin temel hedefi olacağını hüküm altına almıştır.

Çek Cumhuriyeti, Gürcistan, Rusya Federasyonu ve Slovenya da dâhil olmak üzere Orta ve Doğu Avrupa’daki pek çok ülke, 1989’da Sözleşme’nin kabulünden sonra bağımsız devletler hâline geldi. Bu yeni anayasaların bazıları, çocuk haklarına yalnızca kısa referanslar içermekte çoğunlukla aileye özgülenmiş kapsayıcı bir hükme yer vermektedir. Örneğin 1993 Rusya Federasyonu Anayasası “analık ve çocukluk ve ailenin devlet koruması altına alınması” hükmüyle çocuğun haklarına oldukça zayıf bir atıf ile yetinmiştir. Benzer şekilde, 1995 Gürcistan Anayasası, “annelerin ve çocukların hakları yasayla korunmaktadır” hükmüyle yetinmiştir. 1994 Belarus Anayasası, çocuk ve aileye devlet tarafından korunma hakkını tanıyan bir hüküm içermektedir. Bu Anayasa, çocuğun zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz bırakılmasını yasaklamakta ve fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zararlı olabilecek işlerde çalıştırılmayacağını hüküm altına almaktadır. Çek Cumhuriyeti’nde, Anayasal düzenin bir parçası olan 1991 tarihli Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi’nde çocuklara ve aileye ilişkin bir hüküm de bulunmaktadır. Şart’ın 32’nci maddesi, çocukların ve ergenlerin “özel koruma” ve çocukların ebeveynleri tarafından yetiştirilme hakkı olduğunu kabul etmektedir. Evlilik içi ya da dışı doğum esasına göre ayrımcılığı da yasaklamaktadır.

Polonya, Romanya, Slovenya ve Ukrayna Anayasaları, doğrudan çocuk haklarına özgülenmiş hükümler içermektedir. 1996 Ukrayna Anayasası, çocukların şiddet ve istismardan korunma hakkının yanı sıra evlilik bağı temelinde ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır (md. 52). Aynı zamanda, devletin aileyi, çocukluğu, annelik ve babalığı koruma ve ebeveynlik bakımından yoksun çocukların bakım yükümlülüğünü tanımıştır. 1995 tarihli Romanya Anayasası “*Çocuklar ve gençler haklarının kazanılmasında özel koruma ve yardımdan yararlanacaklardır*” hükmü yer almaktadır (md. 45). Ayrıca Anayasa, çocuklara devlet yardımları ve hasta veya özürlü çocukların bakımı için

sağlanan menfaatler de dâhil olmak üzere devletin sosyal koruma sağlama yükümlülüğü ve gençlerin ülkenin siyasi, sosyal, ekonomik, kültürel ve sportif hayatına özgürce katılımını sağlayan koşulların sağlanması yükümlülüğünü kabul etmekte, on beş yaşın altındaki çocukların istihdamı ve reşit olmayanların sömürülmesini, sağlıklarına veya ahlakına zarar verebilecek ya da yaşamlarını ve normal gelişimlerini tehlikeye atacak faaliyetlerde istihdamlarını yasaklamaktadır. 1991 Slovenya Anayasası'nın 56'ncı maddesinde çocukların özel koruma ve bakım hakkına sahip olduğu, yaşlarına ve olgunluklarına uygun insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanacakları düzenlenmiştir. Aynı zamanda “ekonomik, sosyal, fiziksel, zihinsel veya diğer sömürü ve istismardan özel korunma” hakkı ve ebeveynleri olmayan veya ebeveyn bakımından yoksun olan çocukların “devlet tarafından özel korunma” hakkı tanınmıştır.

1997 Polonya Anayasası'nın 72'nci maddesi, çocuğun görüşünün alınması hakkını tanımıştır. Ayrıca, Devletin çocuğun haklarının korunması yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte bu hakkın yaşama geçirilmesini sağlamak amacıyla herkesin “kamu kurumlarından, çocuğun şiddet, zulüm, sömürü ve ahlaki anlamda zayıf düşen eylemler karşısında korunmasını talep etme hakkına” sahip olduğunu kabul etmektedir. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nda da yer alan bu hüküm kişilere, kamu kurumlarından çocuğun haklarını ihlal eden koşulların kaldırılmasını talep hakkı vermektedir.

Batı Avrupa ülkelerinde ise durum farklıdır. Bu ülkelerden sadece ikisinin, anayasalarında çocukların haklarına yeni hükümler getirmek üzere değişikliğe gittiği görülmektedir. 2000 yılında kabul edilen Belçika Anayasası'nın 22'nci maddesi, her çocuğun ahlaki fiziksel, psikolojik ve cinsel bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkını tanımıştır. 1995 yılında yeni bir Haklar Bildirgesi'ni bir parçası olarak kabul edilen İzlanda Anayasası, Devletin çocukların refahını korumaya yönelik genel bir yükümlülüğünü kabul etmiştir.

Asya ve Pasifikte ise 1990’da Nepal, 1992’de Vietnam, 1997’de Fiji tarafından yeni anayasalar kabul edilmiş ancak bu anayasalarda çocuğun haklarına genel bir atıfla yetinilmiştir. Nepal Anayasası, Devlete çocukların hak ve menfaatlerini korumak ve istismar edilmemelerini sağlamak görevini vermiştir. Vietnam Anayasası, çocukların korunması, bakımı ve eğitimi için Devletin, toplumun ve ailenin yükümlülüğünü kabul etmektedir. Vietnam Anayasası, çocukların sorumluluklarına da yer vermiş, çocukların ve torunların ebeveynlerine ve büyük anne-babalarına saygı gösterme ve onlara bakmakla yükümlü olduklarını hüküm altına almıştır. Fiji Anayasası, vatandaşlık hakkı ve yetişkinlerle aynı yerde gözaltında tutulmamaya ilişkin iki kişisel hak niteliğindeki çocuğa özgü hakları tanımaktadır. Hindistan Anayasası, 6-14 yaşlarındaki çocukların ücretsiz ve zorunlu eğitim hakkını yaşama geçirmek amacıyla 2003 yılında değiştirilmiştir.

Bazı İslam ülkeleri de ya yeni anayasaları kabul ederek ya da anayasalarında önemli değişiklikler yapmak suretiyle insan haklarını anayasal düzeyde tanımaya başlamışlardır. Bununla birlikte, İslam ülkeleri arasında çocuğun haklarını anayasal düzeyde tanınması eğiliminin düşük olduğu gözlenmektedir. Lübnan Anayasası, 15 yıl süren iç savaş sonrasında 1990 yılında değiştirilmiştir. Ancak bu anayasa değişikliği sürecinde çocukların haklarına herhangi bir atfa rastlanmamaktadır. Kuzey ve Güney Yemen’in birleşmesinden sonra 1991 yılında kabul edilen ve 1994 yılında değiştirilen Yemen Anayasası, Devletin kadınları ve çocukları koruması yönünde genel bir hükümle yetinmiştir.

Ürdün ve Fas’ta, siyasi partilerin ve parlamentoların rolünü güçlendiren pek çok reform yapılmış olmakla birlikte, anayasada çocuk haklarına ilişkin herhangi bir atfa yer verilmemiştir. 1998’de Sudan tarafından kabul edilen ve bir sonraki yıl askıya alınan Anayasa, Devletin çocukları “fiziksel ve ruhsal sömürü ve ihmal”e karşı koruma yükümlülüğünü tanıyan bir madde içeriyordu. 2005’te kabul edilen Geçici Ulusal

Anayasa, “Devlet, çocuk ve gençlerin refahını ve ahlaki ve fiziksel açıdan gelişmelerini sağlayacak politikaları benimseyip, onları ahlaki ve fiziksel olarak koruyacaktır” hükmüne yer vermektedir. Anayasada yer alan bir diğer hüküm, “Sudan tarafından onaylanan uluslararası ve bölgesel sözleşmelerle sağlanan çocuğun haklarını Devletin koruyacağını” hüküm altına almaktadır.

Pek çok Latin Amerika ülkesinin de 1989 yılından bu yana çocuk hakları konusunda yeni anayasal normlar benimseme eğiliminde olduğu görülmektedir. Nikaragua Anayasası, Sözleşmeyi anayasal düzene dâhil etmek amacıyla 1995 yılında değiştirilmiştir. 1991’de Kolombiya tarafından kabul edilen yeni Anayasa, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni iç hukukun bir parçası olduğunu kabul eden bir hükme yer vermektedir. 1992’de kabul edilen Paraguay Anayasası benzer bir hüküm içermektedir. 1999’da Meksika Anayasasına, Kolombiya Anayasası’nın 44’üncü maddesinden esinlenen çocuğun haklarını konu alan bir hüküm eklemiştir. Ayrıca 2001 yılında okul öncesi eğitim zorunluluğu Anayasaya eklenmiş, 2002’de Anayasa’nın ayrımcılığa ilişkin hükmü, Çocuk Hakları Komitesi tarafından yapılan bir öneri dikkate alınarak değiştirilmiştir. Ekvator, 1998 yılında çocuk haklarına ilişkin pek çok hüküm içeren bir yeni Anayasa benimsemiştir. 2003 yılında Şili, on iki yıllık eğitim hakkını tanıyan bir anayasa değişikliğini kabul etmiştir.

c. Anayasal Tanımanın Kapsamı

Çocukların anayasal statüleri dikkate alındığında, ülkelerin anayasal tercihleri bakımından çocuklara ilişkin hiçbir hüküm içermeyen anayasalar, yalnızca çocuklara özgü özel koruma önlemlerine yer veren anayasalar ve çocuk haklarına ilişkin ilkeleri anayasal düzeyde tanıyan ve çocuk hakları kataloğuna yer veren anayasalar olarak üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulabileceği değerlendirilebilir. Çocuk haklarının anayasalarda yer almasına ilişkin bu sınıflandırma, çocuk haklarının anayasal zemine taşınmasına

ilişkin kronolojik gelişime de karşılık gelmektedir. Nitekim II'nci Dünya Savaşı'ndan önce yürürlüğe giren anayasalarda çocukların haklarından bahsedilmesine çok nadir rastlanırken, II'nci Dünya Savaşı'ndan hemen sonra Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabulünden önce yürürlüğe giren anayasalarda ise, çocuklara ilişkin hükümlerle daha sıklıkla karşılaşmakla birlikte bu hükümlerin daha çok çocuğun korunmasına ve refahına ilişkin oldukları görülmektedir. 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabulünden sonraki anayasalarda ise başlı başına çocuk haklarını ve çocuğun özerkliğinin korumak amacıyla bir dizi hak listesine yer verildiği görülmektedir. Kronolojik olarak ilk iki gruptan sonra gelen anayasalar, 1989 ÇHS'nin kabulünden sonra yürürlüğe giren anayasalardır. İstisnaları olmakla birlikte bu anayasalar kendilerinden önceki anayasalardan farklı olarak başlı başına çocuk haklarının ve çocuğun özerkliğinin korunmasını amaçlayan bir yaklaşıma sahiptirler.

Ülkelerin anayasal düzenlemelerinde çocuk haklarına yer verme eğilimlerini araştırmak üzere yapılan kapsamlı bir çalışmada, ülkeler üçlü bir tasnife tabi tutulmuş ve ilk kategoride anayasalarında çocuk haklarına ilişkin önemli denebilecek bir düzenlemeye yer vermeyen ülkeler yer almıştır⁴⁵³. Bu çalışmanın editörleri genel olarak eski tarihli anayasaların çocuklara ilişkin hükümlere yer vermedikleri sonucuna ulaşmışlardır. Bu anayasalar ya hiçbir uluslararası insan hakları örgütünün var olmadığı zamanlarda yapılmış ya da çocuk hakları konusunda sessiz kalacak şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden uyarlanmış⁴⁵⁴. Bu durum ilk kategoride yer alan anayasaların daha çok devletlerin pozitif yükümlülüğünü gerektiren sosyal hakların anayasalarda yer vermeye başlandığı II'nci Dünya Savaşı sonrası imzalanan insan hakları sözleşmelerinden önce yürürlüğe konuldukları anlamına gelmektedir. Diğer yandan

⁴⁵³ Bu çalışma UNICEF'in Innocenti'deki (İtalya) çocuk hakları araştırma merkezi şemsiyesi altında Philip Alston ile John Tobin editörlüğünde yapılmıştır.

⁴⁵⁴ ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children's Rights*, s. 21.

çocuk hakları konusunda sessiz kalan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni model alan ülke anayasalarında da çocuk haklarına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir⁴⁵⁵.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabulünü takiben yeniden düzenlenen ya da yeni kabul edilen anayasaların önemli bir kısmında çocuk haklarına ilişkin hükümler bir şekilde yer almıştır⁴⁵⁶. Diğer taraftan Sözleşmeyi imzalamış olmakla birlikte tanıdığı haklara anayasal düzlemde yer vermemiş olan ülkelerin bir kısmının Sözleşme'yi imzalamış olmalarına binaen anayasalarında uluslararası sözleşmelere yapılan genel atfa dayanarak çocuklara yönelik geniş bir yelpazedeki yükümlülüklerini yerine getirme çabasında oldukları da görülmektedir. Bu nedenle gerek anayasalarını Sözleşme'den önce yürürlüğe koymuş olan, gerek anayasal gelenekleri uyarınca uluslararası sözleşmelere ilişkin hususların anayasal düzlemde düzenlenme kültürünün bulunmadığı ülkeleri, baştan çocuk haklarının ihlal edildiği ülkeler olarak nitelendirmek de doğru olmayacaktır⁴⁵⁷. İkinci olarak insan hakları hükümlerine özel bir önem ve ağırlık veren anayasaya sahip Fransa gibi ülkelerin bu hükümleri, çocukların haklarını garanti edecek biçimde yorumlayarak çocuklara da uyguladıklarına şahit olunmaktadır. Dolayısıyla

⁴⁵⁵ ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children's Rights*, s. 22.

⁴⁵⁶ Asya-Pasifik ülkelerinden Bangladeş ve Pakistan bölünüp ayrı devletler kurmalarının ardından yaptıkları anayasalarda hemen 1970'in başlarında çocuk haklarına yer vermişlerdir. Hindistan, Sri Lanka ve Vietnam ise Sözleşme'nin kabulünden sonra yaptıkları değişikliklerle çocuk haklarını anayasal düzeleme taşımışlar; Kamboçya, Fiji, Maldivler, Butan Sözleşme'nin kabulünden sonra yürürlüğe giren anayasalarında çocuk haklarına yer vermişlerdir. Latin Amerika ülkelerinden Meksika, Şili, Nikaragua Sözleşme'nin kabulünden sonra çeşitli tarihlerde yapmış oldukları anayasa değişikliği ile çocuk haklarına anayasalarında yer vermişlerdir. Kolombiya, Venezuela, Ekvador, Bolivya ise Sözleşme'nin kabulünden sonra yürürlüğe giren anayasalarında çocuk haklarına yer vermişlerdir. Afrika'da da benzer bir eğilim görülmektedir. Kenya bağımsızlığını kazanmasının ardından 1963 yılında anayasasını kabul ederken çocuk haklarına yer vermemiş; ancak 2010 yılında yapılan değişiklik ile çocuk haklarını ve ilkeleri anayasal düzeyde tanımıştır (md. 53). Burkina Faso, Togo, Madagaskar, Gana, Etiyopya, Güney Afrika, Gambiya, Nijerya, Ruanda Sözleşme'nin kabulünden sonra ya çocuk haklarını anayasalarına taşımışlar ya da ilk kez yürürlüğe giren anayasalarında çocuk haklarına yer vermişlerdir. Orta Doğu'da Yemen ve Irak, anayasalarında çocuk haklarına yer veren ülkelerdir. Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinden Romanya, Rusya, Belarus, Gürcistan, Ukrayna, Arnavutluk ve Sırbistan yeni kurulan devletler olarak Sözleşme'nin kabulünden sonra yürürlüğe giren anayasalarında çocuk haklarına yer vermişlerdir. Batı Avrupa ülkelerinden Fransa'da olduğu gibi anayasalarında taraf olunan uluslararası anlaşmalara atıf yapmakla yetinen ülkeler yanında farklı ağırlıkta çocuk haklarını anayasal düzlemde yer veren ülkeler bulunmaktadır.

⁴⁵⁷ ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children's Rights*, s. 23.

mahkemelerin ve idari makamların insan hakları normlarını çocukları da içerecek biçimde yorumladığı ülkelerde yalnızca anayasal düzlemde çocuk haklarına yer verilmemesini, çocukların haklarının ihlal edildiği biçiminde yorumlanmak doğru olmayacaktır⁴⁵⁸.

Çocuğun haklarına hiçbir biçimde yer verilmeyen anayasaya sahip ülkelerde, içtihatlar yoluyla çocuk haklarının korunduğu örneklerden söz etmek mümkün iken anayasada çocuk hakları hükümlerinin kapsamı ve bu hakların uygulamadaki değeri arasında bazı durumlarda ters bir ilişki olabileceğini ifade etmenin yanlış olmadığı örneklerden söz edilebilecektir. Ancak bu konuda, anayasalarında doğrudan çocuk haklarına ilişkin hükümlere yer vermeksizin, genel insan hakları normlarına çocukların haklarına dayanak yapmak üzere başvuran ve çocukların haklarını genel insan hakları koruması ile temellendiren ülkelerin, çocuk haklarını hayata geçirme anlamında daha geri bir başlangıç noktasında olduklarını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Diğer taraftan geçmişte insan hakları hukuku uygulamasında özel nitelikli hak kategorileri olmazsa olmaz görülmemekteyken günümüz insan hakları hukuku düzleminde gelişen standartlar ve değer yargıları, özel gruplara özgü hak kategorilerinin kabul edilmesi yaklaşımını ortaya çıkarmıştır. Kaldı ki ÇHS'nin kabul edildiği dönemde, hukuki olarak çocuklara da uygulanmasında hiçbir engel bulunmayan pek çok uluslararası insan haklarına ilişkin sözleşme yürürlükteydi. Bu durum özel olarak korunması gereken diğer yetişkin grupları için özel hak kategorilerinin kabul edilmesine engel olmadığı gibi çocuklara özgülenmiş hakları konu alan Sözleşme'nin kabul edilmesine de engel görülmemiştir.

⁴⁵⁸ John TOBIN, "Increasingly Seen and Heard: The Constitutional Recognition of Children's Rights", **South African Journal on Human Rights**, Vol. 21, 2005, ss. 86-126, s. 96-98; Barbara Bennett WOODHOUSE, "The Constitutionalization of Children's Rights: Incorporating Emerging Human Rights into Constitutional Doctrine", **Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, No. 2, 1999, ss. 1-52, s. 30-31.

Çocuk haklarının anayasal tanınması başlığı altında üzerinde durulması gereken bir diğer konu, anayasal güvenceye kavuşturulan hakların hangileri olduğudur. Sözleşme'nin kabulünden sonra yürürlüğe giren anayasalarda Sözleşme'nin on sekiz yaş altındaki herkesin çocuk olarak tanımlanması, çocuğun korunması ödevi, evlilik dışı dünyaya gelmiş ya da terkedilmiş çocuklara eşit statü, kimsesiz, engelli ya da muhtaç çocuk gruplarına özel koruma yükümlülüğü, ihmal, istismar ve şiddete karşı çocukları özel koruma yükümlülüğü, emek sömürsüne karşı çocukları özel koruma yükümlülüğü ve çalışmak için asgari yaş uygulaması, çocuklarını yetiştirmek ve eğitmekle ilgili aile yükümlülüğü ile ailenin haklarına ilişkin hükümlerin genellikle kabul edilmiş olduğu görülmektedir. Çocuğun üstün yararı, katılım hakkı, her çocuğun gelişimi için yeterli yaşam standardına sahip olabilme hakkı, silahlı çatışma içindeki çocuklar, çocuklara özgü yargılama, infaz ve ıslah hakkı gibi anayasada yer verilmesi durumunda ülkenin hukuksal, toplumsal ve ekonomik sisteminde çok önemli reformları ya da yaklaşım değişikliğini zorunlu kılan hakların anayasalarda yer bulmalarının ise oransal olarak daha seyrek olduğu değerlendirilebilir⁴⁵⁹. Güney Afrika gibi bazı ülkeler ise Sözleşme'de benimsenen hakların önemli bir kısmını yansıtan geniş bir haklar kataloğuna anayasalarında yer vermişlerdir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde, bir ülkenin çocuk haklarına anayasasında yer verip vermediğinin, anayasasında çocuğa atıf bulunan ülkelerde ise bu atfın yalnızca çocuğun korunmasını amaçlayan hakların tanınmasıyla sınırlı kalmayıp bu çalışma kapsamında çocuğun özerkliğini, bağımsız kişiliğini ve gelişimini korumayı amaçlayan haklar olarak nitelenecek hakları da kapsayıp kapsamadığının, ülkenin anayasal teamülleri yanında, anayasanın kabul edildiği tarihin ÇHS'ye göre kronolojik

⁴⁵⁹ Çocuk Vakfı, **Ulusal Anayasalar ve Çocuk Haklarına Dair Karşılaştırmalı Çocuk ve Anayasa Raporu**, Çocuk Hakları Enstitüsü'ne Sunulan Taslak- Mart 2010, İsviçre, Çocuk Vakfı, s. 16 vd, Tablo 3. Metin için bkz. <http://www.cocukvakfi.org.tr/wp-content/uploads/2018/10/1-Turkce-Project-Work-Nepal.doc> (erişim tarihi: 6.3.2019).

konumuyla da doğrudan ilgili olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu değerlendirmeden hareketle anayasalar, çocuğun korunmasına öncelik veren, çocuk haklarının korunmasını temel alan anayasalar ile çocuğun haklarını açıkça düzenlemeyen anayasalar olarak sınıflandırılabilir.

aa. Çocukların “Korunması”na Öncelik Veren Anayasalar

Bir sonraki başlıkta etraflıca ortaya konacağı üzere 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, çocuklara kendi adına haklar taşıyan bireyler olarak değil, onların güçsüzlük ve incinebilirliklerini esas alarak özel koruma ve yardım ihtiyacı içinde olan bireyler olarak yaklaşmıştır. Beyanname’nin bu yaklaşımı o dönemde yapılan anayasalara yansımıştır. ÇHS’de kabul edilen yaklaşım, kendinden önce kabul edilen uluslararası insan hakları metinlerinden özellikle bu noktada ayrılmaktadır. Dolayısıyla Çocuk Hakları Sözleşmesi’nden önce kabul edilen anayasalar İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde çocuklar söz konusu olduğunda egemen olan anlayışı yansıtmaktadırlar. Çocukları kendi başına hak öznesi olarak görmeyen bu yaklaşım, Beyanname’nin kabul edildiği dönemde geçerli olan aileye ve çocuğa ilişkin kabulün bir sonucudur. Bu yaklaşım erkeğe ailenin nafakasını temin eden egemen bir konum atfeden, *“Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır”⁴⁶⁰* hükmüne yansıyan ataerkil dilinde özellikle belirgindir. Beyanname’nin 25’inci maddenin ikinci fıkrasında *“Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır”* denilerek kadınlar, analıkları vurgulanarak çocuk bakımının asli yükümlüsü olarak konumlandırılmaktadır. Aynı maddede çocukların da özel koruma ve yardım ihtiyacı altında oldukları ön plana çıkarılmıştır. Beyanname’nin bu yaklaşımı ile paralel olarak çocuklara ilişkin tek atıf, ebeveynlerin çocuklarına verilecek eğitimi seçme haklarının tanınmasıdır. Beyannameye egemen olan bu yaklaşım,

⁴⁶⁰ Metnin İngilizce aslı şu şekildedir. Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family ...”

çocukların Beyannamede tanınan hakların öznesi olamayacakları anlamına gelmemekle birlikte, çocukların nasıl tasavvur edildiğini ortaya koyması bakımından önemlidir, Çocukların başlı başına hak öznesi olarak görülmesi, Beyannamede yer alan hakların çocuklar tarafından, devlete, ailelerine ya da çocuklar ile etkileşim hâlindeki diğer kurumlara karşı dava yoluyla ileri sürülmesi anlamına gelecekti. Çocuklar Beyanname'nin hiçbir hükmünde, tanınan hakkın korumasından istisna edilmedikleri hâlde kabul edildiği tarihten itibaren böyle bir başvurunun söz konusu olmaması Beyannameye egemen olan yaklaşımının pratik sonucu hakkında bilgi vermektedir⁴⁶¹.

Bu dönemde Avrupa Konseyi ve Amerika Devletler Örgütü gibi bölgesel kuruluşlar tarafından kabul edilen insan hakları sözleşmeleri de çocuklara özgü haklara ilişkin bir anlayış değişikliğini benimsemeksizin sadece geçerli olan yaklaşımı pekiştirmeye katkı sunmuşlardır.

Beyannamenin bağlayıcı hukuk metinlerine dönüştürülmesi amacıyla 1966 yılında imzalanan ikiz sözleşmeler olarak bilinen Sözleşmeler döneminde de kabul edilen anayasalar, çocuğa yönelik anlayışta önemli bir değişiklik getirmemiştir. Çocukların ağırlıklı olarak korunma gereksinimleri ön plana çıkarılmış, çocukların korunma ihtiyacı doğrultusunda devlet tarafından sunulacak hizmetlerin ayrımcılık yapılmaksızın sunulması hüküm altına alınmakla yetinilmiştir. Bu anlayış yeni yapılan anayasalara yansımış, 1945 sonrası yapılan anayasalarda çocuklara ilişkin olarak, ailenin ve analığın korunması, çocuğun korunması ve desteklenmesine yönelik alınacak özel önlemler, çocuğun korunmasına ilişkin yükümlülüklerin ayrımcılık yapılmaksızın sunulmasına yönelik hükümler, özellikle evlilik dışı ve terkedilmiş çocuklara eşit statünün garanti edilmesi, özel olarak korunması gereken engelli, yetim, ihtiyaç içindeki çocukların korunması ve desteklenmesi amacıyla alınması gereken önlemler, çocuğun ekonomik ve

⁴⁶¹ ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children's Rights*, s. 23.

sosyal olarak sömürülmesi yasağı, çocuklara yönelik her türlü istismar ve şiddetin yasaklanması, çocuğun zararlı ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasağı, çocukların çalıştırılmasında yaş sınırı gibi hükümler yer almıştır. Oldukça geniş bir ülke grubu üzerinde yapılan bir çalışma, bu dönemde kabul edilen uluslararası sözleşmelerin, anayasa koyucuların çocuğa yönelik algılarının üzerinde çok önemli bir etkisi olduğunu ortaya koymaktadır⁴⁶².

Bu dönemde kabul edilen anayasaların bir diğer özelliği ise ebeveynlerin haklarına, çocukların hakları karşısında öncelik verilmesine yönelik hükümlere yer vermeleridir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 13'üncü maddesinde de, kendi inançlarına uygun olarak çocuğunu yetiştirme ve eğitme bir hak olarak tanınmış ve ebeveynlerin haklarından biri olarak düzenlenmiştir. Ebeveynin çocuğunu eğitme hakkı, ikiz sözleşmeler olarak bilinen Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 13'üncü ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 18'inci maddesinde de yer almıştır. Bu dönemin anayasalarında çocukların yetiştirilmesi ve eğitilmesinin birinci derecedeki yükümlülerinin ebeveynler olduğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Aslında çocuğun korunmasına öncelik veren bu sözleşmeler ve bunları model alan anayasalarda ortaya konan ilkeler, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ilkeleri ile uyumsuzluk içinde değildir. Aksine, bu sözleşmelerde ortaya konan, evlilik birliği içinde doğmamış olma da dâhil her türlü gerekçe ile ayrımcılık yasağı, devletlere çocuğun refahını teminen korunması ve bakımı için alınması gereken tüm önlemleri alma ve her türlü istismardan korunması yükümü getirilmesi ve ebeveynin çocuğun bakımı ve eğitilmesi konusunda öncelikli sorumluluk sahibi olduğunun kabul edilmesi, ÇHS hükümleri ile uyum içindedir. Bununla birlikte, çocuğun korunmasına öncelik veren anayasalara egemen olan

⁴⁶² ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children's Rights*, s. 25.

yaklaşım, Sözleşme'nin ortaya koyduğu çocuğun bir hak öznesi olarak merkeze yerleştirilmesini temel alan anlayıştan pek çok açıdan geride kalmıştır. Nitekim çocuğun hak öznesi olarak tanınması yerine bazı sınırlı haklar istisna tutulduğunda, öncelikle korunması gereken bir varlık olarak görülmesi; çocuğun özerk bir hak öznesi olarak kabul edilmemesi yaklaşımının bir sonucu olarak, ebeveyne çocuğun üstünde bir konum atfedilmesi ve ebeveyn haklarının daha öncelikli bir konumda kabul edilmesine yol açmıştır. Son olarak Sözleşme ile kıyaslandığında, çocuğun korunmasını önceleyen bu anayasalarda, çocuğa ilişkin konuların düzenlendiği hükümlerin konu bakımından sınırlı kaldıkları görülmektedir. Dolayısıyla bu anayasaların, çocuğun özerk bir hak öznesi olarak kabulü anlamına gelecek hakları tanıma konusunda yetersiz kaldığı sonucuna ulaşılabilir.

bb. Çocuk Haklarını Tanıyan Anayasalar: Çocuk Hakları Anayasaları

Çocuk hakları anayasaları, çocuğun yalnızca korunması ve gözetilmesine önem atfeden anayasalardan farklı olarak çocuğun özerkliğine dayanan çocuk olmaya özgü haklarını kabul eden anayasalardır. Alston ve ekibi tarafından yapılan çalışmada tüketici bir liste olmamakla birlikte Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin pek çok maddesini anayasal düzeye taşıyan 20 kadar ülkenin çocuk hakları anayasası olarak nitelendirilebileceği tespit edilmektedir⁴⁶³.

ÇHS'nin kabul edilmesinden sonra yürürlüğe konan anayasalarda çocuklara özgü hakların da anayasada düzenlenmesi yönünde bir eğilimin varlığından söz edilebilir. Çocuk hakları anayasası olarak nitelendirilebilecek anayasalar, çocuk haklarına özgülenmiş özel bölüm ya da bölümler içeren anayasalardır. Bu anayasaların çoğunluğunun 1989 yılından sonra yürürlüğe konan anayasalar oldukları göz önünde bulundurulduğunda, Sözleşme'nin benimsediği yaklaşımın bu ülke anayasalarına

⁴⁶³ ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children's Rights*, s. 27-28.

yansıtılmasının amaçlandığı bir ön tespit olarak ifade edilebilir. Günümüzde pek çok ülke, Sözleşme'nin kabulünden sonra ya anayasada değişikliğe gitmiş ya da yeni bir anayasa kabul etme aşamasında anayasaya belirli çocuk hakları hükümlerini dâhil ederek çocuklara özgü hakları anayasal seviyede düzenlemiştir.

Çocuk hakları anayasası olarak nitelenebilecek anayasalar incelendiğinde, her bir anayasanın, hakları anayasal düzleme taşıma ve hakları detaylandırma konusunda farklı bir yaklaşıma sahip olduğu görülmektedir. Sözleşme'de sırasıyla yer alan ayrımcılık yasağı, çocuğun üstün yararı, çocuğa yönelik işlemlerde özel ve kamusal makamların çocuğun yararını öncelikli olarak göz önünde bulundurmaları, esenliği için gerekli bakım ve koruma, çocuğun gelişiminin desteklenmesi amacıyla devlete pozitif edim yükleyen haklar, gelişen kapasitesine uygun olarak kararlara katılımının sağlanması, yaşam, hayatta kalma ve gelişme, isim ve vatandaşlık, ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma, ana babasıyla kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakları, çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkına saygı, örgütlenme özgürlüğü, özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı, ruhsal ve ahlâki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik basın yayın araçlarından yararlanma, ebeveynin çocuğun bakım ve büyütülmesi dolayısıyla sorumlulukları, şiddet ve istismardan korunma, madde bağımlılığı, cinsel istismar, kaçırılmaya, sömürüye, işkenceye ve yoksunluğa karşı korunma, ailesi olmayan çocukların korunması, evlat edinilme, özürlü çocukların hakları, sağlık hizmetlerine erişim hakkı, sosyal güvenlik hakkı, yeterli yaşam standartı hakkı, yeterli eğitim hakkı, boş zamanı değerlendirme, oyun, dinlenme ve kültürel faaliyetlere katılım hakkı, çocuklara özgü yargılama ve infaz sistemine tabi olma gibi Sözleşme'de yer alan haklar ve çocuğu bir hak öznesi olarak tanımlayan haklar, farklı ülke

anayasalarında, ülkenin toplumsal ve hukuksal geleneği ve toplumun çocuklar hakkındaki öncelikleri ile uyumlu olarak değişik kompozisyonlarda yer almıştır.

Dolayısıyla her bir anayasanın Sözleşme’de yer alan hakları kapsama oranı, ülkenin anayasal teamüllerine göre farklılık göstermektedir. Brezilya gibi bazı ülkelerde, anayasa yapıcı, Sözleşme’de yer alan hakların pek çoğunu anayasal düzleme taşımayı tercih etmişken⁴⁶⁴ Tayland gibi bazı örneklerde Sözleşme’de ifadesini bulan haklar özet olarak yer almaktadır⁴⁶⁵. Alston ve ekibi tarafından yapılan çalışmada, Sözleşme’de düzenlenen hakların tek tek anayasalarda ifade bulma oranı hakkında bilgi verilmektedir⁴⁶⁶. Bu çalışmanın bulgularından hareketle, Sözleşme’nin çocuğun kendi hakkındaki kararların alınmasına katılmasını düzenleyen ve çocuğun katılım hakkı olarak formüle edilen çocuğun ifade özgürlüğü, yaşları ve olgunluk sevipleri ile ilişkili olarak görüşlerine ve düşüncelerine saygı gösterilmesi haklarının ulusal anayasalara yansıma oranının oldukça düşük olduğu görülmektedir.

Bu anayasalarda yalnızca ÇHS’de düzenlenen çocuk hakları değil, ÇHS’den önce farklı uluslararası sözleşmelerde düzenlenen ve esas olarak çocuğu korumayı amaçlayan haklar da varlıklarını korumuştur. Çocuklara ilişkin bu haklardan ulusal anayasalara yansıma oranı dikkate alındığında eğitim hakkı ilk sırada gelmektedir.

⁴⁶⁴ Brezilya Anayasası’nın 227’nci maddesinde çocuğun ve ergenlerin yaşam, sağlık, beslenme, eğitim, boş zaman, mesleki eğitim, kültür, onur, saygı, özgürlük, aile hakkı ve toplum hakkını sağlanması ailenin, toplumun ve devletin görevi olduğu hüküm altına alınmıştır. Onları her türlü ihmal, ayrımcılık, sömürme, şiddet, zulüm ve baskıdan korumanın ailenin, toplumun ve devletin sorumluluğunda olduğu hükme bağlanmıştır. <http://english.tse.jus.br/arquivos/federal-constitution> (erişim tarihi: 4.6.2017).

⁴⁶⁵ Tayland Anayasası’nın 52 ve 80’inci bölümlerinde çocukların kişi hakları ile sosyal haklarına yer verilmiştir. Bu haklar arasında yer alan çocukların katılımlarını dikkate alarak uygun bir ortamda potansiyellerine göre hayatta kalma ve fiziksel, zihinsel ve bilişsel gelişme hakkından yararlanacaklarına dair hüküm, katılma ve potansiyeline uygun gelişme haklarını tanınması nedeniyle çocuğu başlı başına hak süjesi olarak kabul eden bir yaklaşımın göstergesi olarak Tayland Anayasana bir “çocuk hakları anayasası” niteliği kazandırmıştır. [http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outside21/file/Constitution_of_the_Kingdom_of_Thailand.p](http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outside21/file/Constitution_of_the_Kingdom_of_Thailand.pdf) df, erişim tarihi: 4.6.2017).

⁴⁶⁶ ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children’s Rights*, s. 27-28.

Çocuk Hakları Komitesi de taraf devletleri, Sözleşme'nin getirmiş olduğu ilkelerin iç hukuka aktarılmasında geline aşamanın yeterli olup olmadığı hususunda çalışma yapmaları konusunda teşvik etmekte, Sözleşme'nin hükümlerini anayasalarına aktaran ülkelerin tutumunu memnuniyetle karşılamaktadır⁴⁶⁷.

Diğer yandan bir anayasanın “çocuk hakları” anayasası olarak tanımlanması, anayasada yer verilen hakların uygulamaya etkili bir biçimde aktarıldığı anlamına gelmemektedir. Çocuk hakları anayasalarının önemli bir kısmı, hakları tanımaya ek olarak hakların dava edilebilirliğini güvence altına alan hükümler de öngörmüşlerdir. Arnavutluk, Ekvator, Etiyopya, Gambia, Gana, Moldova, Namibya, Romanya, Polonya, Slovenya, Güney Afrika Cumhuriyeti, Uganda ve Tayland, çocukların haklarının uygulanabilirliğini hayata geçirmek üzere özel düzenleme ve yargısal ya da yargı benzeri usullere sahip olan anayasalar arasındadır.

Öznesi çocuklar olan ve bu nedenle devletin öncelikle pozitif edimlerini gerektiren, kişisel hak ve özgürlük niteliğindeki “ebeveynlik statüsüne dayalı ayrımcılığa uğramama”, “isim ve uyruklu” ile sosyal hak niteliğindeki “istihdam alanında sömürüden korunma” haklarının pek çok ülke anayasasında dava edilebilir haklar arasında düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Çocuğun korunması ve bakımına ilişkin hakları temel alan anayasaların hakkın talep edilebilirliği konusunda özel hükümlere yer vermedikleri görülmektedir. Daha çok devletin pozitif edimini gerektiren bu hakların, devleti, “malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” yükümlü kılan hükümler bu hakların etkinliğini kısıtlamaktadır. Bunun sonucu olarak anayasalarda yer alan çocuğun özel

⁴⁶⁷ **CRC/GC/2003/5**, parag. 21. Ayrıca örnek olarak Komitenin Norveç (CRC/C/15/Add), parag. 23 ve Nijerya hakkındaki kararları (CRC/C/15/Add179), parag. 10(a) burada değinilebilir.

olarak korunmasını emreden hükümler daha çok bir temenni ifadesi olarak kalmaktadır⁴⁶⁸.

Diğer yandan çocukların mahkemelere erişim ve haklarını dava etme konusunda özel zorluklarla karşılaştıkları dikkate alındığında, “ideal” bir çocuk hakları anayasası hükümlerinin dahi, hakkın uygulamaya geçirilmesinde genel (herkese özgü) insan haklarının maruz kaldığı kısıtları aşan engellerle karşılaşılacağı açıktır. Üstelik anayasal hükümlerin doğrudan uygulanması mümkün olmayabilmekte ve mahkemeler anayasa ile kabul edilen hakların yürürlüğü için yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu yönünde içtihat geliştirebilmektedir. Alston ve Tobin, çocuk haklarını anayasaya dâhil etmek için fevkalade çaba sarf eden devletlerde bile uygulanabilirliğin neredeyse imkânsız olduğuna dair pek çok örnek göstermiştir⁴⁶⁹.

Çocuk haklarının hayata geçirilmesini garanti altına almak amacıyla, hükümlerin hayata geçirilmesine ilişkin özel düzenlemelere yer veren anayasal sistemde dahi, çocukların kendilerine tanınan bir hakkın ihlal edildiği gerekçesi ile yargı makamlarına erişim ve mahkeme sürecini sürdürmede yetişkinlerin durumundan daha dezavantajlı konumda oldukları da dikkate alınmalıdır. Çocukların anayasalarda yer verilen bu haklarını bilebilme imkânına bile neredeyse sahip olmadıkları dikkate alınarak düzenlemeye gidilmesi önemlidir. Bazı ülke anayasaları çocukların bu dezavantajlı durumunu telafi etmek amacıyla çocuğa yönelik bir hak ihlalinin gerçekleşmesi durumunda, kamu yararını esas alarak çocuk adına bazı kişi, kurum ve organizasyonlara harekete geçme ve dava açma yükümlülüğü getirmiştir. Örneğin özel olarak korunması gereken gruplar lehine oldukça etkili destekleyici hükümlerin yer aldığı Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasında kendi hakları ihlal edilmeksizin kişilerin, başkalarının lehine

⁴⁶⁸ Tshepo L. MOSIKATSANA, “Children’s Rights and Family Autonomy in the South African Context: A Comment on Children’s Rights Under the Final Constitution”, **Michigan Journal of Race and Law**, Vol. 3, 1998, ss. 341-393, s. 392-393.

⁴⁶⁹ ALSTON – TOBIN – DARROW, **Laying the Foundations for Children’s Rights**, s. 29.

Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı tanınmış, bu hakkın kullanılabileceği durumlar arasında kendi adına harekete geçme olanağından yoksun kişiler adına bir başkasının başvuruda bulunmasına da yer verilmiştir. Anayasanın ilgili hükmünde çocuklara ilişkin özel bir atıf bulunmamakla birlikte, hükmün çocuklar adına pek çok davanın açılması yetkisini de kapsadığı değerlendirilmektedir⁴⁷⁰. Ancak Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın bu düzenlemesinin çocukların haklarına ilişkin geniş bir kategoriye yer veren anayasalar arasında istisna olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, çocukların haklarını ileri sürme konusunda kolaylık sağlamayı amaçlayan özel hükümlere gereksinim olduğu açıktır. Çocukların haklarının ihlali iddialarının yargı nezdinde görülmesini kolaylaştırmayı sağlayan bu türden hükümlere yer verilmemesi durumunda, çocuk haklarına ilişkin hükümlerin ne yazık ki birer temenni olarak kalma olasılığı bulunmaktadır.

Diğer taraftan çocuk haklarının anayasal tanımaya ve korumaya kavuşturulması hiç değilse, ulusal düzeyde çocukların durumunun değiştirilmesi gerektiği konusunda hukuki ve politik tartışmaların başlatılmasına zemin hazırlayacaktır. Çocuk haklarının anayasal güvenceye kavuşturulmasının çocukların haklarının hayata geçirilmesini amaçlayan kurumların kurulmasına ve hakların etkinliğini denetlemek üzere bir dizi önlemin alınmasına öncülük edeceği açıktır. Çocuk haklarını anayasal düzeyde tanımış olmakla birlikte bu hakların hayata geçirilmesi bakımından en küçük bir çaba göstermeyen örneklerden söz edilebileceği gibi çocuk haklarının anayasal güvenceye kavuşturulmasının ülkenin hukuk kültüründe çok önemli değişikliklere neden olduğu Güney Afrika Cumhuriyeti gibi örneklerin de bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁷¹. Nitekim ÇHS'deki ilkelerin anayasal düzeyde tanınması ırkçılığa

⁴⁷⁰ MOSIKATSANA, "Children's Rights And Family Autonomy in The South African Context", s. 375-376.

⁴⁷¹ ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children's Rights*, s. 30.

dayanan Güney Afrika Cumhuriyeti hukuk sisteminde önemli değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. Çocuk haklarının anayasallaştırılması ırk ayrımına dayanan ve ebeveynin çıkarlarının ön plana çıkarıldığı çocuk politikasının terkedilerek, çocuğun yararının öncelikli olarak gözetildiği bir anlayışın yerleşmesinin önünü açmıştır⁴⁷².

cc. Çocuk Haklarına Yer Vermeyen Anayasalar

Kanada, Fransa, İzlanda, ve Amerika gibi bazı ülke anayasaları ise çocukların tamamen görülmez olduğu anayasalardır.

II'nci Dünya Savaşı sonrası imzalanan İkiz Sözleşmelerden⁴⁷³ daha önceki bir tarihte yürürlüğe giren anayasalar ile sömürge sonrası dönemde Afrika'da ve soğuk savaş sonrası dönemde Avrupa'da yeni kurulan bazı devletlerin anayasalarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni model almaları, bu anayasalarda çocuk haklarına açık atfa rastlanmaması yönünde bir eğilimi ortaya çıkarmıştır⁴⁷⁴. Avrupa Konseyi üye ülkeleri arasında Andorra, Avusturya, Bosna Hersek, Kıbrıs, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Lihtenştayn, Lüksemburg, Monako, Hollanda, San Marino, Birleşik Krallık çocuk hakları ile herhangi bir hükme anayasalarında yer vermemiştir⁴⁷⁵.

Gerek anayasalarının yapılmış olduğu dönemde geçerli olan yaklaşımın gerekse Birleşik Krallık örneğinde olduğu gibi ülkenin sahip olduğu anayasal geleneğin bir sonucu olarak kişisel hakların anayasal metinler dışındaki metinlerde düzenlenmesi usulünün benimsendiği ülkelerde, anayasada ya da insan hakları yasalarında düzenlenen

⁴⁷² MOSIKATSANA, "Children's Rights And Family Autonomy in The South African Context", s. 376-379.

⁴⁷³ Kamuoyunda ikiz sözleşmeler olarak bilinen, B.M-1966-Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi adı altında 16.12.1966 yılında BM'nin 200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen ve sırasıyla 3/1/1976 ve 23/3/1976 günlerinde yürürlüğe giren İkiz Sözleşmeler, yaklaşık 35 yıllık bir gecikme ile 4867 ve 4868 sayılı kanunlarla uygun bulunmasına karar verilerek hukuk sistemimize girmiştir.

⁴⁷⁴ Aynı yöndeki görüş için bkz: ALSTON – TOBIN – DARROW, **Laying the Foundations for Children's Rights**, s. 22.

⁴⁷⁵ <http://revista.universuljuridic.ro/supliment/constitutional-protection-children-rights-europe/> (erişim tarihi: 5.6.2017).

genel insan hakları normları çocuğun haklarını koruma altına alacak biçimde yorumlanmaktadır. Böylece bu ülkelerde çocuk hakları için önemli bir hukuksal zemine erişilmiştir. İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada anayasalarında yer alan insan hakları hükümleri ile insan haklarına ilişkin yasalar, mahkemeler tarafından çocukların da etkili bir şekilde yararlanmasını sağlayacak biçimde çocuk haklarına dayanak yapılmaktadır.

Anayasa koyucunun çocuk haklarına anayasada açıkça yer vermeksizin taraf olunan uluslararası sözleşmelere atıf yapmayı tercih etmesi, o ülke anayasasında çocuk haklarının yer almamasının bir diğer nedeni olarak değerlendirilebilir⁴⁷⁶. Çoğunlukla eski tarihli ülkelerin anayasalarında geçerli olan bu eğilimin, peşinen çocuk haklarının tanınmadığı ve ihlal edildiği bir hukuk sistemine zemin hazırladığını ileri sürmek gerçeği yansıtmayacaktır. Bu değerlendirmeye örnek olarak Fransa Anayasası gösterilebilir. Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşmelerinden de daha önceki bir tarihte yürürlüğe giren 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın Başlangıç bölümünde⁴⁷⁷ atıf yapılan ve “anayasallık bloku⁴⁷⁸” olarak adlandırılan 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi, 1946 Anayasası'nın Önsözüyle teyit edilmiş ilkeler ve 2004 Çevre Şartı'nda tanımlanan haklar ve görevlerden oluşan normlar ile 55'inci maddesinde uluslararası anlaşmaların parlamento tarafından çıkarılan yasalardan üstün olacağını düzenleyen hükümler, çocuk haklarının anayasal dayanakları olarak kabul edilmektedir. Ancak Fransız yüksek mahkemesi olan Cour de Cassation, Sözleşme'nin veya hükümlerinin en azından büyük

⁴⁷⁶ Avusturya, Fransa ve Birleşik Krallık bu gruba örnek gösterilebilir.

⁴⁷⁷ http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais.pdf (erişim tarihi: 6.3.2019).

⁴⁷⁸ “Referans normlar” veya “ölçü normlar” olarak da ifade edilen “anayasallık bloku” kavramı, anayasa uygunluk denetiminde denetlenen kanunun kendilerine uygunluğunun araştırıldığı anayasal değerdeki normlar olarak tanımlanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 421 vd.; Erdoğan TEZİÇ, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 2, 1986, ss. 21-38, s. 28; Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993, s. 116-129; Kemal GÖZLER, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 55, Sayı 3, 2000, ss. 81-103, s. 82.

kısımının Fransız hukukunda doğrudan uygulanamayacağı yönünde bir dizi karara varmıştır⁴⁷⁹.

Norveç uygulaması diğer bir örnektir. 2014 yılına kadar Norveç Anayasasında⁴⁸⁰ çocukların haklarına yer verilmemiş olmakla birlikte çocukların esenliğini sağlamayı amaçlayan The Child Welfare Act, Norveç Devleti'nin çocukların refahını sağlamaya yönelik yükümlülüklerini ayrıntılarıyla düzenlemiş, çocukların toplum içindeki özel değerini ilan etmiş, kültürel geçmişi, uyruğu veya vatandaşlığı ne olursa olsun ülkede bulunan tüm çocukların istismar veya kötü muameleye karşı korunmada eşit haklara sahip olduklarını kabul etmiştir. Bedensel cezanın her biçiminin yasadışı ilan edildiği ülkede ÇHS'de tanınan hakların yaşama geçirilmesinin Devletin sorumluluğunda olduğu kabul edilmiştir⁴⁸¹.

Son olarak, çocuk haklarının yaşama geçirilmesi açısından anayasanın geniş bir çocuk hakları kataloğuna yer vermesi ve çocuk haklarına ilişkin ilkeleri tanımasının, çocuğun haklarının korunmasında sadece bir başlangıç olduğu ifade edilmelidir. Çocuk haklarının etkili bir biçimde uygulamaya aktarılması için kapsamlı hukuk reformlarının yanı sıra, yeterli kaynak ayrılmasını ve çocuğun değeri konusunda yaklaşım değişimini öngören bilinçlendirme programlarını da kapsayan, çocuk haklarının güvence altına alınması için güçlü bir siyasal ve toplumsal kararlılık gerekmektedir.

⁴⁷⁹ ALSTON – TOBIN – DARROW, *Laying the Foundations for Children's Rights*, s. 29.

⁴⁸⁰ 2014 yılında yapılan anayasa değişikliği ile çocuğun yüksek yararının çocuğun ilgilendiren tüm işlem ve kararlarda öncelikli olarak dikkate alınması ilkesi ile çocuğun yaş ve gelişimi ile uyumlu olarak görüşünün dikkate alınması ilkesi başta olmak üzere, çocuğun kişisel bütünlüğüne saygı ilkesi ve öncelikle kendi ailesi içinde olmak üzere bakım ve korunmadan yararlanma hakkı anayasal statüye kavuşturulmuştur.

⁴⁸¹ <https://www.regjeringen.no/contentassets/0ada3bee46b54f498707f51bbc7d4b2c/rapport-fns-barnekonvensjon-2016.pdf> (erişim tarihi: 11.6.2017).

d. Türkiye’de Çocuk Haklarının Anayasal Tanınması

Çocuğun çocukluğunu yaşarken ve gelişim sürecinde ileri sürebileceği salt çocuk yararına özgü haklar⁴⁸² anlamında çocuk haklarının anayasal düzlemde tanınarak güvenceye kavuşturulmasının Türk anayasalarındaki görünümünün incelenmesinin planlandığı bu başlık altında öncelikle Türk anayasalarında çocukları ilgilendiren hükümlerin gelişimi, bu hükümlerin sağladığı korumanın değeri üzerinde durulacaktır. Sonrasında çocuğun korunmasını konu alan haklar yanında bir anayasayı “çocuk hakları anayasası” olarak nitelendirmeye olanak veren çocuğu özerk hak öznesi olarak kabul eden yaklaşımın izleri aranacaktır.

Cumhuriyet Dönemi öncesi çocuk hakları, çalışmanın Osmanlı Dönemi başlığı altında ele alındığından bu başlık altındaki incelemelere 1924 Anayasası ile başlanacaktır.

aa. 1924 Anayasası

İlk olarak 1924 Anayasası 80’inci maddesi ile öğretim serbestisini kabul etmiş, 87’nci maddesi ilköğretimi tüm vatandaşlar için bir ödev olarak düzenlemiş ve ücretsiz olmasını hükme bağlamıştır. Görüldüğü üzere çocukların hakları ile ilgili olarak yalnızca eğitim özgürlüğü ile ödevini ve eğitimin ücretsiz olmasını hüküm altına almıştır. 1924 Anayasası, kabul edildiği dönemin yaklaşımına uygun olarak yalnızca klasik hak ve özgürlüklere yer vermiş ve sosyal haklardan söz etmemiştir. Bunun nedeninin, 1924 Anayasası’nın XVIII’inci yüzyıl düşünsel kabulleri ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile somut ifadesini bulan doğal hukuk, doğal hak ve ferdiyetçilik anlayışının geçerli olduğu dönemde yürürlüğe girmiş olmasıdır. Böylece 1924

⁴⁸² SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s.6-7.

Anayasası'nın döneminin temel hak ve özgürlük anlayışını yansıttığı değerlendirilebilir⁴⁸³.

bb. 1961 Anayasası

Bireylere sadece klasik haklar tanınmasının yeterli olmadığı, sosyal ve ekonomik haklarının tanınması gerektiği biçimindeki II'nci Dünya Savaşı'ndan sonra güçlenen genel eğilime uygun olarak 1961 Anayasası sosyal hakları da tanımıştır⁴⁸⁴. Herkese özgü ve bu anlamda genel olarak niteleyebilecek sosyal haklara ek olarak Anayasa, doğrudan çocuklara özgü ve çocukların korunmasını amaçlayan sosyal haklara yer vermiştir. Nitekim Anayasanın 35'inci maddesi aile ve çocuğun korunmasını, 43'üncü maddesi çocuğun çalışma yaşamında korunmasını hüküm altına almış, 50'nci maddesi özel eğitime muhtaç olanların haklarına yer vermiştir. Bu hükümlerden ilkinde, Anayasanın Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler bölümünde, Ailenin Korunması başlığı altında 35'inci maddesinde ailenin, "*Türk toplumunun temeli*" olduğu vurgulandıktan sonra "*ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirlerin*" alınması Devletin sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün özellikle Anayasa sistematigi içindeki konumundan ve başlığından hareketle 1961 Anayasası'nın çocuğun korunma haklarını merkeze alan bir yaklaşımı benimsediği, çocuğun korunmasında ise aile içinde korunması yaklaşımını esas aldığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim hükmün, ailenin sosyal haklarla desteklenerek ekonomik ve sosyal bakımdan çocuğun gelişimi için daha yetkin bir seviyeye gelmesine yardım edilmesini devlete bir sorumluluk olarak yüklediği görülmektedir. Diğer yandan çocuğun aile içinde mağdur edilmesi, özellikle sosyal ve ekonomik nedene dayanmayan aile içi ihmal ve istismara maruz kalması durumunda en

⁴⁸³ Bülent TANÖR, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789 - 1980)*, 18. Baskı, YKY, İstanbul, 1995, s. 308-312; KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 103; TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, s. 144-145.

⁴⁸⁴ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 121.

azından bu hüküm çerçevesinde çocuğa özgü bir anayasal korumanın bulunmadığı ifade edilebilir. Elbette ki Anayasanın yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı hakkını koruyan hükümleri çocukların gerek aile içinde gerek aile dışında ihmal ve istismara maruz kalmaları durumunda dayanılabilecek hükümlerdir. Bununla birlikte bir yetişkin ile kıyaslandığında daha fazla incinebilir ve yaşamlarının her anında bir yetişkine bağımlı olan çocukların, en yakınlarındaki yetişkinlerin şiddet ve istismarına maruz kalma olasılıklarına karşı devletin pozitif edimini gerektiren özel koruma önlemlerine ve önleyici düzenlemelere gereksinim duyduğu açıktır. Dolayısıyla çocuğun aile içi şiddete karşı başlı başına bir anayasal hak öznesi olarak kabul edildiğini daha güçlü bir biçimde vurgulayan anayasal düzenleme ihtiyacı karşısında 1961 Anayasası'nın yetersiz kaldığı değerlendirilebilir.

1961 Anayasası'nda doğrudan çocuğu konu alan bir diğer hüküm yine sosyal haklar ve ödevler bölümünde Anayasanın 43'üncü maddesinde yer alan kimsenin, yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan bir işte çalıştırılmayacağı hükmü ile çocuklar, gençler ve kadınların, çalışma şartları bakımından özel olarak korunmasını devlete bir sorumluluk olarak yükleyen hükümdür. Bu hüküm de yine bir önceki hüküm gibi çocuğun sosyal bakımdan korunup kayırılması hakkını, bu defa çalışma yaşamı bakımında anayasal tanımaya kavuşturmaktadır.

1961 Anayasası'nda doğrudan çocuğu konu alan son hüküm; Siyasi Haklar ve Ödevler bölümünde 54'üncü maddede Türk babanın veya Türk ananın çocuğunun Türk vatandaşlığını kazanacağına ilişkin hükümdür. Hükümde çocuğun Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için Türkiye içerisinde doğması gibi bir şart öngörülmemiştir. Düzenleme her çocuğun bir vatandaşlık bağı bulunmasını kolaylaştırması bakımından önemlidir. Ancak maddenin ikinci cümlesinde yer alan “*Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlık durumu kanunla düzenlenir*” hükmünün, bir yabancı ile birlikteliğinden çocuk sahibi olan Türk vatandaşı kadınlar bakımından daraltıcı nitelikte

olduğu, bu haliyle hükmün eşitlik ilkesi ile çeliştiği ve Türk vatandaşlarının çocuklarının doğumla Türk vatandaşlığını kazanacakları kuralını etkisiz kılacak bir kanuni düzenlemeye olanak verdiği gerekçesi ile eleştiriye açık olduğu ifade edilerek 1961 Anayasası üzerindeki değerlendirmelere nokta konabilir.

cc. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın, dönemin anayasacılık ve sürekli genişleyen haklar anlayışına uygun olarak, doğrudan çocukların hakkın öznesi olarak düzenlendiği hükümlere yer verdiği bir ön değerlendirme olarak ifade edilebilir. Ayrıca Anayasada öznenin çocuklar olduğu belirtilmemiş olmasına rağmen konusunun çocuklar bakımından sahip olduğu önemden hareketle çocuk haklarına ilişkin olarak niteleyebileceğimiz haklar da yer almaktadır. Aşağıda öncelikle bu hükümlere değinilecek, devamında ise doğrudan çocuğun özne olarak düzenlendiği hükümler incelenecektir. Çocukların korunmasını konu alan bu hükümlerin “çocuğun özerkliğini esas alan çocuk hakları anlayışı” karşısındaki değeri de çalışmanın bu başlığı altında inceleme konusu yapılacaktır.

i. Konusundan Hareketle Çocukların Haklarına İlişkin Hükümler

Konusundan hareketle çocuklarla ilgili olduğu değerlendirilen hükümler, Anayasanın Başlangıç bölümünden itibaren şu şekilde sıralanabilir:

İlk olarak, Başlangıç bölümünde yer alan “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip*” olduğunu benimseyen ve ilan eden paragrafta yer alan, vatandaşların bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerine göre yararlanacakları yönündeki kural, özellikle sosyal hakların eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri çerçevesinde tanındığı biçiminde yorumlanmaya elverişli görünmektedir. Buradan hareketle Anayasanın, görece güçsüz olan çocuklar lehine

Anayasada tanınan hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi amacıyla “eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri” gereğince devlete ek yükümlülük getirdiği sonucuna ulaşılabilir. Yine Başlangıç bölümünde eşitlik ve sosyal devlet ilkelerinin yanı sıra insan haklarına saygılı devlet ilkesinin de çocukların hakları bakımından güvence sağladığı açıktır.

Yine Türkiye Cumhuriyeti’nin “milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğunu kabul eden 2’nci maddede yer alan “milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde”, “sosyal bir hukuk devleti” niteliği, Devletin özellikle görece güçsüzlerin haklarının gerçekleştirilmesi amacıyla yükümlülüklerinin kapsamının genişlediğinin kabul edilmesini gerektirir.

Anayasanın devletin amaç ve görevlerini tanımlayan 5’inci maddesi kapsamında, devletin temel amaç ve görevleri arasında insanın maddi ve manevi varlığının gelişimini sağlama görevi sayılmıştır. İnsanın yaşamının gelişim ile özdeşleşen dönemi olan çocukluk döneminde, maddi ve manevi varlığının gelişimini sağlamanın öneminin arttığı, bu nedenle devlet tarafından çocuğun gelişimini desteklemek amacına yönelik edimlerin genişlediği açıktır. Dolayısıyla 5’inci maddenin Devleti özellikle çocukların maddî ve manevî varlığının gelişimi için gerekli şartların hazırlanması ile yükümlü tuttuğu değerlendirilebilir.

Devletin çocuğa karşı ödevlerinin bir diğer anayasal dayanağı olarak Anayasanın eşitlik ilkesiyle ilgili hükümleri de ön plana çıkmaktadır. Değişiklikten önceki biçimiyle herkesin “ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit” olduğunu hükme bağlayan 10’uncu maddenin çocuklar bakımından da güvence sağladığı açıktır. Anayasanın 10’uncu maddesinde yer alan “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*” biçiminde formüle edilen genel nitelikli hüküm, çocuklar bakımından da eşit muamele görme hakkını

güvenceye almaktadır⁴⁸⁵. Bu hüküm devlete kanunlarda ve kanunların uygulanmasında, çocuklara karşı sırf çocuk olmaları nedeniyle yaşa dayalı ayırım yapmaktan kaçınma gibi olumsuz bir ödev yüklemektedir.

Devletin bu negatif yükümlülüğü yanında, 10’uncu maddede düzenlenen eşitlik ilkesinden hareketle çocuklar bakımından olumlu ödevlerinin bulunduğu da söylenebilir. Nitekim ayırım yapma yasağının, devletin yalnızca benzer durumda olanlara eşit davranmak yükümlülüğünü değil aynı zamanda farklı durumda olanlara farklı davranmak ödevini de içerdiği kabul edilmektedir⁴⁸⁶. Öyleyse çocukların içinde bulundukları durumların temel hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmalarını engelleyen ölçüde farklılık gösterdiği durumlarda, çocukların bu durumlarını göz önünde bulundurarak farklı davranılması gerektiği savunulabilir⁴⁸⁷.

Anayasanın 10’uncu maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikle “pozitif ayrımcılığı” güçlendirmeye yönelik yeni ifadeler eklenerek ayrımcılıktan yararlanacak olanların kapsamına çocuklar da dâhil edilmiştir. “*Çocuklar için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz*” ibaresiyle çocuklara yönelik hak ihlallerinin onların içinde bulundukları hukuki, sosyal, ekonomik ya da toplumsal statülerinin elverişsizliğinden

⁴⁸⁵ ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 157.

⁴⁸⁶ Bu konuda bkz. ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 190.

⁴⁸⁷ Burada özellikle vurgulanmak istenen, yargı kararlarında da sıkça karşımıza çıkan şekli eşitlik ve maddi eşitliktir. Şekli eşitlik kanunların genel ve soyut nitelikte oluşu, herkese eşit olarak uygulanması olarak anlaşılmaktadır. Maddi eşitlik ise “aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu” içeren ve şeklin ötesinde içeriğin de değerlendirmeye katılmasını gerektiren bir eşitlik türüdür. Bkz. Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 156-157. Şekli eşitlik genelde kanun önünde eşitlik olarak karşımıza çıkarken, maddi eşitliğin sağlandığı durumlarda, elbette “haklı nedenler”in var olması kaydıyla, dezavantajlı durumda olanların korunması, adil çözüm bulmak için farklılıkların gözetilmesi söz konusu olmaktadır. Böylece eşitlik ilkesi bir yandan herkese eşit ve tarafsız olarak uygulanan yasaların varlığını öngörmekteyken, bir yandan da yasaların hakkaniyet ve adaletin gereklerini sağlamasını da şart koşmuş olmaktadır. Bkz. ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 191. Yazar, eşitliğin gerçekleşmesi için bu koşullar bütününe birlikte aranmasını “hukukun iç ahlakı” ve “yasama etiği (legislative ethics, the ethics of legislation)” kavramlarına da göndermeyle ortaya koymaktadır.

kaynaklandığı durumlarda Devletin, söz konusu eşitsizliklerin giderilmesi için çocuklar lehine önlemler almakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır⁴⁸⁸.

Anayasada “çocuk”lara açıkça değinilmemekle birlikte hakkın doğası gereği çocuklar bakımından özel koruma sağladığı kabul edilmesi gereken bir diğer hak da, kişiliğini geliştirme hakkıdır. Ayrıca 17’nci maddenin ilk fıkrasında herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkından bahsedilmiştir. Bu hakkın, özellikle olgunlaşma yolunda sürekli bir gelişim sürecinde olan ve sahip oldukları kapasitelerini gerçekleştirmeleri için kişisel özellik ve değerlerinin keşfedilerek yeteneklerini en üst

⁴⁸⁸ “Kanun karşısında eşitlik” ilkesi, herkese her durumda aynı kuralın uygulanacağı biçiminde değil, aynı durumda olanların aynı hükme tabi olması şeklinde anlaşılır. Bu durumda, ilk bakışta yapılan değişikliğin Anayasanın bütüncül bir değerlendirmesi içinde gerekli görülmeceği, aynı zamanda toplum içinde diğerlerinden zayıf durumda olanlar lehine yapılacak ayrımcılığın zaten maddi eşitlik ilkesinin bir gereği olduğu düşünülebilir. İlk fıkradaki “herkes” kapsamında olan bu kişiler bakımından, eşitlik ilkesini gerçekleştirmek için Devletin önlemler alması gerekir ve bu önlemler de, eşitliğe aykırı sayılamaz. Öğretide bu eklemenin, 2004’te kadınlarla sınırlı tutulan pozitif ayrımcılığın kişiler yönünden kapsamını genişletmekle kalmayıp, aynı zamanda söz konusu kişiler için örtük olarak olumlu ayrımcılık önlemleri alınmasını zorunlu tuttuğu değerlendirilmektedir. Mesut GÜLMEZ, Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, 2011, ss. 51-85, s. 76. <http://www.sosyalhaklar.net/2011/bildiri/gulmez.pdf> (erişim tarihi: 1.4.2019). Bununla birlikte öğretide hükmün devletin çocuklara yönelik görevleri bakımından toplum içinde diğerlerinden zayıf durumda olanlar lehine yapılacak ayrımcılığın zaten kanun karşısında eşitliğe aykırı olmayacağı gerekçesi ile malumun ilanı niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir. Murat SEVİNÇ, “2010 Anayasa Değişiklikleri: Yöntem ve İçerik Eleştirisi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 65, Sayı 2, 2014, ss. 271-294, s. 280. Ek olarak Anayasanın 4, 42 ve 56’ncı maddelerinden hareketle örtülü olarak çocuklara yönelik bir pozitif ayrımcılığın zaten Anayasa sistematigi içerisinde kabul edildiği ifade edilmektedir. Aynı yönde bkz: İbrahim Ö. KABOĞLU, Anayasada Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildirgesi, 2009, s. 49, AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 8; KALABALIK, **İnsan Hakları**, s. 49). Yine Serozan da Anayasada bu yönde değişiklik yapılmadan önceki tarihli çalışmasında Anayasanın sosyal devlet ilkesine yer verilen 2’nci maddesi ile tanınan sosyal koruma kurallarının görece güçsüz çocuktan yana apaçık bir “yan tutma” buyruğu içerdiğini, bunun somut anlamının çocuğun babaya, patrona, savcıya ve polise karşı özel olarak korunması ve çıkar çatışmalarında kayırılması olduğunu, sosyal devlet ilkesi yanında anayasal eşitlik ilkesinin de aksini haklı kılan rasyonel nedenler bulunmadıkça eşit kişilere ve olgulara eşit, eşit olmayanlara da eşit olmayan işlemin yapılması anlamına geldiğinden hareketle çocuklar lehine taraf tutulmasının dayanağının Anayasada bulunduğunu ortaya koymaktadır. SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 36. Çocuklar lehine pozitif ayrımcılık kuralının çocuklar bakımından pratik değerine ilişkin olarak bu çalışmanın kapsamı dışında kalmakla birlikte değinilmesinde yarar olan bir diğer husus, eşit koşullarda yarışan bireyler arasında dezavantajlı konumda olan lehine karar verilmesi anlamında pozitif ayrımcılık ilkesi, kadın ya da engelli bir bireye, bir erkek ya da engelsiz bir birey karşısında çalışma hakkı gibi daha çok ekonomik nitelikli haklar bakımından öncelik tanınması biçiminde somutlaşmaktadır. Çocuklar söz konusu olduğunda ise özellikle çalışma hakkı bakımından bir yetişkine (çocuk karşısında statü olarak avantajlı durumda olan kişi) tercih edilerek istihdamda kolaylık sağlanması değil, çalışma yaşamında özel olarak korunma ihtiyacı ön plana çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle çocukların hakları bakımından pozitif ayrımcılık ilkesinden hareketle kayırılmaları değil, daha çok görece güçsüz olan çocukların yetişkinler karşısında korunması, dolayısıyla devletin pozitif nitelikli ödevleri gündeme gelmektedir. Bu nedenle daha çok ekonomik haklar bakımından söz konusu olan pozitif ayrımcılık ilkesine çocuğun özel olarak korunup desteklenmesi ödevini yükleyen maddi eşitlik ilkesi karşısında başvurulmayacağı ifade edilebilir.

düzeyde hayata geçirmelerinde desteğe ihtiyaç duyan çocuklar bakımından özel önemi olduğu ifade edilmelidir⁴⁸⁹. Ayrıca 56'ncı maddede “herkes” ifadesinin, çocukları da kapsadığından hareketle “çocuğun sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı”nın Anayasada düzenlendiği ifade edilebilir. Yine Anayasa'nın 20'nci maddesinde düzenlenen özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının çocuk hakları bakımından özel önemi olduğu ifade edilebilir. Nitekim çocuklar bakımından özel bir görünümü olan ve Anayasa'nın 41'inci maddesinde düzenlenen çocuğun “yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı” özel yaşam ve aile yaşamına saygı haklarının çocuklar bakımından özel bir görünümü niteliğindedir.

Yine Anayasanın 17'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” hükmü ile maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*” hükmü ile benimsenen kişi dokunulmazlığı hakkı çocuklar bakımından da koruma sağlamaktadır.

Çocukları da kapsamına alan bir diğer hüküm Anayasanın 66'ncı maddesinde yer alan “*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür*” hükmüdür. Şu hâlde çocuklar açısından vatandaşlık hakkı sadece Türk olma koşuluna bağlı kılınmıştır. Türk

⁴⁸⁹ Erken çocukluk (0-8 yaş) döneminin, yaşamın, özellikle yetişkin yaşamın temelini oluşturduğu, beyin gelişiminin % 80'ninin bu dönemde tamamlandığı ve çok hızlı fiziksel, zihinsel, duygusal ve sosyal gelişimin olduğu bir evre olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Elif N. ÖZMERT, “Erken Çocukluk Gelişiminin Desteklenmesi-I: Beslenme”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, Cilt 48, Sayı 2, 2005, ss. 179–195, s. 179. Bu dönemin, sağlıklı bir gelişme ile tamamlanmasının, gerek bireyin, gerek ailenin ve gerekse toplumsal yaşamın “kaderini” belirlemede çok güçlü bir etkiye sahip olduğu açıktır. Yapılan araştırmalar, çocukluk ve ergenlik döneminde yaşanan deneyimlerin, ruhsal sağlık, büyüme ve gelişme, okul başarısı, akran ve aile ilişkileri ile ilgili sorunları büyük ölçüde etkilediğini göstermektedir. UNICEF Report, The State of The World's Children 2012, http://www.unicef.org/sowc2012/pdfs/SOWC-2012-Main-Report_EN_21Dec2011.pdf. s. 24 (erişim tarihi: 1.4.2019).

hukuk sistemi ÇHS'nin öngördüğü şekilde çocuğun vatansız kalmasını önleyici kapsamlı düzenlemeler içermektedir.

Çocukların hakkın öznesi olarak açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen konuları ya da anayasal eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri gereği çocuklar bakımından özel koruma ve hak tanıyan bu hükümler yanında özellikle Anayasanın kişi hakları ve ödevleri kısmında düzenlenen ve “herkes”e tanınan ya da “hiç kimse”nin yoksun bırakılamayacağı hüküm altına alınan diğer hükümlerin çocukları da kapsadığı açıktır. Bu sonuca Anayasada güvenceye alınan eşitlik ve sosyal adalet ilkelerinin gereklerinden hareketle de ulaşılabilir⁴⁹⁰. Hakkın yararlanıcısı olarak açıkça çocuklardan söz edilmemekle birlikte, düzenlendiği maddede yer alan “herkes” ibaresinden ya da konusundan hareketle çocukları da kapsayan hakların çocuklar tarafından doğrudan kullanılıp kullanılamayacağı konusu, çocuğun anayasal hakkın öznesi olarak tanınması konusundan ayrıdır ve Anayasanın hakkın kullanılması bakımından açıkça yaş sınırı öngörmediği durumlarda her hakkın niteliğine dayanan bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip olmak koşuluyla, çocuğun dilekçe hakkını, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma ya da örgütlenme özgürlüğünü tek başına kullanabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla çocukların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcilerinin izni olmaksızın kendi başlarına kullanabilecekleri kabul edilmelidir⁴⁹¹. Bazı haklar bakımından ise çocuğun hakkı kullanma ehliyetinin başta Medeni Kanun'un kişinin ehliyeti hükümlerine göre ya da ilgili hakların düzenlendiği yasal düzenlemeler çerçevesinde kısıtlanmış olduğu görülmektedir. Örneğin dolaşım ve yerleşim özgürlüğünün bu nitelikli haklardan olduğu

⁴⁹⁰ Zafer GÖREN, “Çocuğun Temel Hakları”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 15, 1998, ss. 113-176, s. 114.

⁴⁹¹ SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 39 vd; Zafer GÖREN, “Çocukların Temel Hak Sijeliği Avrupa Birliğinin Önceliği Olarak Çocukların Korunması ve Teşviki”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt I**, Ankara Üniversitesi Yayını, Ankara, 2013, ss. 143-187, s. 156-157; ESEN, **Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü**, s. 81.

kabul edilmektedir⁴⁹². Çocuğun dolaşım ve yerleşme özgürlüğünü bağımsız olarak kullanması, Medeni Kanun’da ana babaya tanınan velayet hakkı karşısında sınırlıdır. Ancak kanunla getirilen bu sınırların, sınırlamanın yöneldiği çocuğu koruma amacı ile orantılı ve ölçülü olması gerekmektedir.

ii. Doğrudan Çocukların Haklarına Özgü Hükümler

Anayasada konuları bakımından herkesi kapsaması nedeniyle çocuklara uygulanabilecek haklar yanında özel olarak çocukların hakkın öznesi olarak düzenlendiği hükümler de yer almaktadır.

Anayasada çocuğun hakkın öznesi olarak düzenlendiği hükümleri sıraladığımızda aslında kısa olmayan bir listeye ulaşmaktayız. İlk olarak 41’inci maddenin değişikliğe uğramadan önceki düzenlemesinde ailenin korunması başlığı altında “*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*” hükmüne yer verildiği ifade edilmelidir. 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile 41’inci maddenin başlığı değiştirilerek “Ailenin korunması” ibaresine “ve çocuk hakları” ifadesi ile iki fıkra eklenmiştir. Ailenin korunması ibaresinden ayrı olarak “çocuk hakları” ibaresine yer verilmesi, ailenin bir üyesi olması yanında çocuğun başlı başına bir hak öznesi olarak kabul edildiği yönünde bir yaklaşımı ortaya koyması bakımından önemi yadsınamaz bir değişikliktir. Değişiklikle her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, anne babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurup sürdürme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmış; ayrıca devlete çocukları her türlü şiddet ve istismara karşı korumak için gerekli önlemleri almak da “ödev olarak” yüklenmiştir. Madde gerekçesinde taraf

⁴⁹² ESEN, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü*, s. 81.

olduğumuz Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi başta olmak üzere diğer uluslararası belgelere de atıf yapılmıştır⁴⁹³.

1982 Anayasası'nın 41'inci maddesinin gerekçesinde ise “*Çocuğun korunması, genel olarak ifade edilmekle yetinilmiş ve evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilememesi esası benimsenmiştir. Bu sonuç, esasen ‘eşitlik ilkesi’nden de çıkarılabilir. Çeşitli Anayasalarda evlilik dışı çocuklar için sevk edilen hükümlere benzer bir düzenleme bu nedenle gereksiz görülmüştür*” ifadeleriyle eşitlik ilkesinin de bir gereği olarak evlilik birliği içinde doğmuş olup olmama nedeniyle çocuklar arasında ayırım gözetilemeyeceği kabul edilmiştir⁴⁹⁴. Böylece çocuğa özgü ayrımcılık kapsamında yer alan özel bir ayrımcılık uygulaması olan evlilik birliği içinde doğmamış olma kriterine dayanan düzenlemeler, Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Anayasa'nın eşitlik ilkesine ilişkin hükmüne 2010 yılında yapılan referandum ile eklenen çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağına ilişkin hüküm de doğrudan çocuğun haklarına ilişkin bir hükümdür.

Anayasa'nın 19'uncu maddesinde ise herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu kabul edildikten sonra, bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi hâlleri, çocuklar bakımından hürriyetten yoksun kılınma nedeni olarak düzenlenmiştir.

42'nci maddede doğrudan çocuklarla ilgili bir hüküm olarak, eğitim ve öğretim hakkı düzenlenirken, ilköğretimin, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu ve devlet okullarında parasız olduğu düzenlenmiştir. Ek olarak “*Devlet, maddî imkânlardan yoksun*

⁴⁹³ Buna karşılık, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 19, 27 ve 29'uncu maddelerine konulmuş olan çekincelerin kaldırılması gerektiği yönünde madde gerekçesinde herhangi bir belirleme yapılmış değildir. KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 550.

⁴⁹⁴ Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı : 450), Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi : 1/463; M. G. Konseyi : 1/397) s. 21. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118ss0450.pdf Erişim tarihi: 27.08.2018.

başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır” denilerek sosyal devlet ilkesi çerçevesinde sosyal hak niteliği baskın olan eğitim hakkının hayata geçirilmesi bakımından devletin sorumluluklarından bazıları açıklanmıştır. Yine 50’nci madde kapsamında çocukların çalışma şartları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiş, 58’inci maddede devlete gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alma yükümü getirilmiş, 60, 61 ve 62’nci maddelerde ise sosyal güvenlik hakkı kapsamında korunmaya muhtaç çocukların korunmasının devletin sorumluluğunda olduğu, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması konularında devletin sorumluluklarının bulunduğu hükme bağlanmıştır. Sosyal güvenlik bakımından “özel olarak korunması gereken” kategorilere “harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri” (m. 61/1) kategorisine özürllüleri (f. 2), yaşlıları (f. 3) ve korunmaya muhtaç çocukları ekleyen Anayasa; Devlete, hepsinin özel olarak korunması amacıyla “gerekli teşkilat ve tesisleri kur(ma) veya kurdur(ma)” (m. 61/son) görevini vermektedir. Devletin bu anayasal yükümlülüğü, 2010 Anayasa değişikliği sırasında, eşitlik ilkesini düzenleyen maddeye yapılan ekleme ile pekiştirilmiş bulunmaktadır. “Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”

Anayasanın “Gençliğin korunması” başlıklı 58’inci maddesinde, Devlete, “*istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençler*”i, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alma yükümü ve gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak

için gerekli tedbirleri alma yükümü getirilmiştir. Bu yükümlülüklerin pozitif bilimlerin ışığında ve Atatürk ilke ve inkılâplarına uygun olması da hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 141’inci maddesinde “*Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm yetişkinlerin yargılanmasına ilişkin kurallardan ayrı olarak çocuk yargılama hukukuna ilişkin kuralların kabul edilmesi konusunda yasama organına emir veren direktif hüküm niteliğindedir.

Anayasada doğrudan çocukların haklarını konu alan hükümlerin, yasal düzenlemeler bakımından üst hukuk normu niteliğinde olduğu ve yapılacak yasal düzenlemelerin bu hükümlerde garanti edilen hakların gerisine düşmeyeceği açıktır. Aksi durumda yasaların Anayasaya aykırılığı söz konusu olabilecektir. Ancak anayasada çocuklara ilişkin olarak yer verilen hakların daha çok ekonomik ve sosyal hak niteliğinde oldukları ve bu haklara ilişkin devletin sorumluluğunun Anayasanın 65’inci maddesi gereği “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” ile sınırlı olduğu ifade edilmelidir. Anayasada düzenlenen çocuklara özgü ekonomik ve sosyal haklar da, siyasal haklar ve ödevler gibi yasama organını bağlayan üst norm olmakla birlikte, yasama organının bu hakları düzenleme konusunda hareketsiz kalması ya da yapılan düzenlemenin demokratik bir toplumda hakkın yerine getirilmiş sayılması bakımından yetersiz kalması durumunda, anayasallık denetiminin, Anayasanın 65’inci maddesi karşısında kısıtlandığı kabul edilmektedir⁴⁹⁵. Nitekim korunmaya muhtaç çocukların korunması, çocuğun çalışma

⁴⁹⁵ Sosyal hakkın dava edilebilirliği konusunda Anayasa Mahkemesi’nin 19.12.1989 tarih, E: 1989/14, K: 1989/49 sayılı Kararındaki içtihadı çerçevesinde, hak öznesi lehine olmayan, devlet yükümlülükleri bakımından oldukça çekingen bir yaklaşım sergilediği değerlendirilebilir. Gerçi Anayasa, devletin sosyal ve ekonomik alandaki görevlerini, “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, kaynakların yeterliliği” (2001 değişikliği öncesi) ölçüsüne bağlayan düzenleme yürürlükteyken Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda hayli “devlet yanlı” bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Anayasanın bu hükmü 2001 yılında, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” biçiminde değiştirilmiştir. Ancak öğretide sosyal haklar lehine sağlanan bu anayasal gelişmenin Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımalarının söylemenin kolay olmadığı ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin, madde 65’i 2001 değişikliği ışığında önceki kararlarına göre sosyal haklar lehine yorumlamak yerine, benzer yorumu yeni kararlarında da sürdürdüğü görülmektedir: “Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında vurgulandığı gibi, sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedelinin olması, bu hizmetlerin Anayasa’nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesi için zorunludur....

koşulları, eğitim hakkı, yoksul ve başarılı öğrencilerin hakları gibi sosyal hak boyutu ağır basan haklara ilişkin yasal düzenlemelerin hakkın hayata geçirilmesi bakımından yetersiz oldukları gerekçesi ile anayasa yargısına konu edilmeleri durumunda⁴⁹⁶, Anayasanın 65'inci maddesinin “*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*” yerine getirileceği hükmüne dayanılarak sosyal haklar lehine sağlanan bu anayasal tanımın Anayasa Mahkemesi kararlarına yansıdığını söylemek ise kolay değildir⁴⁹⁷.

Kişisel haklara ilişkin böyle bir kısıt bulunmaması karşısında, çocukların kişisel haklarını düzenleyen yasal düzenlemelerin hem Anayasada “herkese” tanınan “kişi hakları”na ilişkin hükümlere hem de çocuklar bakımından ek olarak tanınan diğer kişisel haklar ve özgürlüklere uygun olması gerekecektir. Bu nedenle örneğin küçüklerin yetişkinlere özgü yargılama hukukuna tabi tutulmaları sonucunu doğuran düzenlemelerin kişinin hakları ve ödevleri bölümünde yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği başlıklı 19'uncu maddede yer alan haklara ve güvencelere, ve ayrıca bu güvencelere uygun olsa bile

Devlete verilen görevin Anayasa'nın 65'inci maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsü ile sınırlı olduğu kuşkusuzdur...”. AYMK, 3.4.2007, E: 2005/52, K: 2007/35.

⁴⁹⁶ Burada hukuk kültürünün çocuğun haklarının olduğu kabulünü içselleştirmedeğinin bir göstergesi olarak yargı makamları önüne çocuk haklarına ilişkin olarak taşınan uyumsuzlukların konu ve çeşidinin çok sınırlı olduğu ifade edilmelidir.

⁴⁹⁷ Yetişkinler bakımından negatif ya da aktif statü hakkı niteliğinde olan bir hakkın çocuklar bakımından yaşama geçirilebilmesi için devletin olumlu bir edimini gerektiren boyutlara sahip olduğu, dolayısıyla pozitif statü hakkı niteliğinin her bir çocuk hakkı bakımından öne çıktığı burada ifade edilmelidir. Örnek olarak katılım hakkının yetişkinler ve çocuklar bakımından yaşama aktarılmasındaki farklılıktan hareketle, yetişkinler bakımından negatif edim yönü ağır basan bu hak, çocuklar bakımından görüşlerini oluşturabilmeleri, kendi hukuki durumlarını etkileyen kararların alınması aşamasında görüşlerini açıklayabilmeleri ve çocukların görüşlerinin kararın oluşumunda dikkate alınması amacıyla devletin gerekli mekanizmaları hayata geçirmiş olmasını gerektirdiğinden pozitif edimleri gerektirdiği ifade edilebilir. Yine yetişkinler bakımından kişi hakkı niteliği ağır basan hakların özellikle bebekler ve korunmaya muhtaç çocuklar bakımından devlet karşısında öncelikle pozitif edimleri gerektiren niteliği ön plana çıkmaktadır. Örneğin yaşam hakkının, ihmal ve istismardan korunma hakkının (vücut dokunulmazlığı hakkı) çocuklar söz konusu olduğunda devletin öncelikle olumlu edimini gerektirmesinden hareketle pozitif statü haklarına yaklaştığı görülmektedir. Benzer biçimde özel hayatın ve aile hayatının dokunulmazlığı kapsamında değerlendirebileceğimiz evlenme ya da evlenmeme özgürlüğünün, özellikle kız çocukları bakımından zorla evlendirilmelerinin engellenmesi konusunda, devletin olumlu edimlerini gerektirdiği açıktır. Yine adil yargılanma hakkının bir gereği olan adli yardımdan yararlanma hakkının çocuklar bakımından gerçekleşmiş sayılması için devletin olumlu edimi gerekir. Diğer yandan pozitif edim gerektiren bu haklar bakımından devletin “malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.

141’inci maddede yer alan düzenlemelere uygun olması gerekecek, aksi durumda anayasaya uygunluk sorunu gündeme gelecektir.

Çocukların kişi hak ve özgürlükleri bakımından, Anayasada özel bir düzenlemenin bulunmaması durumunda ise herkes için geçerli olan hükümler anayasaya uygunluk denetiminin ölçü normları olacaktır. Örneğin eğitim hakkının siyasal özgürlük boyutundan hareketle çocuklar bakımından eğitim özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemelerin “kişinin hakları ve ödevleri” bölümünde yer alan haklara dayanılarak anayasaya aykırılığına karar verilebilecektir.

iii. 90’inci Madde Gereği Dolaylı Tanıma

Anayasaların bir temel hak ve özgürlüğü tanınmasının bir başka usulü hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere atıf yapmasıdır. 1982 Anayasası da “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” hükmü (md. 90/5) ile benzer yaklaşımı benimsemiştir. Türkiye gibi uluslararası anlaşmaların imzalanmakla iç hukukun bir parçası hâline geldiğinin kabul edildiği devletlerde (monist sistem), onaylanıp yürürlüğe konulduktan sonra uluslararası anlaşmalar bağlayıcıdır. Yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaları mahkemeler ve idari makamlar, kanun gibi uygulamak zorundadır.

“İnsan haklarına ilişkin” ulusalüstü anlaşmaların kanunlarla çatışması durumunda üstünlüğe sahip olduğu anayasa tarafından kabul edilmiştir. Öğretide de konusu insan hakları olan sözleşmelerin üstünlüğünü kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹⁸. İnsan haklarına ilişkin kurallar içeren sözleşmelerin, iç hukukun önüne geçmiş olduğu ve üstün, denetleyici ve müdahaleci bir görev üstlendiği açıktır. İnsan hakları sözleşmelerinin

⁴⁹⁸ AKILLIOĞLU, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynakları ve Koruma Sistemleri**, s. 71.

üstünlükleri, niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim insan hakları sözleşmeleri, çok sayıda devletin taraf olduğu, belirsiz bir süre için yapılan ve tarafların özel amaçlarından ayrı, nesnel amaç güden anlaşmalardır. Akıllıoğlu'nun ifadeleriyle *“bu tür anlaşmalar karşılıklı çıkar alışverişinin ötesinde/üzerinde, ortak değer koyan, kurumsallaşma sağlayan belgelerdir.”* İnsan hakları anlaşmalarında devletlerin çıkar ilişkilerinden çok *“hukuklarının uygulandığı yerlerde”* herkese insan haklarını sağlama/gerçekleştirme güvencesi vermeleri söz konusudur. Bu nitelik ise, insan hakları anlaşmalarının iç hukuka doğrudan etkisini sağlamakta ve klasik iç işlerine karışmama ilkesini değiştirmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de Anayasada yer alan *“hukuk devleti”* ve *“insan haklarına saygılı devlet”* ilkeleri gereği Anayasada yer alsın almasın insan haklarına ilişkin ulusalüstü kuralların anayasaya uygunluk ölçütü niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Danıştay da benzer biçimde insan hakları anlaşmalarının anayasal değer taşıdıklarını ifade etmiştir⁴⁹⁹.

Diğer yandan 2010 yılında yapılan Referandum sonucu kabul edilen anayasa değişikliği çerçevesinde Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanıyan 148'inci madde hükmünden hareketle AİHS ve Sözleşme'yi uygulamakla görevli AİHM içtihatlarının Türk Anayasa Hukukunda, hakların rejimini belirleyen temel bir hukuk kaynağı haline geldiği değerlendirilebilir.

iv. 1982 Anayasası'nın Çocuk Haklarına Yaklaşımı

Bu başlık altında 1982 Anayasasıyla ilgili olarak, bir anayasanın *“çocuk hakları”* anayasası olarak tanımlanabilmesine olanak veren, özellikle çocuğun özerk bir hak öznesi

⁴⁹⁹ Danıştay Beşinci Daire, E: 1986/1723, K: 1991/933, T: 22.5.1991, **DD**. Sayı 84-85, 1992, s. 321-328.

olarak kabul edildiğinin göstergesi olarak yorumlanabilecek hakların izini sürerek bir sonuca ulaşılabilir. 1982 Anayasasında çocuklara açıkça özgülenmiş haklara da yer verildiği görülmekle birlikte bu hükümlerin Anayasayı çocuk hakları anayasası olarak nitelermeye imkân verip vermediğini ortaya koymak amacıyla hükümlerin “çocuğun özerk hak öznesi olarak tanınması ölçütü”nden hareketle yakından incelenmesi gerekmektedir.

Anayasada doğrudan çocuklara özgülenen hükümlerin çoğunlukla çocukların korunmasını amaçlayan ve devletin sosyal ödevlerini düzenleyen hükümler oldukları buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde ortaya konmuştu. Özellikle 41’inci maddede yer alan devlete “ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için” sorumluluk yükleyen hükümden hareketle Anayasanın çocuğun aile içinde ve aile ile birlikte korunmasını öncelediği değerlendirilebilir⁵⁰⁰. Anayasa’da 2010 yılında yapılan değişiklikle 41’inci maddeye çocukların haklarını konu alan yeni bir fıkra eklenmiş, her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. “Koruma ve bakımdan yararlanma”, “ana ve babayla doğrudan ilişki kurma” haklarına yer verilmesi, aileden bağımsız olarak çocuğun başlı başına korunması anlayışının Türk anayasa hukukunda kabul edildiğinin göstergesi olarak yorumlanmaya elverişlidir. Aynı maddenin son fıkrası ayrıca çocukların her türlü istismar ve şiddete karşı korunmasını devlete bir ödev olarak yüklemektedir. Bu hükümle birlikte çocuğun haklarına yönelen, eğitimin engellenmesi, zorla evlendirilme, ihmal ve istismar gibi eylemlere karşı devletin yükümlülüğünün anayasal düzeyde kabul edildiği değerlendirilebilir. Diğer yandan, 41’inci maddenin başlığında çocuk hakları ifadesi yer almaktaysa da maddenin yalnızca çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, ana

⁵⁰⁰ İbrahim KABOĞLU, **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak**, İmge Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 253-256.

babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme, her türlü istismara ve şiddete karşı korunma hakları ile sınırlı olarak çocuk haklarını tanıdığı görülmektedir. Madde başlığına “çocuk hakları” ibaresi eklenmekle birlikte maddede tanınan hakların çocuğun korunmasını konu alan haklar ile sınırı olduğu, maddede çocuğun özerkliğinin tanınması ve bağımsız bir hak öznesi olarak tanınması yaklaşımını yansıtan haklara ise yer verilmediği, bu niteliğiyle düzenlemenin 1982 Anayasasını bir çocuk hakları anayasası niteliğine kavuşturmaktan uzak olduğu ifade edilmelidir⁵⁰¹.

Bu istisna dışında 1982 Anayasası’nın çocukların özerkliğini esas alarak bağımsız bir hak öznesi sıfatıyla tanınması ve haklarının korunması yaklaşımını benimsediğini kabul etmek zor görünmektedir. Çocukların haklarına yer veren hükümlerde, çocukların sosyal haklar tanınarak korumaları ya da gençlerin alkol, uyuşturucu ve diğer kötü alışkanlıklardan korunması hükmünde olduğu gibi toplumdan çocuklara yönelik tehlikelerden çocuğun korunması ya da çocuğa yönelik ihmal istismar ve şiddet eylemlerinden korunması görevinin, devletin sorumluluğu olarak düzenlendiği görülmektedir.

Anayasanın, çocukların hakkın öznesi olarak kabulü konusundaki yaklaşımını gençler söz konusu olduğunda da benimsediğini değerlendirmek yanlış olmayacaktır. Nitekim tıpkı çocuklar gibi gençler de Anayasada hakkın sahipleri olarak değil, korumanın konusu olarak ele alınmışlardır. Anayasa gençliğin iki tehlikeye karşı; “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere” ve “alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten” korunmasını devlete bir ödev olarak yüklemektedir. Her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek

⁵⁰¹ KABOĞLU, *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası*, s. 253-256.

tedbirleri almak, sporun kitlelere yayılmasını teşvik etmek yükümlülüğü de bu maddede düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 24'üncü maddesinde “*Din ve ahlak eğitimi ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitimi ve öğretimi ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlıdır*” kuralı yer almaktadır. Anayasanın 24'üncü maddesiyle din eğitiminin küçükler bakımından kanuni temsilcisinin talebine bağlı olduğunun hüküm altına alınması, kişinin doğrudan iç dünyası ile ilgili bir alan olan ve bu niteliğiyle kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan dini eğitim alıp almama konusundaki talep hakkının çocuk adına kanuni temsilcisinin talebine bırakılması çocukların manevi dünyaları ile dahi yetişkin hâkimiyetine teslim edildikleri gibi bir yaklaşımın göstergesidir. Diğer yandan talepte bulunacak kişinin ebeveynleri aşarak kanuni temsilcilere kadar genişletilmiş olması da eleştirilmesi gereken bir düzenlemedir. Ana babalara böyle bir yetkinin tanınması, kişinin çocuk sahibi olarak kendini yeniden üretme, diğer bir ifade ile kendi değerleri ile bezenmiş bireyler yetiştirme haklarının belki bir gereği olarak kişinin çocuğunu kendi dini inançları doğrultusunda eğitme hakkının bir uzantısı olarak görülebilirdi. Bu menfaatler dengesini aşacak ölçüde ana baba dışındaki kanuni temsilcilere de bu hakkının tanınmış olması Anayasanın çocuğu yetişkinlerin iradesine tabi, özerklik tanınmayan ikincil statüde bireyler olarak kabul ettiğinin bir göstergesidir.

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen inanç özgürlüğüne ilişkin belgede “*Anne ve babasının veya bir vasinin bakımı altında bulunmayan çocukların din veya inançları konusunda, kendi ifade ettikleri dilekleri veya onların dileklerini gösteren başka belirtiler dikkate alınır; çocukların yüksek menfaatleri, yönlendirici bir prensiptir*”⁵⁰² hükmüne yer

⁵⁰² Din veya İnanca Dayanan Her Türü Hoşgörüsüzlüğü ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri, BM Genel Kurulunun 25 Kasım 1981 tarihli ve 36/55 sayılı Kararı, parag. 4.

verilmiştir. Hükümde ebeveyn ya da yasal temsilci dışında hiçbir otoritenin çocuğun dini inancı hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

Anayasanın temel haklar ve ödevler bölümünde yer alan, yaşam hakkı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin hükümlerinin “herkes” gibi çocukların yaşama, ihmal, istismar ve şiddete maruz kalmama, zorla çalıştırılmama, sömürüden ve zorla evlendirilmeden korunma hakkını garanti ettiği açıktır. Ancak genel olarak bireyin özgürlük alanını kamusal müdahaleler karşısında koruma altına almayı amaçlayan ve bu nitelikleri ile negatif statü hakkı görünümündeki bu hakların yetersiz kaldığı ifade edilebilir. Bu nedenle toplumun en fazla korunmaya ihtiyacı olan ve bedensel, zihinsel, ekonomik yönden en güçsüz ve bağımlı grubunu oluşturan, çoğunlukla ihmal ve istismarın ya da şiddetin sorumlusu yetişkin ile özel ya da kamusal bir ilişki içinde bulunan, buna karşılık kendisine yönelen hak ihlallerini önlemekle yükümlü kamusal otoritelerin harekete geçmesi için gerekli ihbar ve şikâyet usullerini kullanmaktan aciz grubunu oluşturan çocukların korunması için devletin pozitif yükümlülüklerini kabul eden çocuğa özgü korunma haklarının anayasada açıkça düzenlenmesi önerilebilir.

Anayasada belli bir yaşın altındaki bireylerin kullanamayacağı düzenlenen, bu niteliğiyle yalnızca yetişkinlere özgülenen haklar yer almaktadır. Anayasanın bir hakkın kullanımı için açıkça yaş sınırı öngördüğü durumlarda o yaşın altındakilerin söz konusu haktan yararlanamayacağı açıktır. Örneğin seçme, seçilme ve siyasal partiye üye olma hakları açısından bizzat Anayasada yaş sınırı öngörülen durumlarda bu yaşın altındaki kişilerin ilgili hakları kullanamayacakları ifade edilmelidir.

Bu kapsamda Anayasanın 67 ve 68’nci maddeleri yaş yönünden siyasal hakların öznelerini sınırlandırmaktadır. Anayasa’nın 67’nci maddesinin ilk fıkrasına göre *“Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halk oylamasına katılma*

hakkına sahiptir.” Maddenin üçüncü fıkrasına göre “18 yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme, seçilme ve halk oylamasına katılma haklarına sahiptir.” 68’inci madde, parti üyesi olabilmek için 18 yaşını doldurmuş olmak koşulunu aramaktadır. Anayasa 74’üncü maddesinin ilk fıkrasında yer alan “Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.” kuralı ile dilekçe hakkının kullanılması yönünden ise bir yaş sınırı öngörülmemektedir. Bu durumda 18 yaşından küçüklerin dilekçe hakları ile siyasi kararlar üzerinde etkili olma haklarının bulunduğu değerlendirilebilir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise “Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.” denilerek çocuklar bakımında bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma haklarının kullanılmasında bir kısıtlama öngörülmemiştir.

3. İçtihat Yoluyla Tanıma

a. Genel Olarak İçtihat Yoluyla Tanıma

İnsanlığın belli bir gelişme çağında teorik olarak bütün insanlara tanınması gereken ideal haklar listesinin devlet tarafından tanınan ve pozitif hukuka giren bölümünü ifade eden “kamu hürriyetleri”⁵⁰³ kavramı ya da daha yaygın ifadesiyle “temel hak ve hürriyetler”in⁵⁰⁴ şekli kaynaklarının ulusal hukuk bakımından anayasa ve yasalar olduğu açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin anayasal ve yasal metinlerle tanınması ve düzenlenmesi geleneksel bir yöntemdir. Ancak anayasa ya da yasalarda yer almayan birtakım hakların, temel hak ve özgürlük düzeyine yükseltilmesi yargısal içtihatlarla da mümkün olabilmektedir⁵⁰⁵.

⁵⁰³ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s.14.

⁵⁰⁴ Oktay UYGUN, *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 5.

⁵⁰⁵ Pertev BİLGİN, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 46.

Hakların içtihatlar yoluyla tanınması ve korunmasını, farklı yargı çevrelerinde, farklı hukuki ve siyasal koşullar etkilemektedir. Bu bağlamda, farklı yargı organlarının içtihat yoluyla hak tanıma konusundaki tutumları; ilgili ülkelere hâkim olan hukuk kültürlerinden mahkemelerin üye kompozisyonuna, döneme hâkim olan siyasi atmosferden anayasal sistem tercihlerine kadar pek çok faktörün etkisiyle şekillenmektedir⁵⁰⁶.

İçtihadi hukukun tüm hukuk alanlarında olduğu gibi insan hakları ve dolayısıyla çocuk hakları alanında pozitif hukuka kaynaklık etme rolü, Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Common Law sisteminde farklı özellikler göstermektedir⁵⁰⁷. İçtihatların oluşturduğu Case Law ile kodifiye edilmiş kanunlardan oluşan Statutory Law olarak anılan Parlamento tarafından ihdas edilmiş yasaların hukukun iki temel kaynağını meydana getirdiği Common Law sisteminde, yargı makamlarının kararları insan haklarının tanınması ve korunmasında oldukça belirleyici bir role sahiptir⁵⁰⁸. Common Law terimi bazen Roma veya Medeni Hukuk sistemleri gibi sair büyük sistemlere zıt olarak İngiltere

⁵⁰⁶ A. Ersoy KONTACI, “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 66, Sayı 2, 2017, ss. 427-459, s. 439.

⁵⁰⁷ Anglo-Sakson (Common Law) hukuk sisteminin karakteristik özelliğinin yargı kararlarının kesin hüküm niteliği taşımanın ötesinde yasa gücünde kabul edilmesi olduğu ifade edilebilir. Kara Avrupası hukuk sisteminde hukukun temel kaynağını ise yazılı yasalar oluşturmaktadır. Tedvin edilmiş kanunlar hukukun birincil ve bağlayıcı kaynağı olup, mahkemeler kanunlara uygun şekilde karar vermekle yükümlü kılınmıştır. Prensip olarak bir mahkeme kararı, kararı veren mahkemenin kendisini, üst mahkemenin verdiği bir karar da alt mahkemeyi bağlamamaktadır. Ülkemizde de benimsenen Kara Avrupası hukuk sistemine göre, verilmiş bir mahkeme kararı, sonraki yargılama süreçlerinde ya da başka davalarda ne kararı veren mahkemenin kendisini, ne de diğer mahkemeleri bağlayıcı etkiye sahip değildir. Bununla birlikte, mahkeme kararlarının hukuk gelişimine hizmet eden içtihat hukukundan faydalanmak ya da takdiri delil olarak değerlendirmek üzere uygulamada içtihat hukukuna başvurdıkları bilinmektedir. Ancak konuya insan hakları hukuku açısından bakıldığında herhangi bir sistemde içtihat hukukunun, bağlayıcı olsun ya da olmasın insan hakları hukukunun gelişiminde çok büyük rolü olan kaynaklar arasında yer aldığı ifade edilebilir. Bkz. Ayşe ÖZKAN DUVAN, “İnsan Hakları Hukukunun İçtihadî Kaynakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XX, Sayı 4, 2016, ss. 137-169, s. 141.

⁵⁰⁸ Christopher McCRUDDEN, “Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 4, 2000, ss. 499-532, s. 514. Common law hukuk sistemi hakkında bkz: Arzu OĞUZ, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 254.

veya Amerika Birleşik Devletlerinde cari olmuş olan hukuk sistemi veya içtihat ilmi şeklini de ifade etmektedir⁵⁰⁹.

Daha çok Roma hukukunun ve geleneksel hukukun parlamento tarafından kodifikasyonuna dayanan Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise hukukun temel kaynağının parlamentolar tarafında yapılan kanunlar olması nedeniyle⁵¹⁰ yargı makamlarının hukukun kaynağı olarak rolü daha sınırlı kalmıştır. Bununla birlikte yasaların değişen toplumsal kabullere ya da sosyal düzenin gereklerine uygun olarak yorumlanması ihtiyacı karşısında hukukun yeniden üretilmesinde yargı makamları önemli bir işleve sahip olmuşlardır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde de insan hakları alanın, hukukun en dinamik alanlarından biri olması nedeniyle bu hukuk alanına ilişkin normların yorumlanması ve değişen toplum gerekleri uyarınca yeniden üretilmesi konusunda yargı makamlarının önemli bir rolü olduğu değerlendirilebilir.

Yargı makamlarının hukukun kaynağı olmak bakımından rol ve etkinliklerinin değeri farklı olan Common Law sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sisteminde, çocuk haklarının yargısal tanınması ayrı olarak ele alınacaktır.

b. Common Law Sisteminde

Anglo-Sakson hukuk sisteminde hukukun kaynağı olarak işlev gören mahkemelerin çocuğun haklarının tanınmasında öncü olarak nitelenebilecek içtihatlarından söz etmek mümkündür⁵¹¹. İngiltere ve Amerika’da yetişkinlerin haklarının çocuklara da tanınması ve çocukların özel ihtiyaç ve menfaatlerinin hukuk önünde tanınan ve muhatapları bakımından sorumluluk doğuran edimler olarak kabul edilmesi anlamı taşıyan kararlar, çocuğun özerk hak öznesi olarak tanınması sürecinde önemli dönüm noktası olarak

⁵⁰⁹ Edward KING, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev. İlhan LÜTEM **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 16, Cilt 1, 1959, ss. 178-233, 180.

⁵¹⁰ OĞUZ, **Karşılaştırmalı Hukuk**, s. 115.

⁵¹¹ VEERMAN, **The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood**, s. 402.

nitelendirilmeyi hak etmektedir. Bir ön değerlendirme olarak mahkemelerin çocukları hak öznesi olarak kabul etmelerine zemin hazırlayan gelişmelerin, gerek anayasal-yasal gerekse uluslararası hukuk tarafından çocuk haklarının tanınmasına zemin hazırlayan gelişmeler ile ortak olduğunu değerlendirmek yanlış olmayacaktır.

Anayasasında çocukların haklarına doğrudan yer verilmeyen ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni de imzalamakla birlikte onay işlemlerini tamamlamayıp Sözleşme ile bağlı olmayan Amerika Birleşik Devletleri’nde çocuk haklarının tanınmasında içtihatların çok önemli etkisinin olduğu görülmektedir. Bu nedenle özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin içtihatları konumuz bakımından çok önemli bir veri sunmaktadır. Bu nedenle Amerika örneği, üzerinde kapsamlı incelemelerde bulunmayı hak etmektedir.

aa. Amerika Birleşik Devletleri’nde

Anglo-Sakson hukuk geleneğinde yer alan Amerika Birleşik Devletleri ile başlamak gerekirse, bu ülkede XX’nci yüzyılın ortalarına kadar, çocuğun yetişkinlere özgü hak ve ödevlere ehil görülmeyip çocuklara yetişkin haklarından ayrı ve çocuğun korunmasını temel alan haklar tanınması yaklaşımı geçerliydi. Ancak bu yaklaşımın çocukların ayrımcılığa uğramasına neden olan hukuki sonuçlara yol açtığı ve ikinci sınıf insanlar olarak görülmelerini destekleyen sosyal algıyı pekiştirdiği gerekçesiyle ağır eleştiri almasıyla eş zamanlı olarak, kadınlara ve zencilere eşit haklar tanınmasını savunan liberal haklar hareketi, tüm bireylerin eşit muamele görme ve devlet tarafından haksız saldırılara karşı korunma hakkını merkeze alan bir yaklaşımın kabul edilmesine zemin hazırlamıştır⁵¹². Bu yaklaşımın çocuk haklarına etkilerini mahkeme kararlarında da rastlamak mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri’nde insan hakları alanındaki bu yaklaşım ile birlikte, ırk ayrımcılığının kaldırılması hareketi de, çocukların eşitliği

⁵¹² HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism”, s. 632-33.

konusunda yargısal kararlar alınmasının önünü açmıştır⁵¹³. Liberal haklar hareketinin düşünsel temellerinden bir diğeri olan bireyin özerkliği ilkesi ise; yetişkinlere tanınan bazı hakların çocuklara da tanınması, kadınlara ve çocuklara tanınan hakların genişletilmesi konularında yargı makamlarını etkilemiştir⁵¹⁴. Diğer yandan çocuklar ile yetişkinlerin statülerini eşitlemek amacıyla yetişkin haklarının tamamının çocuklara tanınması durumunda bile, çocukların özel durumundan kaynaklanan bazı kritik ihtiyaçların karşılanmamasının çocuklar bakımından ciddi hak ihlallerine neden olacağı gerçeği, yargı makamları tarafından çocuklara özgü bazı hakların tanınmasına zemin hazırlamıştır⁵¹⁵.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin çocuk haklarını destekleyen içtihadının gelişim sürecinde, zaman zaman çocuk hakları hareketinin ilkeleri ile uyumlu, zaman zaman ise çocuk hakları hareketinin talepleri ile çelişerek kendine özgü bir içtihadi yaklaşım ortaya koyduğu bir ön tespit olarak ifade edilebilir⁵¹⁶. Yüksek Mahkeme'nin özellikle Anayasada yetişkinlere tanınan tüm hakların çocuklara da tanınması gerektiğini kabul etmek gibi zahmetsiz bir çözümü benimsemek yerine, ebeveynlerin hâkimiyet alanı ile devletin yetki alanı dışında; özel koşullar altında yetişkinlere özgü hakların, çocuklara uygulanabileceği alanı titizlikle belirlemeye çalıştığı ifade edilmektedir⁵¹⁷.

⁵¹³ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) <https://www.princeton.edu/~ereading/Brown1.pdf> (erişim tarihi: 14.8.2017).

⁵¹⁴ Bkz. *Re Gault* Davası, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/case.html> (erişim tarihi: 14.8.2017).

⁵¹⁵ *Pennsylvania Association for Retarded Children v. Pennsylvania*, 343 F. Supp. 279 (1972). Zihinsel yeterlilikleri bakımından geri kaldığına hükmedilen çocukların okul yönetimi tarafından kayıtlarının yapılmamasına karar verilebileceğini hükme bağlayan eyalet yasasının zihinsel engelli çocukların ücretsiz kamusal eğitim kurumlarına kabul edilmemelerine neden olduğu gerekçesiyle Anayasal koruma altındaki eğitim haklarının ihlaline neden olduğu yönündeki karar bu kapsamda değerlendirilebilir. Karar için bkz. <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/343/279/1691591/> (erişim tarihi: 14.8.2017).

⁵¹⁶ RODHAM, “Children under The Law”, s. 8.

⁵¹⁷ RODHAM, “Children under The Law”, s. 9.

Çocukların hakları ile ilgili uyuşmazlıklar ilk olarak, zorunlu eğitimi öngören kuralların kabulünün hemen ardından Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Amerika'da zorunlu eğitim, özellikle eğitim hakkının sosyal rolü ve okullarda çocuklara yönelik muamelenin nasıl olması gerektiği konularında ebeveynlerin yetkileri ile devlet otoritesinin karşı karşıya gelmesi nedeniyle sürekli bir uyuşmazlık konusu olagelmıştır. Zorunlu eğitim yasalarını yorumlamada Yüksek Mahkeme anne babaların, çocuklarının eğitimleri üzerinde sahip oldukları gözetim ve denetim yetkisine dayanan ebeveynlik haklarını, devlet müdahalesi karşısında desteklemeye özel önem vermiştir⁵¹⁸. Zorunlu eğitime ilişkin uyuşmazlıklarda Mahkeme çocukları başlı başına hakkın öznesi olarak görmemiş uyuşmazlığı “devlet ile ebeveyn arasında” değerlendirerek ebeveynlerin çocukları üzerinde sahip oldukları kendi inançlarına ya da felsefi eğilimlerine göre çocuklarını yetiştirme hakkı kapsamında ele almıştır⁵¹⁹. Beyazların ve zenci çocukların birbirlerinden ayrılarak farklı okullarda eğitim görmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, eğitime ilişkin davalarda Yüksek Mahkeme bu içtihadını sürdürmüştür. Dolayısıyla eğitime ilişkin ilk kararların öne çıkan özelliği; Mahkemenin “çocuğun hakları ve menfaatleri” kavramına atıf yapmaksızın, ebeveynin çocuğunu yetiştirmeye dayalı haklarını Anayasa'nın On Dördüncü Değişiklik (Fourteenth Amendment) çerçevesinde tanınan kişisel haklardan biri olarak kabul ederek, devlet

⁵¹⁸ Özel okulları gitmeyi olanaksız kılan Oregon Eyalet yasasını hükümsüz kıldığı *Pierce v. Society of Sisters* kararında Mahkeme, devlet müdahalesi karşısında ebeveynin çocuklarına dini eğitim verme haklarına üstünlük tanımıştır. *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/case.html> (erişim tarihi: 14.8.2017). *Meyer v. Nebraska* Kararında ABD'de yaşayan Alman ailenin başvurusu üzerine özel, kamusal ya da dini herhangi bir eğitim kurumunda çocuklara İngilizce'den başka bir dil öğretilmesini yasaklayan kanunu, ebeveynin çocuğunu eğitim hakkının Anayasanın due process şartının koruması altında kabul etmiştir. *Meyer v. Nebraska* 262 U.S. 390 (1923), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/case.html> (erişim tarihi: 14.8.2017). Bir başka davada on yedi yaşından küçük çocuklara pornografik materyal satılmasını yasaklayan kanunun anayasallığını, ebeveynlerin çocuklarını yetiştirme konusundaki anayasal ilkeye dayanarak onaylamıştır. *Ginsberg v. New York* 390 U.S. 629 (1968), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/390/629/case.html> (erişim tarihi: 14.8.2017).

⁵¹⁹ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/205/case.html> (erişim tarihi: 14.8.2017).

otoritesi karşısında ebeveyn haklarına üstünlük tanımış olmasıdır⁵²⁰. Mahkemenin eğitim uyumsuzlukları dolayısıyla verdiği kararlar tümüyle ebeveynlerin haklarına dayandığı için, bu kararlarda anne babaların çocuğun hakları ve menfaatlerinin gerekleri ile bağlı olup olmadığı konusu da tartışma konusu yapılmamıştır. Mahkemenin bu içtihadi tutumunun, özel yaşama devlet müdahalesinin sınırlarından biri olarak ebeveynlerin haklarını kabul etmiş olduğu, ancak ebeveyn haklarının çocuğun hakları ile sınırlı olup olmadığı konusuna değinmekten kaçındığı anlamına geldiği değerlendirilebilir.

Yüksek Mahkeme'nin çocukların da anayasal hakların koruması altında olduğunu ilk defa ifade ettiği karar *Powell* kararıdır⁵²¹. Ancak Mahkeme'nin çocukların anayasal hakların koruması altında olduğunu ifade etmesinden önceki dönemde de, anayasal hak ehliyetleri konusu henüz bir yargısal uyumsuzluğa konu olmasa da, çocukların anayasada yer alan köleleştirilmeme hakkı ve “due process ilkesi” uyarınca hak veya özgürlükten keyfi biçimde mahrum bırakılmamaları gibi bazı temel anayasal haklara sahip oldukları kabul edilmekteydi⁵²². Çocukların haklarına ilişkin olarak öncü kararlardan biri olarak kabul edilen *Brown v. Board of Education* davasında⁵²³ Yüksek Mahkeme, siyahi çocukların beyazlardan ayrı okullarda eğitim almalarını öngören yasanın, anayasal hakları ihlal ettiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, çocuklara ırk ayrımcılığına dayanan nedenlerle farklı muamele yapılamayacağını ifade ederken, çocukların da haklara ehil bireylerin statüsüne sahip oldukları kabulüne dayanmıştır⁵²⁴.

⁵²⁰ HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism”, s. 619.

⁵²¹ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 50, 57–58 (1932), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/45/case.html>, (erişim tarihi: 14.8.2017).

⁵²² Anne C. DAILEY, “Children’s Constitutional Rights,” *Minnesota Law Review*, Vol. 2011, 2011, ss. 2099-2178, s. 2100.

⁵²³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/> (erişim tarihi: 14.8.2017).

⁵²⁴ MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 11; RODHAM, “Children under The Law”, s. 9.

Yargı kararları ile çocuk haklarının tanınması sürecinde üzerinde durulması gereken kararlardan bir diğeri, Yüksek Mahkeme'nin *Gault* kararıdır⁵²⁵. Karar Amerika'da çocukların haklarının tanınması bakımından dönüm noktası olarak kabul edilmektedir ve çocuk yargılaması alanında usuli hakların tanınması açısından hala önemini korumaktadır⁵²⁶. Söz konusu karardan önce Amerika'da çocuk yargılaması alanında, çocukların haklarını koruyacak maddi ya da usuli herhangi bir güvencenin bulunmadığı değerlendirilmektedir⁵²⁷. Mahkeme Kararda, yetişkinlere ceza yargılaması sırasında tanınan bazı usuli hakların ve güvencelerin⁵²⁸ çocuk mahkemelerinde tanınmamış olmasının, çocukların anayasal haklarını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'nin incelemesini tüm usuli haklar bakımından yapmayıp belli usuli haklar ile sınırlamış olmasına karşın, *Gault* kararının önemi, gerek Amerikan Anayasası'nın genel insan hakları hükmü diyebileceğimiz hükmünün On Dördüncü değişiklik (Fourteenth Amendment), gerekse Haklar Yasasının (Bill of Rights), yalnızca yetişkinlere özgü olmadığını ilan etmiş olmasıdır⁵²⁹. Anayasasında çocuklara ve haklarına ilişkin herhangi bir hükme yer vermeyen ülkenin hukuk atmosferinde *Gault* kararında benimsenen içtihat, çocukların anayasal haklara ehil görülmesine zemin hazırlamıştır. *Gault* kararı çocuk yargılaması alanında çocukluk statüsüne bağlanan yasal statüyü reddetmemiş, bu

⁵²⁵ *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>.

⁵²⁶ Kararda on beş yaşında olan Gerald Gault'un kadın komşusuna "uygunsuz" bir üslupla yaptığı telefon araması üzerine çocuk mahkemesi yargıcı önüne çıkarılmadan önce yasal yardım hakkı ve susma hakkı olduğu konusunda bilgilendirilmemiş, herhangi bir duruşma yapılmamış, aramanın yapıldığı iddia edilen komşudan telefon görüşmesinin gerçekleştiğine dair herhangi bir kanıt göstermesi istenmemiştir. Temyiz aşamasına gelindiğinde Gault'un avukatları yargılamada anayasal hakların ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

⁵²⁷ RODHAM, "Children under The Law", s. 9.

⁵²⁸ *Gault* kararında Mahkemenin öncesinde yalnızca yetişkinlere tanınan ve çocuklara da tanınmasını Anayasanın "due process şartı" uyarınca gerekli gördüğü usuli haklar sınırlı sayıdadır ve şu şekildedir: 1. bir savunma hazırlamaya imkân tanıyacak suçlamaya ilişkin yeterli açıklamaların yer aldığı bir tebligat yapılması, 2. adli yardım olanağı tanınmış olması, çocuğun yoksul olması durumunda ücretsiz adli yardım olanağı tanınmış olması, 3. kendini suçlayıcı beyanlara zorlanamaması, 4. yüzleştirme olanağı ve tanıklarının çapraz sorgu yapılarak ifadelerinin alınması olanağı tanınması.

⁵²⁹ MINOW, "Rights for the Next Generation", s. 11; RODHAM, "Children under The Law", s. 10.

statünün çocuğun anayasal haklarının ihlal edilmesini meşrulaştırmak üzere kullanılmasının anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, Anayasanın “due process şartı” olarak ifade edilen “hukuk kurallarınca belirlenmiş usuller”e riayet edilmeksizin, kişilerin yaşam, özgürlük, mülkiyet haklarından yoksun bırakılamayacağını öngören hükmünün yalnızca yetişkinlerin haklarının korunmasına hizmet etmediğini, aynı zamanda küçüklerin de due process şartının koruması altında olduğunu ifade etmiştir⁵³⁰. Çocuk mahkemelerinde yetişkin mahkemelerindeki gibi bir iddianamenin tebliğ edilmesi, duruşma yapılması, çapraz soruşturma ve yasal yardım hakkına erişim olanağı tanınması haklarını kullanma olanağı tanınmadığı gerekçesi ile Gault’un anayasal haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Böylece Mahkeme çocukların da devletin haksız müdahalesine karşı korunma sağlayan ve yetişkinlere özgü oldukları kabul edilen haklara ihtiyaç duyduklarını ve ehil olduklarını kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında ayrıca, biçimsel olarak çocukların yüksek yararına uygun olduğu gerekçesi ile meşruiyet kazanan çocuk mahkemeleri gibi çocuğun korunmasına özgülünen birtakım kurumların dahi, çocukların anayasal haklarını ihlal edebileceğine işaret etmiştir. Öğretide çocukların yargılama sırasında usuli haklara ehil olduğunu ilan eden bu kararın, usuli haklarının tanınmasından öte çocukların paternalist otoritenin öznesi olarak görülmesinin yadsınarak, özne hak sahibi kişiler olarak muamele görme haklarının kabul edilmesi anlamına geldiği ve özel bir öneme sahip olduğu ifade edilmektedir⁵³¹.

Öğrencilerin Amerika Birleşik Devletleri bayrağı ve ülkesine bağlılık yeminlerini içeren metni okumaları ve bayrak törenine katılmalarının zorunlu olduğunu öngören Eyalet Eğitim Kurulu Kararının, Anayasanın ifade ve inanç özgürlüğü ile kişisel güvenlik

⁵³⁰ Karar metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/case.html> (erişim tarihi 14.8.2017).

⁵³¹ MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 11.

haklarını güvence altına alan hükümlerine aykırı olduğu gerekçesine dayanan *West Virginia State Board of Education v. Barnette* davası⁵³², Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin çocukları bağımsız özerk hak öznesi olarak kabul ettiği kararlardan bir diğeri olarak önem kazanmaktadır⁵³³. Mahkeme, Anayasanın inanç ve düşünce özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde güvence altına alınan hakların öğrencilere de tanınmasının, demokrasinin dayandığı değerleri çocuklara öğretmenin en iyi yolu olduğunu ifade ederek, çocukların Amerikan devletinin dayandığı değerler öğretilmeksizin şekli bir takım törenlere zorlanmaları yerine, inanç ve düşünce özgürlüklerinin tanınmasını, demokratik ilkeleri benimsemiş bir vatandaş olarak yetiştirilmelerine daha iyi katkıda bulunacağını ifade etmiştir. Çocukların özerk hak öznesi olarak kabul edildiği ve Anayasada garanti altına alınan haklara çocukların da ehil olduğunu ifade eden bu karar aynı zamanda, çocukların hak sahibi olarak kabul edilmesinin demokratik bir toplumun temel gereklerinden biri olduğunu ortaya koyması bakımından da önemlidir. Mahkeme çocukların anayasal haklarının tanınmasının gerekçesinin, gençlerin anayasal haklarını tanımanın demokratik toplumun güvence altına alınmasına daha iyi hizmet edecek olması olarak ifade etmiştir.

Benzer biçimde Mahkeme, *Tinker v. Moines Independent Community School District* ile *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* davalarında, yetişkinlere özgü kabul edilen haklardan bazılarını, çocukların da ehil olduğunu kabul etmiştir. *Tinker* davasında Mahkeme çocukların okul sınırları içinde siyasal görüşlerini ifade etmelerini yasaklayan okul kurallarının Anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵³⁴. Kararda,

⁵³² *West Virginia State Bd. of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Karar metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/case.html> (erişim tarihi: 24.8.2017).

⁵³³ DAILEY, "Children's Constitutional Rights", s. 2127.

⁵³⁴ Olayda Amerikan hükümetinin Vietnam Savaşındaki tutumunu eleştirmek amacıyla bir grup öğrencinin siyah kol bantları takarak okula gelme kararı almaları üzerine, okul yönetiminin öğrencileri bantları çıkarmaya davet etmeleri ve bantları çıkarmayı reddetmeleri durumunda devamsızlık yapmış sayılmaları yönünde karar almıştır.

Anayasanın ifade özgürlüğünü güvence altına alan hükmünün çocukları da kapsamına aldığı, “*okulun günlük işleyişini bozamamak şartıyla*” çocukların Anayasada yer alan haklarını kullanabilecekleri ve okul kapısından girerek bu haklarını kaybetmiş sayılmalarının söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir⁵³⁵. Mahkeme bu kararı çocukların da Anayasal anlamda “kişi” olduklarını ifade etmek suretiyle temellendirmiş, böylece çocukların anayasal haklara ilişkin korumadan yararlanabileceklerini açıkça kabul etmiştir. *Tinker* kararı çocukların özerk bireyler statüsüyle anayasal hakların öznesi olarak kabul edilmeleri anlamına gelmektedir. Benzer biçimde *Board of Education v. Pico* kararında da Mahkeme, okul kurullarının kabul edilemez olarak değerlendirdikleri görüşlere yer veren kitapların, okul kütüphanesinden çıkarılması kararlarının Anayasanın düşünce ve ifade özgürlüğünü düzenleyen hükmü karşısında hukuka uygun olamayacağını, öğrencilerin okulun kapısından girmekle ifade ve düşünce özgürlüğü ile bilgi alma haklarından sıyrılmış sayılmalarının hukuki temelinin olamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme kararında ayrıca, öğrencilere farklı fikirlere erişme olanağı tanınmasının yalnızca ifade özgürlüğü hakkının hayata geçirilmesini sağlamayacağını, daha önemlisi çoğulcu ve müzakereci bir toplumun aktif üyeleri olarak toplumsal-siyasal kararlara katılımlarını da garanti edeceğini ifade etmiştir. Mahkemenin çocuğun gelişim hâlinde birey olma özelliğini de merkeze alan bu yaklaşımı, çocukların ifade özgürlüğü ile düşüncelerini açıklama özgürlüklerinin tanınmasının çocukların bireysel özgürlüklerini korumanın yanında, geleceğin özerk bireyleri olarak yetiştirilmeleri konusundaki “çocuğa özgü” hakların tanınması bakımından da önemlidir.

Görüldüğü üzere bireyin özerk iradesini merkeze alan liberalist teori ile birlikte Mahkeme’nin çocuğun gelişen kapasitesi ile doğru orantılı olarak yetişkinlere özgülenen bir takım hakların çocuklara da tanınması yönünde kararları gündeme gelmiştir. *Gault*,

⁵³⁵ *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/503/case.html> (erişim Tarihi: 10.8.2017).

Tinker kararları ile birlikte *Danforth* kararı da Mahkeme'nin bu eğilimine örnek gösterilebilir.

Mahkemenin çocuğun özerkliğini kabul ettiği biçiminde yorumlanabilecek olan *Danforth* davası da konumuz açısından önemlidir. *Danforth* davasında Mahkeme, ergenlik yaşından önce çocukların kürtaj olmalarını ebeveynin rızasına bağlayan yasayı Anayasaya aykırı bulmuştur⁵³⁶. Mahkeme kararında rüşt yaşından önce küçüklerin tıpkı yetişkin kadınlar gibi tıp uzmanları ile yapacağı görüşme neticesinde hamileliği sonlandırma hakkına sahip olduğunu ve bu hakkın hem devlet müdahalesi, hem de ebeveynler de dâhil olmak üzere diğer insanlar tarafından yapılan müdahaleden özerk olarak karar alabilmeyi gerekli kılacağına hükmetmiştir. Mahkeme'nin kararında özerkliğe (autonomy) yaptığı atıf, çocuğun tıbbi müdahaleye tek başına karar verme hakkını çocuğun yetkinliği ile temellendirdiği biçiminde değerlendirilebilir⁵³⁷. Mahkeme küçüğün hakkının temeli olarak, gerçekte çocuğun ayrı bir kişiliğe sahip olmasını görmektedir⁵³⁸.

Mahkeme'nin *Gault* ve *Tinker* gibi çocuğun anayasal haklara ehliyetini kabul ettiği kararlarından başlayarak ifade özgürlüğünü, irade özerkliğini ve özerk kişiliğini tanıdığı kararlarına değin çocukları anayasal hakların özerk öznesi olarak kabul etmesi biçiminde yorumlanabilecek bir içtihadi tutum içinde olduğu değerlendirilebilir. Diğer yandan *Gault* ve *Tinker* kararlarından sonra Mahkeme'nin çocukların haklara ehil bağımsız özneler olarak kabulü yönünde istikrarlı bir içtihadi tutum içinde olduğunu kabul etmek de zor görünmektedir. Nitekim Mahkeme'nin bu iki kararın kazanımlarından geri dönüş olarak nitelenebilecek kararlarına rastlanmaktadır.

⁵³⁶ *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/52/case.html> (erişim Tarihi: 10.8.2017)

⁵³⁷ Nitekim Mahkemeye göre hamile kalacak kadar büyüyen bir kız hamileliğe devam edip etmeyeceğine de tek başına karar verebilecek kadar büyümüş sayılmalıdır.

⁵³⁸ *Planned Parenthood v. Danforth*, s. 75.

Gerçekten *Gault* davasını takip eden altı yıllık süreç içinde Mahkeme evlilik birliği dışında doğan çocuklara ilişkin bir takım hukuki engellerin kaldırılması⁵³⁹, on sekiz yaşında oy hakkı tanınmasına ilişkin yasayı anayasaya uygun bulması⁵⁴⁰ gibi, çocuklara yönelik ayrımcılığın kaldırılması ve yetişkinlere tanınan anayasal hakların çocuklara da tanınması anlamına gelen kararlar yanında, bu kısa süre içerisinde okullarda bir disiplin yöntemi olarak bedensel ceza uygulamasını tasdik eden alt derece mahkemesinin kararını incelemeyi reddetmesi⁵⁴¹, *Brown* kararıyla çelişerek eğitimin anayasaya göre kişisel bir hak olduğu iddiasını geri çevirmesi⁵⁴² gibi kararları da envanterine eklemiştir. Mahkeme'nin *Gault* kararındaki içtihadından ayrılması ve çocukların anayasal hakları bakımında geri adım olarak değerlendirilebilecek kararları daha çok sosyal yardım, eğitim ve kürtaja ilişkin olmuştur. Mahkeme özellikle çocukların menfaatlerini çok yakından ilgilendiren, sosyal yardım ve eğitim yardımı ölçütlerini belirleme yetkisini, devletlerin takdir yetkisi alanında görmüş ve sosyal yardımların yetersizliğine dayanan talepleri incelemeyi reddetmiştir.⁵⁴³ Mahkeme *Roper v. Simmons*⁵⁴⁴, *Thompson v.*

⁵³⁹ *Levy v. Louisiana*, 391 US (1968), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/68/> (erişim tarihi: 10.8.2017); *Weber v. Aetna Casualty and Surety Company*, 406, US 164 (1972), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/164/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

⁵⁴⁰ *Oregon v. Mitchell*, 400, US, 122 (1970), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/112/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

⁵⁴¹ *Ware v. Estes*, 328, 657 (1971), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/328/657/1428180/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

⁵⁴² *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* 411 U.S. 1 (1973), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/1/> (erişim tarihi: 10.8.2017)

⁵⁴³ Ayrıntılı bilgi için: RODHAM, “Children under the Law”, s. 11-12. Mahkeme'nin bu nitelikteki kararlarında sosyal devlet yaklaşımına karşı Amerika Birleşik Devletlerindeki direnç de gerekçe olarak görülebilir.

⁵⁴⁴ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 569 (2005), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

*Oklahoma*⁵⁴⁵, *Goss v. Lopez*⁵⁴⁶, *Bellotti v. Baird*⁵⁴⁷, gibi örnek olarak sayılabilecek kararlarında rüşt yaşının altındaki bireylerin yetişkinlere kıyasla “daha az olgun olmalarına dayanarak”, oy verme, jüri heyetinde yer alma, ebeveynin izni olmadan evlenme, alkollü içecek ya da sigara satın alma yetkilerinin sınırlı olduğunu ve Amerikan hukuk sisteminde; sözleşme, haksız fiil ve ceza hukukunda, yargılama ve infaz hukukunda çocuklar ile yetişkinlerin hakları arasında farklar bulunmasının kabul edildiğini ifade etmiştir⁵⁴⁸. Mahkeme bu yöndeki içtihadını çocukların iradelerini zedeleyen etkenlere karşı yetişkinlere kıyasla daha açık olmalarını (vulnerability) ve önemli konularda özerk ve rasyonel kararlar alma kapasitelerinin tam anlamıyla gelişmemiş olmasını (immature capacity) gerekçe göstererek meşrulaştırmaktadır⁵⁴⁹.

Çocukların önemli konularda iradelerini zedeleyen zorlamalara ve etkilere açık olmaları ile özerk ve rasyonel karar alma kapasitelerinin tam gelişmemiş olmasının, Mahkeme’nin kararlarına yansıyan bir diğer sonucu; çocuğun eğitilmesi, yönlendirilmesi ve yetiştirilmesi konularında ebeveynlere tanınan ayrıcalıkların, anayasal meşruiyete haiz olduğunu kabul etmesi olmuştur⁵⁵⁰. *Tinker* ve *Danforth* davalarında Mahkeme’nin çocuklara yetişkinlere özgü hakları tanınması, çocuğun bağımlı ve bir yetişkinin iradesine tabi olarak kabulünün terk edilerek yasal haklardan yararlanmada bağımsız bir hak öznesi

⁵⁴⁵ *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 823–24 (1988), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/815/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

⁵⁴⁶ *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565, 591 (1975), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/419/565/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

⁵⁴⁷ *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/622/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

⁵⁴⁸ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2107.

⁵⁴⁹ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2110-2111.

⁵⁵⁰ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 534–35 (1925) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/>; *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745, 758–59 (1982), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/455/745/>; *Quilloin v. Walcott*, 434 U.S. 246, 255, (1978), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/246/>; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651 (1972), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/645/>; *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 165 (1944), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/> (tümü için erişim tarihi: 24.8.2017); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923).

olarak kabulünün önünü açmıştır. Ancak Mahkeme çocuğun bağımsız bir hak öznesi olarak kabulü yaklaşımı ile çelişen kararlar da vermiştir. *Re Gault* kararından dört yıl sonra 1971 yılında Mahkeme yetişkinlere tanınmış olan jüri önünde yargılanma hakkını çocuklar bakımından kabul etmemiştir⁵⁵¹. Mahkeme kararında, jüri yargılamasının, “*sıkı kanuni usullere bağlı olmayan samimi ve korumacı nitelik gösteren çocuk yargılaması sistemine uygun olmadığı*”nı ve “*ceza yargılaması sistemi ile çocuk yargılama sistemini eşitlemeye çalışmanın çocuk yargılama sisteminin temel niteliğini oluşturan insaf, çocuğa özel ilgi, şefkatle muamelede bulunma ve çocuğu korumaya odaklanma gibi niteliklerini göz ardı etmek anlamına geleceğini*” ifade etmiştir⁵⁵². Karar, Mahkeme’nin çocukların korunması amacıyla varlık kazanmış çocuklara özgü kurumlar karşısında, çocuğun yetişkinlerin sahip oldukları bir takım haklara ehil olmadıklarını kabul ettiği anlamına gelmektedir.

Mahkeme 1984 yılındaki bir diğer kararında suç işleme konusunda ciddi risk oluşturduğu kabul edilen çocuk hakkında, devletin önleyici tutuklama kararı yetkisi verebileceğini kabul etmiştir⁵⁵³. Mahkeme kararında bir yandan çocukların kişi dokunulmazlığı hakları karşısında, suç işleme olasılığı yüksek bir çocuğun zararlarından toplumun korunması konusunda devletin meşru ve zorunlu bir menfaati olduğunu, diğer yandan çocuğun özgürlük ve kişi dokunulmazlığı haklarının davada tartılması gereken çok temel bir öneme sahip olduğunu kabul ettikten sonra, muhakemesine çocukların yetişkinlerden farkının nitelikleri gereği her zaman bir velayet ve gözetim altında bulunmaları olduğu kabulüyle devam etmiş ve çocukların nitelikleri gereği kendi kendilerini kontrol etme yeteneğine sahip olmadıklarını, bu nedenle ebeveynlerinin

⁵⁵¹ *McKeiver v. Pennsylvania*, 403 U.S. 528 (1971), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/528/> (erişim tarihi: 15.08.2017).

⁵⁵² *McKeiver v. Pennsylvania*, s. 529.

⁵⁵³ *Schall v. Martin*, 467 U.S. 253 (1984), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/253/case.html> (erişim tarihi: 15.08.2017).

kontrolü altında olduklarını ve ebeveynlerin çocuklar üzerinde sahip oldukları gözetim görevini yerine getirememeleri durumunda, Devletin “parens patriae-koruyucu baba” sıfatıyla bu görevi üstleneceğini, bu bağlamda, gençlerin kişi dokunulmazlığı haklarının, uygun koşullarda, Devletin “çocuğun refahını korumak ve geliştirmek için gerekli olan parents patriae hakkı” karşısında geri plana itilebileceğini kabul etmiştir⁵⁵⁴. Görüldüğü üzere bu kararında Mahkeme, *Gault* kararında benimsediği ilkelerden ayrılmış ve çocuklar hakkında özgürlük yerine vesayet kavramını yeniden ön plana çıkarmış ve yetişkinler ile çocuklar arasındaki yasal farkı “eşitlik ilkesi” karşısında vesayet kavramını ön plana çıkararak meşrulaştırmıştır⁵⁵⁵.

Bir başka kararında Mahkeme, akıl hastalığı nedeniyle çocukların bir kuruma yerleştirilmesi zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaları durumunda, vakaların ve bunları ispat eden delillerin taraflarca getirilmesi olanağını içeren usuli haklardan yararlanamamalarının, Anayasal haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir⁵⁵⁶. Mahkemenin çocukları aynı durumdaki bir yetişkin ile kıyaslandığında aynı haklara ehil görmemesinin bir diğer örneği olan bu kararında; ebeveynlerin, çocukların yetiştirilmesi konusunda geleneksel olarak sorumlu olmaları ve aynı zamanda çocuklarını yetiştirme yetkisine sahip olmalarına dayanarak, çocuk bakımından zihinsel engelli statüsüne yerleştirilmek gibi çok ciddi sonuçları olabilecek böyle bir kararı alma konusunda dahi yetkili görülebileceklerine⁵⁵⁷, çocuğun akıl sağlığı konusunda bir şüphe bulunması

⁵⁵⁴ *Schall v. Martin*, s. 275.

⁵⁵⁵ MINOW, “Rights for the Next Generation”, s. 12.

⁵⁵⁶ Olayda bir çocuğun akıl hastalığı nedeniyle devlet hastanesine yatırılarak tedavi edilmesi için ebeveynin ya da vasisinin imzasının yeterli görülmesinin Anayasa’nın due process şartını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. *Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584 (1979), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/584/> (erişim tarihi: 15.08.2017).

⁵⁵⁷ *Parham v. J.R.*, s. 585.

durumunda, konunun yasal bir inceleme gerektirmeksizin hekimlerin incelemesiyle çözülmesini hükme bağlayan yasanın, Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁵⁵⁸.

Bu ve buna benzeri⁵⁵⁹ kararlarında Mahkeme, çocuklara yetişkinlere eşit statü tanımaktan kaçınarak çocukları yetişkinlerin iradesine bağımlı ve özerklikleri sınırlı bireyler olarak kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin çocuğa ilişkin bir diğer içtihadı tutumu, ilk dönemlerde çocuğun menfaati ile ana babanın menfaatinin ayrılarak incelenmesi yönünde bir yaklaşım içinde olmamasıdır. Örneğin *Wisconsin v. Yoder* kararında dava konusu olayda çocukların menfaatlerinin başlı başına değerlendirilebilir nitelikte olmalarına karşın, Mahkeme ebeveynlerin menfaati ile çocuklarının menfaatlerinin ayrı ayrı incelemeyi gerektirip gerektirmediği konusunda hiçbir değerlendirmeye girmeksizin karara ulaşmıştır. Olayda Amish mezhebine mensup ebeveynler, çocukları yüksekokula gönderme yükümlülüğü getiren ve uyulmamasını cezai yaptırıma bağlayan Wisconsin Eyalet Yasası'nın, kendilerinin ve çocuklarının inanç özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Dava esnasında, davacı üç aileden yalnızca birinin çocuğu Mahkeme önünde ifade vermiş ve ailesinin inancını paylaştığını, okula devam etmek istemediğini ifade etmiştir. Çoğunluk görüşünü paylaşan üyeler, ailelerin çocuklarını sekizinci sınıftan itibaren zorunlu eğitim yasasından muaf tutulma haklarını onaylamış ve görüşlerini bu hakkın, Anayasada güvence altına alınan inanç özgürlüğü için gerekli olmasına dayandırmışlardır. Görüldüğü üzere Mahkeme, zorunlu eğitimi ebeveynin hakları ile ilgili bir konu olarak ele almış, çocukların konuya ilişkin haklarını ya da menfaatlerini, değerlendirmesine konu yapmamıştır. Karara muhalif Yargıç Douglas'ın görüşleri çocuk hakları bakımından çığır açıcı niteliktedir. Douglas ayrı oy yazısında çoğunluk görüşüne

⁵⁵⁸ *Parham v. J.R.*, s. 586.

⁵⁵⁹ *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975); *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/651/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

yalnızca, Mahkeme önünde ebeveyninin dini inançlarını paylaştığını ifade eden çocuk bakımından katıldığını, diğer iki çocuk bakımından çoğunluk görüşünden ayrıldığını, bu iki ebeveynin iddialarına dayanak olarak çocuklarının dini inançlarını göstermiş olduklarını ancak ifadelerine başvurulmak üzere çocuklarını Mahkemeye getirmediklerini, oysa Mahkemenin daha önceki kararlarında çocukların kendilerine ait Anayasa tarafından korunan menfaatlere sahip olabileceklerinin kabul edilmiş olduğunu, bu davada da esas olarak tartışılması gereken menfaatlerin, ana babalara ait menfaatler değil; çocuklara ait menfaatler olduğunu, bu iki çocuk bakımından Mahkeme önünde görüşleri alınana kadar davanın uygun biçimde çözüme kavuşturulamayacağını ifade etmiştir.

Mahkeme'nin, Anayasa'nın ebeveynlerin çocuklarını kendi inanç ve kanaatlerine göre yetiştirme ve eğitime haklarını koruduğunu kabul ederek, bu hakkın ihlali niteliğindeki eyalet yasalarını geçersiz kılma eğiliminde olduğunu ifade etmiştik. Mahkeme ilk dönemlerden itibaren bu içtihadını istikrarlı bir biçimde korumuştur. 1923 yılında karara bağlanan *Meyer v. Nebraska* davasında Alman bir ailenin çocuklarına Almanca eğitimi aldırarak istemesi üzerine, eyaletteki kamusal, özel ya da dini eğitim kurumlarında İngilizce'den başka bir dil öğretilmesini yasaklayan yasa gereği engellenmeleri üzerine Mahkeme, "ebeveynlerin çocuklarını kendi yaşam biçimlerine uygun olarak eğitime haklarının" Anayasanın tanıdığı özgürlükler arasında olduğunu kabul etmiştir⁵⁶⁰.

On yedi yaşını tamamlamayan gençlere pornografik materyallerin satışını yasaklayan New York eyalet yasasının, Anayasa'nın ebeveynlerin çocukları üzerinde sahip oldukları çocuğun yetişmesini yönlendirme hakkı karşısında geçersiz olduğuna karar verdiği *Ginsberg v. New York* kararındaki tutumu da, yine ebeveynin kendi yaşam

⁵⁶⁰Meyer v. Nebraska, s. 400.

tarzının gerekleri ile uygun çocuk yetiştirme haklarının anayasal koruma altında olduğunu kabul ettiği bir diğer örnektir⁵⁶¹. *Ginsberg v. New York* kararı yanında, iki davadaki tutumundan hareketle Mahkeme'nin, belli bir moral değer dayatılarak çocuğun biçimlendirilmesine yol açacak işlemlere karşı ebeveyn haklarını devlet yetkisinin en önemli sınırlarından bir olarak gördüğü sonucuna ulaşılabilir⁵⁶².

Ancak Mahkeme'nin *Prince v. Massachusetts* kararı çerçevesinde, anne babanın hakları ile çocuğun haklarını dengeleme konusundaki yargısal tutumunun, özellikle çocuğun korunmasını amaçlayan ve bu çalışma kapsamında “koruyucu haklar” olarak nitelendirecek hakların yarışması durumunda, çocuğun korunmasına öncelik vermesi biçiminde olduğu değerlendirilebilir. Karar, belli bir yaşın altındaki çocuklara cadde ve halka açık yerlerde satış yaptırılmasını ve malzeme teminini yasaklayan eyalet yasasını ihlal ettiği gerekçesiyle, Yehova Şahitleri Mezhebine mensup bir kadının velayetinde bulunan dokuz yaşındaki çocuğun, dini bir vecibe gereğince halka açık bir alanda dini içerikli materyaller satmasına müsaade ettiği gerekçesiyle cezalandırılması üzerine, yasanın anayasal koruma altında olan velayeti altındaki çocuğu dini inançları doğrultusunda yetiştirme hakkını ve inanç özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası üzerine gündeme gelmiştir. Mahkeme kararında, çocukların çalıştırılmasını yasaklayan bu hüküm karşısında, ebeveynin dini inançları doğrultusunda çocuklarını yetiştirme konusunda, demokrasinin temel bir gereği olarak üstün bir hakka sahip olduklarını kabul etmekle birlikte, bu hak karşısında devletin, çocuğun korunması amacıyla “parens patriae-koruyucu baba” sıfatından kaynaklanan otoritesinin bir gereği olarak zorunlu eğitim yasaları, çocuğun çalıştırılması ve çocukların kamuya açık yerlerde istihdam edilmesi gibi faaliyetlere karşı koruyucu yasalarla, çocuk üzerinde ebeveyn haklarını sınırlama

⁵⁶¹ *Ginsberg v. New York*, s. 642.

⁵⁶² Bkz. *Bellotti v. Baird*, s. 638; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), s. 642, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/> (erişim tarihi: 27.8.2017).

yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır⁵⁶³. *Prince* kararı Mahkemenin ebeveynin çocuğu yetiştirme ve kendi inanç ve felsefesine göre eğitme hakkının, çocuğun korunması amacıyla sınırlandırılabilirliğini kabul etmesi bakımından önemlidir⁵⁶⁴. Mahkeme *Prince* kararında devletin çocuğun korunması amacıyla zorunlu eğitim yasaları, çocuğun çalıştırılması ve çocukların kamuya açık yerlerde istihdam edilmesini yasaklayan yasaların Anayasa ile çelişmediğini ifade etmiştir.

Amerikan yargısının, çocuk hakları hareketinin diğer bir dayanağı olan çocukların özel durumundan kaynaklanan ihtiyaçlarının karşılanmamasının, ciddi hak ihlallerine neden olacağı gerekçesi ile çocuğun korunmasını amaçlayan hakların tanınmasındaki tutumu da çocuk haklarının yargısal tanınması çerçevesinde, üzerinde durulması gereken bir diğer konudur. Çocuğa özgü menfaatlerin karşılanması konusunda devletin yükümlülüklerinin bulunduğu kabulüne dayanan bu hakların tanınmasında, Amerikan Yüksek Mahkemesi devletin pozitif edimine dayanan taleplerin “hak” olarak tanınmasındaki isteksizliğini çocuk hakları konusunda da sürdürmüştür⁵⁶⁵. Özellikle çocuğun aile içi şiddete karşı korunması konusunda Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüğüne dayanan hakları kabul etmemektedir⁵⁶⁶.

Çocuğun aile içinde korunmasına ilişkin yasaların uygulanmasında Yüksek Mahkeme, çocuğun menfaatlerinin korunması karşısında, ana babanın ebeveynlikten

⁵⁶³ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2112.

⁵⁶⁴ *Prince v. Massachusetts*, s. 166; HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism”, s. 624. Burada belirtmelidir ki Mahkeme ebeveynin çocuğunu kendi inançlarına göre yetiştirme özgürlüğüne, devletin *parens patriae* ilkesi gereği çocuğun korunması amacıyla müdahale etme görevinin bulunduğunu kabul etmekle birlikte somut olayda çocuğun korunmasını gerektiren mevcut ve açık bir tehlike bulunmadığını kabul ederek dini inancı gereği caddede yazılı bildiri satmaya çalışan çocuğun eyleminin yasaklanmasının, Anayasanın koruması altında olan dini inanç özgürlüğüne açık bir müdahale niteliği taşıdığını kabul etmiştir.

⁵⁶⁵ Önek olarak bkz: *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/189/> (erişim tarihi: 27.8.2017). Ayrıca bkz. Susan BANDES, “The Negative Constitution: A Critique”, *Michigan Law Review*, Vol. 88, No. 8, ss. 2271-2342, s. 2278-2297.

⁵⁶⁶ *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989), parag. at 196.

doğan haklarını da gözetmenin, çocuğun menfaatlerinin korunmasına katkı sağlayacağı görüşündedir. Yüksek Mahkeme'nin, anne babaların devlet müdahalesinden bağımsız olarak çocuğun yetiştirilmesi konusunda ayrıcalıklı bir anayasal hak sahibi olduğunu kabul ettiği, bu başlık altında ortaya konmuştu. Ancak çocuğun aile içinde çeşitli nedenlerle ihmal edildiği ya da daha ileri gidilerek şiddet ve istismara maruz bırakıldığı durumlarda, çocuğun hakları ile ana babanın haklarının birbiri ile çeliştiği durumlar gündeme gelmektedir. Bu durumda çocuğun ana babadan alınması olanağına yer veren çocuk koruma önlemleri Amerikan eyalet yasalarında da kabul edilmiştir. Bu yasaların uygulanmasında Yüksek Mahkeme, ebeveyn haklarının kaldırılmasına dayanak olarak gösterilen olayların, “açık ve kesin delillerle” ispatlaması gerektiğini kabul etmiştir⁵⁶⁷. Çocuğun bakımında ihmalin bulunması gerekçesi ile velayetin kesin olarak kaldırılması ve çocuğun aileden alınmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, Yüksek Mahkeme, öncelikle ebeveyn haklarının Anayasanın kişi güvenliğini güvence altına alan hükümleri çerçevesinde ayrıcalıklı ve üstün nitelikli haklar olduğunu vurguladıktan sonra, bu hakkın, çocuğun ihmal ve istismar edildiğini yetkili idari merciler tarafından açık ve kesin delillerle ortaya konmadan kaldırılmasının; gerek ana-baba için, gerek çocuk için katlanılması zor sonuçları olacağını⁵⁶⁸ ifade etmiştir. Mahkeme çocuğun daimi olarak aileden alınması kararı verilebilmesi için, çocuğun bakımı konusunda ailenin süreklilik arz eden bir biçimde ihmali bulunduğu ve bu durumun çocuğun yüksek yararını ihlal ettiği ve bunun makul bir şüpheyi aşan delillerle ispat edilmesi gerektiği gerekçesi ile New York Eyalet yasasında yer alan çocuğun aileden sürekli olarak alınması kararı için sunulan kanıtların, “makul bir değerlendirme” ile yeterli kabul edilmesini hükme bağlayan yasayı, Anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme bu kararında, ailesinin yanında kalmasının çocuğun ihmeline neden olduğu ispatlanmaksızın, anne babanın menfaati ile

⁵⁶⁷ *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982).

⁵⁶⁸ *Santosky v. Kramer*, s. 761-766.

çocuğun menfaatinin çeliştiğini kabul etmenin, anayasada güvence altına alınan kişi güvenliği ve due process ilkesi ile çelişeceği sonucuna ulaşmıştır⁵⁶⁹. Mahkeme çocuğun aile ortamının yetersiz olması durumunda dahi, anne babasından alınarak bir kuruma ya da aile yanına yerleştirilmesinin, çocuğun refahının korunmasını garanti edemeyeceğini ifade ederek, çocuğun ailesi ile ilişkilerini sürdürmedeki menfaatlerine de atıf yapmıştır.

Devletin, anne ve üç yaşındaki oğlunun, babanın şiddetinden korunması görevini yerine getirmemesinin; annenin ve çocuğun anayasanın kişi güvenliği haklarını ihlal ettiği iddiasını içeren *DeShaney v. Winnebago County* davasında Mahkeme, aile içinde çocuğa yönelen fiziksel şiddet olaylarında devletin çocuğun korunması amacıyla pozitif edim niteliğinde yükümlülüklerinin bulunmadığını kabul etmiştir. Mahkeme bu Kararında, Anayasanın “due process ilkesinin”, devletin bireyi mahrum bırakamayacağı bir yaşam, özgürlük veya mülkiyet çıkarlarını güvence altına almak için bu tür bir yardımın gerekli olabileceği durumlarda dahi şiddetten korunma konusunda devlete pozitif bir yükümlülük yüklediğini kabul etmektedir⁵⁷⁰. Mahkeme çocuğun korunması konusunda devletin pozitif edim yükümünü yalnızca kişilerin kendi istekleri dışında bir kamusal otoritenin kararı ile bir kuruma yerleştirilmesi durumunda söz konusu olabileceğini, doğrudan kamu vesayeti altında bulunmayan çocukların şiddetten korunma konusunda devlete yönelik iddiaların kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir⁵⁷¹. Mahkeme kararında, koruma yükümünü yerine getirmeyerek anayasal güvenceleri ihlal ettiği ileri sürülen Wisconsin Eyaletinin çocuk koruma sistemi çerçevesinde çocuklara sağladığı hizmetlerin, yeterli olup olmadığını hiç tartışmamıştır. Mahkeme çocukların yeterli bakım alma konusunda pozitif haklarının bulunduğunu tanımış olsaydı, devletin çocuğun bakımı ve gözetimi konusunda Anayasanın due process ilkesi gereği asgari bir bakım ve koruma hizmeti

⁵⁶⁹ *Santosky v. Kramer*, s. 753.

⁵⁷⁰ *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS* 489 U.S. 189 (1989), s. 196.

⁵⁷¹ *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, s. 199–200.

sunma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmiş olacaktı. Ancak ifade edilmelidir ki, Yüksek Mahkeme çocuğun korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etse de, alt derece mahkemeleri ile bazı eyalet mahkemeleri, “kendi özerk iradesi dışında bir başkasının otoritesinin altına yerleştirilen çocukların bu yetişkinlerden kendilerine yönelen tehlikelere karşı devlet tarafından korunma haklarının bulunduğunu kabul etmişlerdir⁵⁷².

bb. İngiltere’de

Common Law sistemini benimseyen İngiltere’de de yargı organlarının, çocukların özerk hak sahibi bireyler olarak tanınmasında önemli rolü olmuştur. Haklara ehil ve özerk bireyler olarak kabul edilmeyen ve bu nedenle daima bir yetişkinin iradesine (veli ya da vasi) tabi görülen çocukların rızalarına hukuki değer atfedilmesi, bu ülkenin hukuk kültüründe oldukça yavaş bir gelişim göstermiştir. Bu noktada Gillick case olarak bilinen dava, çocuğun özerkliğinin tanınması ve çocuğun iradesine bir değer atfedilmesinde dönüm noktası olarak görülmektedir. Ana babasının rızası olmadan on altı yaşından küçük çocuğa, bir doktorun doğum kontrolü konusunda bilgilendirmede ya da tedavide bulunup bulunamayacağı ile ilgili olan davada ulaşılan içtihat, bir çocuğun kendi kararlarını vermek için gereken olgunluğa ve kararların sonuçlarını anlama yetisine sahip olup olmadığını değerlendirmede başvuru alan ilkeleri ortaya koyması bakımından önemlidir. Bu niteliğiyle karar çocukların özerk karar alabilme hakları açısından kurucu nitelik taşımaktadır.

⁵⁷² *Nicini v Morra*, 212 F3d 798 (3rd Cir 2000), <https://casetext.com/case/nicini-v-morra-2>; *Lintz v Skipski*, 25 F3d 304 (6th Cir 1994), <https://casetext.com/case/lintz-v-skipski-3>; *Norfleet v Arkansas Department of Human Services*, 989 F2d 289 (8th Cir 1993), <https://www.leagle.com/decision/19931278989f2d28911216>; *Yvonne L. v New Mexico Department of Human Services*, 959 F2d 883 (10th Cir 1992), <https://openjurist.org/959/f2d/883/yvonne-lewis-v-new-mexico-department-of-human-services>; *K.H. v Morgan*, 914 F2d 846 (7th Cir 1990), <https://openjurist.org/914/f2d/846/kh-murphy-v-t-morgan> (tümüne erişim tarihi: 27.8.2017).

Dava 1982 yılında Victoria Gillick'in, on altı yaşını tamamlayan bireylerin, ebeveynlerinin rızasına gerek duymadan üreme sağlığına ilişkin tedavi ve bilgi almalarına olanak tanıyan genelgenin ve bu genelgeye dayanarak tıbbi bilgilendirmede bulunan doktorun eyleminin hukuka aykırılığı iddiası üzerine gündeme gelmiştir. Gillick'in talebinin ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmesinin ardından, dava temyiz mahkemesi önüne gelmiş, temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulmuştur. Bunun üzerine yargı makamının kararı, 1985 yılında Lordlar Kamarası'nın önüne gelmiştir. Konunun Lordlar Kamarası'nda ele alınma sürecinde milletvekillerine, doğum kontrolü konusunda ana babanın rızasının değil de doktorun değerlendirmesinin yeterli kabul edilmesinin devletin, ailenin iç işleyişine kabul edilemez ölçüde müdahalede bulunması anlamına geleceği gerekçesiyle kararın iptal edilmesi konulu çok sayıda başvuru ulaşmıştır⁵⁷³. Buna rağmen Lordlar Kamarası ilk derece mahkemesinin kararını geçerli saymıştır⁵⁷⁴. Kararda “*bir çocuğun belli bir konudaki rızasının geçerli sayılıp sayılmayacağı, çocuğun olgunluğuna ve verilecek kararın sonuçlarını anlama kapasitesine ve gerekli rızanın türüne bağlı olarak belirlenmesi ve ayrıca çocuğun doktor tarafından önerilen tedavinin avantaj ve dezavantajları hakkında makul ve kabul edilebilir bir değerlendirme yapabilme yeteneğine sahip olması gerektiği*” ifade edilmiştir. Bu koşullar altında “çocuğun rızasının” ana babasının rızasına gerek olmaksızın “yeterli” kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere İngiliz hukukunda çocukların kendi kişisel alanlarına ilişkin bir konuda özerk karar alma yetkisine sahip olup olmadıkları, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Danforth* kararındaki “kişi” olma ölçütünden farklı olarak, “*makul ve kabul edilebilir bir değerlendirme yapabilme yeteneğine sahip*” olup olmama ölçütüne göre belirlenmiştir.

⁵⁷³ EEKELAAR, “The Emergence of Children's Rights”, s. 178.

⁵⁷⁴ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830. Bilgi için bkz: <http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Gillick-v-West-Norfolk.php> (Erişim tarihi: 24.8.2017)

Çocuğun kendi kararlarını almak için yeterli olgunluğa sahip olduğu ve verilen kararların sonuçlarını değerlendirebilecek olgunluğa eriştiğinin değerlendirildiği durumlarda, rızasının hukuken geçerli sayılmasının çocuğun özerkliğinin tanınması anlamına geldiği açıktır. Gillick kararında benimsenen ilkelere, her somut olayda ana babanın rızasına ihtiyaç duyulmadan çocuğun rızası ile tıbbi müdahale yapılmasının hukuka uygun kabul edileceği koşulların belirlenmesinde başvurulmaktadır.

Diğer yandan, çocuğun özerk bir süje olarak tanınması anlamına gelen karar, öncesinde çocuğun korunması ve gelişiminin desteklenmesi haklarının yasalarla tanındığı ülkede, çocuğun özerkliğinin tanınmasına hizmet eden hakların yargı makamları aracılığıyla tanınmasına iyi bir örnektir.

c. Güney Afrika Cumhuriyeti'nde

Demokratik bir anayasal rejime yakın tarihte geçen Güney Afrika Cumhuriyeti⁵⁷⁵,nin, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde tanınan hakların neredeyse tamamını Anayasasında yer verdiği, çocuk haklarının anayasal tanınması başlığı altında ifade edilmişti.

Anayasanın kabulünün ardından, Anayasa Mahkemesi'nin anayasada yer verilen çocuk haklarının korunması konusundaki aktivist tutumunun, tüm bireyler bakımından ırk ayrımına dayanan hukuk düzeninin terkedilerek eşitlikçi ve demokratik ilkelere dayanan bir hukuk sisteminin yaşama geçirilmesine önemli katkısı olduğu ifade edilmektedir⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Güney Afrika'da bir dizi farklı yasal geleneğin birbiriyle iç içe geçmesiyle oluşturulmuş "karma" bir hukuk sistemi vardır. Hollanda'dan devralınan bir medeni hukuk sistemi, İngilizlerden miras kalan bir Common Law sistemi ve Yerli Afrikalıların devralınan bir geleneksel hukuk sistemi, Güney Afrika hukuk sistemini oluşturmaktadır. İngiliz hukuk sistemi, Güney Afrika hukuk sistemini usuli yönü ve yargılama yöntemleri ile etkilemiştir. Bu nedenle Güney Afrika, mahkemelerin hukuk yaratma yetkisi bakımından İngiliz hukuk geleneğinin etkileri nedeniyle common law hukuk sistemi çerçevesinde ele alınması uygun görülmüştür. Stephen GOLDSTEIN, "The Odd Couple: Common Law Procedure and Civilian Substantive Law", 78 **Tulane Law Review**, Vol. 78, ss. 291-306, s. 292.

⁵⁷⁶ MOSIKATSANA, "Children's Rights and Family Autonomy in the South African Context", s. 346-349.

Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesinin ya da negatif statü hakları olarak nitelenebilecek haklarının tanınması konusunda, yasama organına yönelik yeni Anayasada kabul edilen ilkeleri yasal düzenleme ile yaşama aktarmasına ilişkin direktif niteliğinde kararlar almıştır. *Fraser v. Children's Court* davasında⁵⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, Anayasanın sekizinci bölümünde yer alan ve evlilik birliği içinde doğan çocuklarla evlilik birliği dışında doğan çocuklar arasında eşitlik tanıyan hükmünün bağlayıcı olduğuna ve yasama organının bu zorunluluğu yerine getirmekle bağlı olduğuna hükmetmiştir⁵⁷⁸. Bu zorunluluğu iki yıl içerisinde yerine getirmemesinin anayasayı ihlal edeceğini karara bağlamıştır⁵⁷⁹.

Benzer biçimde Anayasa Mahkemesi çocuğun hak sahibi özerk bireyler olarak kabulünün bir sonucu olarak ceza kanununda yer alan “adli bedeni ceza”nın zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğunu ilan ederek çocuk ceza yasalarını uluslararası hukuka uygun hâle getirme çabasına katkıda bulunmuştur.

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasında çocuklara tanınan hakların önemli bir kısmının ekonomik-sosyal haklar olduğu dikkate alındığında, Anayasada ekonomik ve sosyal haklara yer verilmesinin bu hakların talebi konusunda sübjektif bir hakkın tanınmasını gerektirip gerektirmediği tartışmaları konumuz bakımından önemlidir. Anayasada tanınan bu hakların talep edilebilmesi için öncelikle yasa koyucu tarafından yasal düzenlemelere konu edilmesi gerektiği ifade edilmiş; yasa koyucunun sosyal ve ekonomik hakları içeren yasaları hiç yürürlüğe koymaması ya da bu hakları yetersiz olarak tanınması durumunda mahkemelerin Anayasanın uygulamaya aktarılmasını

⁵⁷⁷ *Fraser v Children's Court Pretoria North and Others* (CCT31/96) [1997] ZACC 1; 1997 (2) SA 261 (CC); 1997 (2) BCLR 153 (CC) <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/1.html> (Erişim tarihi: 21.11.2017).

⁵⁷⁸ 1997 (2) SA s. 273 (CC).

⁵⁷⁹ 1997 (2) SA s. 282-84.

sağlamak amacıyla yasama organına direktif verme yetkisinin bulunup bulunmadığı yönünde tartışmalar gündeme gelmiştir. Anayasada kabul edilen sosyal hakların hayata geçirilmesinde Anayasa Mahkemesi’nin çocukların anayasal haklarının yasama aktarılması amacıyla özellikle bu hakların çocukların refahının sağlanması konusunda sahip olduğu önemden hareketle *Fraser v. Children’s Court* davasındaki tutumu gibi aktivist bir tutum çerçevesinde yasama organına direktif verebileceği öğretide ifade edilmektedir⁵⁸⁰.

d. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde

Kıta Avrupası hukuk sisteminde hukukun kaynağı olarak “yasa”nın kabul edilmesi ve yargıcın hukuk yaratmasına ancak yasalarda ve örf ve adet hukukunda boşluk bulunması durumunda izin vermesine rağmen, çocuk hakları hukukunun gelişmekte olan, dinamik bir hukuk olmasının sonucu olarak, bu hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerde de yargı makamları çocuk haklarının tanınmasında ve korunmasında önemli bir rol üstlenmektedirler.

Kıta Avrupası’nda Roma hukukunda geçerli olan çocuğun aile babasının mameleki haklarına dâhil bir varlık olarak görülmesi anlayışının terkedilerek, bireyi merkeze alan ferdiyetçi doğal hukuk öğretisinin etkisiyle çocukların özerk hak sahibi kişiler olarak kabul edilmesi anlayışının uygulamaya aktarılmasında, mahkemelerin etkin bir rol sahibi oldukları değerlendirilebilir.

İlk olarak çocuğun özerk ve haklara ehil kişiler olarak kabul edilmesi yargı makamları önünde usuli işlemler yapabilme ehliyetlerinin (dava ehliyeti) tanınmasını gerektirmiştir. Kıta Avrupa’sında çeşitli ülkelerde mahkemeler, çocuğun dava ehliyetinin tanınması konusunda genişletici yorum yapmışlardır.

⁵⁸⁰ MOSIKATSANA, “Children’s Rights and Family Autonomy in the South African Context”, s. 353.

Örneğin Kıta Avrupası hukuk sisteminin geçerli olduğu Belçika’da çocuğun hak ehliyetinin tam olarak tanınmasının işaretlerini usul hukukunda görmek mümkündür. Belçika’da pek çok sulh yargıcı, ebeveynin bakım ve gözetim yükümlülüğünün bir gereği olarak çocuğun bakım ve gözetim sağlanması konusunda sübjektif bir hakkın sahibi olduğunu kabul etmiştir. Son zamanlara kadar bakım ve gözetim yükümünün ifası talebiyle açılan davalarda bir vasiye ihtiyaç duyulmaktaydı. Ancak artık, sulh yargıçları tarafından hakkın sübjektif niteliğinin bir sonucu olarak küçüğün tek başına dava açabileceği kabul edilmektedir⁵⁸¹. Bu yöndeki kararlar çocuğun öznel ve özerk hak sahibi olarak kabulünün bir göstergesidir. Belçika’da çocuğun haklarını tek başına kullanabilmeye ehil olarak kabul edilmesinin bir diğer işareti, eğitim hakkının kullanımı alanında karşımıza çıkmaktadır. Belçika Danıştay (Coulcil of State), orta öğretim aşamasındaki bir öğrencinin okuldan uzaklaştırılması kararına karşı yasal temsilcisinin başvuruda bulunması şartı aranmaksızın tek başına itiraz başvurusunda bulunma yetkisini kabul etmiştir. Belçika Danıştay’ın bu kararının, çocuğun idare hukuku alanında işlem ehliyetinin tanınması anlamına geldiği değerlendirilebilir⁵⁸². Yine Belçika’da boşanma davalarında hâkime çocuğun görüşünü alması yükümlülüğü getiren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen aile mahkemesi yargıçlarının gittikçe artan oranda boşanma davalarında çocuğun görüşünün dikkate aldığını gösteren davalarla karşılaşmaktadır⁵⁸³. Benzer biçimde Belçika Kamu Refahı Konseyi (Council of The Public Welfare Centre) sosyal güvenlik alanına ilişkin hakların talebi konusunda çocuğun ihtiyaç içinde olması nedeniyle yasal temsilcisinin sosyal güvenlik işleri ile ilgili kamu kurumuna çocuk adına başvuruda bulunmaması durumunda, çocuğun sosyal güvenlik hakkının ifası talebiyle bağımsız olarak ilgili kamu kurumlarına başvuruda bulunabilmesi

⁵⁸¹ VERHELLEN, “Changes in the Images of the Child”, s. 85, 89.

⁵⁸² VERHELLEN, “Changes in the Images of the Child”, s. 88.

⁵⁸³ VERHELLEN, “Changes in the Images of the Child”, s. 89.

konusunda çocuğun gelişen kapasitesi ile orantılı olarak yasal işlem ehliyetinin tanınması yönünde karar almıştır⁵⁸⁴.

Hollanda’da da benzer biçimde, kişisel özgürlük ve güvenlik hakkının, babası tarafından ihlal edildiğini ileri süren bir kız çocuğunun tek başına velisinin katılımı olmaksızın yapmış olduğu başvuru, Amsterdam Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Davada çocuğun rüşt yaşına ulaşmamış olması dava açma ehliyetine engel olarak görülmemiş, olayda temyiz gücüne sahip olduğu değerlendirilerek çocuğun kişisel olarak tek başına davayı takip etmeye yetkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁵⁸⁵.

Almanya’da özellikle mülkiyet hukuku, velayet hukuku ve çocuğun bakım ve gözetilmesi yükümlülüğü gibi çocuğun menfaatleri ile ana-babanın menfaatlerinin ayrı olarak ele alınabildiği durumlarda Medeni Kanun, çocuğa ayrı bir yasal temsilci atanması olanağını kabul etmekteydi. Buna ek olarak Alman Anayasa Mahkemesi, 1984 yılında verdiği bir kararında ana baba ile çocuğun menfaatleri arasında bir uyumsuzluk bulunduğu durumlarda çocuğa ayrı bir yasal temsilci atanmasının anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir⁵⁸⁶. Mahkeme başka bir kararında Anayasa Mahkemesi önündeki uyuşmazlıklarda da ebeveyn ile çocuğun menfaatleri arasında çatışma bulunan durumlarda çocuk için vasi atanmasını hukuka uygun bulmuştur. Ayrıca Mahkeme çocuğun menfaati ile ana babanın menfaatinin çeliştiği durumlara ilişkin uyuşmazlıkları çözmekle yetkili mahkemeler tarafından da çocuk için bir yasal temsilci atanmasının davanın görülmeye başlanmasından önce ele alınması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁸⁷. Alman Anayasa Mahkemesi kişinin temel anayasal hakkının ihlali iddiasına dayanan talepleri önemli ölçüde kabul etmekte ve “kişinin anayasal temel hakkı” korumasının kapsamını,

⁵⁸⁴ VERHELLEN, “Changes in the Images of the Child”, s. 88.

⁵⁸⁵ VERHELLEN, “Changes in the Images of the Child”, s. 90.

⁵⁸⁶ BVerfGE 72, 122’den aktaran SALGO, “Child Protection in Germany”, s. 270.

⁵⁸⁷ BVerfGE 75, 201 ve BVerfGE 79, 51’den aktaran SALGO, “Child Protection in Germany”, s. 270.

çocuğun korunması taleplerine dayanan anayasal hak ihlalleri iddialarını kapsayacak biçimde ele almaktadır⁵⁸⁸. Ayrıca Mahkeme, çocuk ile ana baba arasındaki menfaat uyumsuzluklarında “çocuğun yüksek yararı” ilkesinin öncelikle göz önüne alınmasını, özellikle çocuğun ailesinden alınarak başka bir aile yanına yerleştirilmesi kararları ile çocuğun yetiştirilmesi konusunda ebeveyn haklarına yönelik devlet müdahalesinin sınırları konusunda “çocuğun yüksek yararı ilkesi”nin göz önünde bulundurulmasını, çocuğun anayasal temel hakkının korunması bakımından bir zorunluluk olarak görmektedir.

Alman Yüksek Mahkemesi, okullarda derslerin başlangıcında dua yapılması uygulamasını, duaya katılmayı reddeden öğrencilerin ayrımcılık içeren muameleye maruz kalmayacakları gerekçesi ile Anayasal haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir⁵⁸⁹.

İki çocuk babası bir kişinin evlilik dışı ilişkisinden olan çocuğu ile Medeni Kanun’da tanınan “her çocuğun ana babası ile ilişki kurma hakkı”na ilişkin hükmüne dayanarak evlilik dışı çocuğun annesi tarafından, babaya açılan “çocuk ile ilişki kurmaya zorlanması” konulu dava, mahkemenin çatışan menfaatleri “çocuğun yararı” ilkesini göz önünde bulundurarak dengelediğini göstermesi bakımından önemlidir. Davada babanın evlilik dışı çocuğu ile ilişki kurmasının, evliliği üzerinde olumsuz etkileri olacağı itirazını ileri sürmesi üzerine Hukuk Mahkemesi, babanın çocuk ile ilişki kurmasının zorluklarını kabul etmekle birlikte uzman psikolog görüşüne dayanarak her üç ayda bir, baba ile çocuğun görüşmelerine ve babanın bu zorunluluğa uymaması durumunda çok ağır bir ceza ile cezalandırılmasına hükmetmiştir. Uyuşmazlığın babanın anayasal haklarını ihlal

⁵⁸⁸ SALGO, “Child Protection in Germany”, s. 277.

⁵⁸⁹ School Prayer, BVerfGE 52, 223. Bkz. Jürgen BRÖHMER – Clauspeter HILL – Marc SPITZKATZ (eds.), **60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights**, 2. Baskı, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2012, Berlin, s. 287.

ettiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi üzerine Mahkeme, Hukuk Mahkemesi'nin kararını Anayasaya aykırı bulmuştur⁵⁹⁰. Anayasa Mahkemesi kararını, babanın Alman Temel Yasası'nda (Basic Law) yer alan çocuğu ile ilişki kurma yükümüne karşı, aynı kanunun ailenin korunmasını güvenceye bağlayan hükmü karşısında çatışan menfaatlerin dengelenmesi gerektiği itirazı üzerine, burada üstünlük tanınması gereken menfaatin çocuğun menfaatine hizmet etmesi şartıyla, ana babası ile ilişki kurma hakkını güvence altına alan menfaat olduğunu, bununla birlikte çocuğu ile ilişki kurmak istemeyen babanın çocuğu ile görüşmeye zorlanmasının çocuğun menfaatlerini korumaya hizmet edip etmeyeceğine karar verilmesi gerektiğini, çocuğu ile ilişki kurmak istemeyen babanın ilişkiye zorlanmasının çocuğun menfaatlerine hizmet etmek yerine zarar vereceğinin olası olduğunu değerlendirerek, babaya çocuk ile ilişki yükümlülüğü getirilmesini Anayasaya aykırı bulmuştur. Görüldüğü üzere Mahkeme kararında, çocuğun menfaatine en uygun olan çözüm ilkesine dayanarak sonuca ulaşmıştır.

e. Türkiye'de İctihat Yoluyla Tanıma

Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasada herkese koruma sağlayan temel haklara ilişkin güvence ve anayasal ilkeleri, çocukların haklarını korumaya hizmet edecek biçimde yorumlamış ve uygulamıştır. Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı, çocukların haklarının ihlali iddialarını konu alan başvuruları da kapsamaktadır. Anayasada ve AİHS'de açıkça çocuklara özgü bir hakka yer verilmezken Mahkeme, anayasal hakkının ihlali iddiasına dayanan talepleri önemli ölçüde kabul etmekte ve anayasal hakların korumasının kapsamını, çocuğun korunması taleplerine dayanan anayasal hak ihlalleri iddialarını

⁵⁹⁰ Parental Duty of Contact, BVerfGE 121, 69. Bkz. BRÖHMER – HILL –SPITZKATZ (eds.), **60 Years German Basic Law**, s. 496-508.

kapsayacak biçimde ele almaktadır. Bu yaklaşımı Alman Anayasa Mahkemesi'nin “kişinin anayasal temel hakkı” korumasının kapsamını, çocuğun korunması taleplerine dayanan anayasal hak ihlalleri iddialarını kapsayacak biçimde ele almasıyla paralellik göstermektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, çocuğun haklarına ilişkin ilk kararlarında çocukların nesep yönünden ayrımcılığa maruz kalmalarına yol açan yasal düzenlemeleri iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocukların haklarını incelediği ilk kararında önceki tarihli Medeni Kanun'un 310'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialehy evli ise; hâkim, babalığa hükmedemez*” kuralını iptal etmiştir⁵⁹¹. Mahkeme kararında “Anayasa'nın 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” hükmü gereği, her kişinin salt insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendisinin dahi vazgeçemeyeceği kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu, çocuğun evlilik dışı dünyaya gelse bile bir “kişi” olması nedeniyle, “herkes” sözcüğünün kapsamı içinde olduğunu, “*ana-babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek*” gibi hakların çocuğun kişiliğine bağlı temel haklar olduğunu, 10'uncu maddenin ikinci fıkrasındaki ‘*Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar*’ biçimindeki hükümle Devletin, kişinin maddi ve manevi gelişimi için gerekli koşulları hazırlamakla, temel hak ve özgürlükleri, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak biçimde sınırlayan engelleri kaldırmakla

⁵⁹¹ Anayasa Mahkemesinin 21.5.1981 tarihli ve E:1980/29, K:1981/22 sayılı kararı.

görevlendirildiğini” ifade ederek, evlilik birliği dışında doğan çocuklara ayrı kurallar uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu kabul etmiştir. Mahkemenin bu kararı, çocuğun “kişi” olarak değerinin kabul edilmesi ve çocuğun kişiliğine bağlı haklara sahip ve bu hakların vazgeçilemez nitelikte olduğunun kabul edilmesi yaklaşımını benimsediğini göstermesi bakımından önemlidir. Kararın, çocuğun anayasal hakların korunmasına ehil ve kişiliklerine değer atfedilen bireyler olarak kabul edilmesi anlayışı ile uyumlu olduğu ifade edilmelidir. Kararda ayrıca çocuğun kişiliğini geliştirme hakkına sahip olduğu açıkça ifade edilmektedir. Kişiliği geliştirme hakkının, özellikle çocukluk döneminde sahip olduğu önem dikkate alındığında Mahkemenin kararı çocuğun yalnızca korunması gereken varlıklar olarak görülmeyip bir “kişi olarak değerini” ve “gelişimlerini” desteklemeyi amaçlayan haklarının kabul edilmesi bakımından da önemlidir.

Anayasa Mahkemesi 11.9.1987 tarihli, E. 1987/1, K.1987/18 sayılı kararı ile nesebi düzgün olmayan çocukların mirasta nesebi düzgün çocuklar gibi tam pay almasını engelleyen kanun hükmünü iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme’nin bu kararı da temelde eşitlik ilkesine dayandırılmıştır. İtiraz konusu hüküm Anayasa’nın kişilerin arasında haklı bir nedene dayanmadan ayırım yapılmasını yasaklayan 10’uncu maddesine aykırı görülmüştür. Anayasa Mahkemesinin bu kararları, çocuğun hak öznesi olarak kabul edildiğinin ve tıpkı yetişkinler gibi çocukların da dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olmaları ilkesine uygun kararlardır⁵⁹².

Anayasa Mahkemesi E. 1990/15 K. 1991/5 sayılı ve 28.2.1991 tarihli kararında önceki tarihli Medeni Kanun’un 292’nci maddesini iptal ederken evlilik içinde ve dışında doğan çocuklar arasında fark gözetmeden çocuğun kimliğinin korunması üzerindeki

⁵⁹² Tekin AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 13, Ankara, 1995, s. 42.

hakkını ve kişiliğini özgürce geliştirme hakkını vurgulamıştır. “Anayasamızın 12’nci maddesinin 1’inci fıkrasındaki kural ile herkesin yalnız insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendinin dahi vazgeçemeyeceği temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirlenmiştir. Kişilik doğumla başlayıp ölümle sona ereceğine göre kendi ana-babasını seçme olanağı bulunmayan çocuk, evlilik dışı dünyaya gelse bile Anayasanın sözü edilen bu maddesindeki ‘herkes’ sözcüğünün kapsamı içindedir. Çocuğun ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi hakları çocuğun kişiliğine bağlı temel haklardır. ... Anayasa, ailenin yanı sıra evlilik dışında doğan çocukların da korunmasını devlete bir ödev olarak yüklemiş bulunmaktadır. Medeni Yasanın düzenlenmesine göre, evlilik dışı çocuğun durumu evlilik içi çocuğa göre elverişsizdir. Bu durum bireyin insan olmaktan doğan kişiliğini özgürce geliştirme temel hakkıyla bağdaşmaz. Medeni Yasanın koyduğu yasak Anayasa ile bağdaşmaz.” Mahkemenin bu kararında çocuklar arasında fark gözetmeden çocuğun kimliğinin korunması üzerindeki hakkını ve kişiliğini özgürce geliştirme hakkını vurgulamış olması, Mahkemenin çocuğun korunmasını esas alan koruyucu haklar anlayışını geride bırakarak çocuğun kişi olarak değerini ve gelişimini desteklemeyi amaçlayan hakların tanınması anlayışını benimsediği biçiminde yorumlanabilir.

Türk hukukunda aile içinde kadınların, erkeklerin iradesine tabi olmalarına zemin oluşturan hukuk normları, çocuğun haklarını da etkilemektedir. Süreç içinde kadının mutlak biçimde kocasının soyadına tabi olmasına dair kural, ulusal-ulusal üstü yargı makamlarının kararlarına konu edilmiş ve bu hükümlerin anayasa ve ulusal üstü insan hakları normları ile uyumlu olmadığına dair kararlar verilmiştir⁵⁹³. Çocuğun soyadının

⁵⁹³ Kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin eşitlik ilkesi ile uyumu hakkında bkz: Merih ÖDEN – Selin ESEN, “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt II**, Ankara Üniversitesi Yayınları No. 391, Ankara, 2013, ss. 817-837.

babaya tabi olması kuralı da evlilik birliği dışında doğan çocuklar ile boşanma sonrası velayetleri annelerine verilen çocuklar bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağını belirten 2525 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi, kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olup olmamaları bakımından değerlendirilmiştir. Uluslararası sözleşme hükümlerine de atıf yapılarak, eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları ifade edilerek erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının, kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle, Anayasa'nın 10'uncu ve 41'inci maddelerine dayanılarak iptal edilmiştir⁵⁹⁴.

Mahkemenin bu yöndeki kararları, kadın ve erkeğin velayet haklarının kullanımında eşit statüde kabul edilmesi bakımından önemli olmakla birlikte, çocuğun soyadının velayet hakkına sahip annenin talebi üzerine değiştirilmesinde çocuğun yararının gereklerine uygun olup olmadığını değerlendirme zorunluluğuna atıf yapılmaması, çocuğun ana ve babasının menfaatlerinden ve haklarından ayrı menfaat ve haklara sahip olabilen bağımsız bir özne olduğu ilkesi ile çelişmektedir. Her somut olayda çocuğun yeni soyadını taşımadaki menfaatinin, eski soyadını taşımasındaki menfaati ile karşılaştırılması ve çocuğun yüksek yararına en uygun kararın verilmesi, çocuğun ebeveyninden ayrı bir kişiliğe sahip olması ve kendi kişiliğine bağlı haklarının bağımsız olarak korunması gereğinin bir sonucu olarak değerlendirilmelidir. Çocuğun menfaatinin belirlenmesinde ayrıca soyadının devamlılığı ilkesi ile çocuğun korunması ilkesinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin evlilik dışı çocukların

⁵⁹⁴ AYM, E: 2010/119, K: 2011/165, k.t. 8/12/2011.

soyadına ilişkin olarak vermiş olduğu 2009 tarihli karara ilişkin karşı oy yazısında ifade edildiği üzere “*soyadı konusunda daha fazla korunması gereken menfaat, evlilik dışı çocuk sahibi olan babadan ziyade, çocuğun ve ananın menfaatidir*”⁵⁹⁵.”

Anayasa Mahkemesinin çocuk haklarına ilişkin olan bir dizi kararı Türk Ceza Kanunun “çocukların cinsel istismarını” düzenleyen hükmüne ilişkindir⁵⁹⁶. Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin kararında “Onsekiz yaşından küçük sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğuna” ilişkin itiraz üzerine hükmü, “*somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip*” olduğu gerekçesiyle iptal etmesi, kamuoyunda ciddi tartışmalara yol açmıştır. Çocukların cinsel dokunulmazlıklarını korumayı amaçlayan Ceza Kanunu’nun ilgili hükmünün; on beş yaşından küçük iki çocuğun eylemi ile ihlal edilmiş olması durumunda, eylemlerine atfedilen hukuki değerin, Kanun koyucunun nazarında kız çocuklarının toplum içinde cinsel dokunulmazlık hakları bakımından daha kırılgan konumları dikkate alınarak, kız ve erkek çocuk bakımından farklı değerlendirildiği görülmektedir⁵⁹⁷.

Kararın gerekçesinde dayandırılan hususların yerindelik denetimi yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle eleştiriyi hak ettiği konusu bir kenara bırakılarak şu hususlara dikkat çekilebilir: İlk olarak, Mahkemenin cinsel özgürlük-dokunulmazlık haklarının kullanılması bakımından çocuğun gelişen kapasitesine hangi durumlarda ne ölçüde değer

⁵⁹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin E. 2005/114, K. 2009/105 sayılı, 2.7.2009 tarihli karara ilişkin Üye Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oy yazısı.

⁵⁹⁶ AYM, E: 2015/26, K: 2015/100, k.t. 12/11/2015; AYM, E: 2015/108, K: 2016/46, k.t. 26/5/2016 .

⁵⁹⁷ Osman Alifeyyaz PAKSÜT karşı oy yazısında “cinsel bir suç olan iptali istenen kurala, suça sürüklenen çocuk yönünden de bakılması gerektiğini vurgulayarak, Anayasanın hukuk devleti ilkesine ve cezaların ıslah edici olması gereğine dair evrensel ilkelere ters düşen kuralın iptaline karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2015 tarihli ve E: 2015/26, K: 2015/100 sayılı kararı.

atfedileceği ilkesini göz önünde bulundurması, Anayasa'nın 90'ıncı maddesi ile Mahkeme'nin ulusalüstü normları ölçü norm ya da destek ölçü norm olarak kabul eden içtihadının⁵⁹⁸ bir gereğidir. İkinci olarak, cinsel dokunulmazlığın korunmasında kız çocukları ile erkek çocukları bakımından farklı koruma önlemleri belirlenmesinin, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediğinin irdelenmesi beklenirdi. Eşitlik ilkesi bakımından incelemede, “kız çocukları ile erkek çocukları bakımından farklı koruma önlemleri belirlenmesine olanak veren bir düzenlemeye hiç yer verilmemesinin, aynı konumda olanların farklı hukuka tabi olmasına olanak veren haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı” hususunun ortaya konması bir zorunluluktur. Bu irdeleme, cinsel dokunulmazlık alanına yönelik tehditlerin özellikle kız çocuklarının daha etkin korunmalarını gerektiren dezavantajlı statülerinin de dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle kız çocukları ile erkek çocuklar bakımından farklı düzenlemeye gidilmesinin, eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği değerlendirilirken, özellikle cinsel dokunulmazlığa yönelik ihlallerin bir cinsin mağduriyetinin artmasına yol açan geleneksel kabullerin egemen olduğu toplumlarda, söz konusu cinsin, cinsel özgürlüğünü korumak amacıyla farklı cezai müeyyideler öngörülmesinin, farklı konumda olanlar bakımından farklı düzenlemelere gidilmesinin eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceğinin de göz önünde bulundurulması önerilebilir⁵⁹⁹.

Bireysel başvuru hakkının tanınmasından sonra da Mahkeme, AİHS’de ve anayasada düzenlenen haklardan hareketle çocuk haklarını korumaktadır. Mahkeme, Anayasanın 41’inci maddesinde düzenlenen çocuğun “korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek

⁵⁹⁸ Mahkeme, elbette ki önceki içtihadından ayrılabilir. Ancak hukuki belirlilik ilkesinin bir gereği olarak önceki içtihadını terk etmesinin gerekçesini kararında ifade etmesi beklenir. Kaldı ki bu kararda Mahkeme, “çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler”e atıf yapmakta ve ölçü norm olarak göz önünde bulundurduğunu ifade etmektedir.

⁵⁹⁹ Çocuklar arasındaki cinsel eylemler hususunda, çatışan menfaatlerin dengelenmesi konusunda çözüm önerileri için bkz: Fahri Gökçen TANER, “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına Ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 124, 2016, ss. 221-246, s. 235.

yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı”nı aile ve özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde ele alıp korumaktadır.

C. Ulusalüstü Tanıma

Uluslararası hukuk devletlerarasındaki ilişkileri düzenlemeyi konu alan bir hukuk dalı olmasına rağmen uluslararası insan hakları kuralları ile kurulan sistemin aynı zamanda bireylerin hukuki durumları üzerinde etkili olduğu tartışmasızdır. Günümüzde devlet karşısında bireylerin hukuki statüleri, uluslararası hukukun ilgilendiği konulardan biri hâline gelmiştir⁶⁰⁰. Özellikle ulusalüstü insan hakları hukuku, XX’nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren devletlerin birey üzerindeki otoritesinin sınırlandırılması ile ilgilenmektedir. Uluslararası hukuk aracılığıyla insan haklarının tanınması ve uygulanmasının yaptırıma bağlanması konusundaki çabalar, devletlerin bireyin temel ihtiyaçlarını “hak” olarak tanıyarak ahlaki ve siyasi yükümlülük altına girmeleri ile sonuçlanmıştır⁶⁰¹. Bu anlamda XX’nci yüzyılın başlarından itibaren çocuk haklarına dair uluslararası hukuk normlarının gelişimi, uluslararası insan hakları hukuku normlarının gelişimi ile paralellik göstermektedir.

Diğer yandan zaman içinde insan hakları alanında kaydedilen gelişmelerin, “insan”ın temel bir değer olarak kabul edilmesi yaklaşımı ile birlikte teknoloji ve bilim alanındaki ilerlemelerle yıkıcı etkileri daha şiddetli olan büyük savaşların, doğal afetlerin çocuğa yönelik tehditlerin ulusalüstü boyut kazanması ve uluslararası işbirliğini gerektirmesi, uluslararası toplumun çocuğa yaklaşımında değişimi beraberinde getirmiştir. Nitekim çocuğa yönelik ihmal ve istismarın sınır aşan hukuki sorunlar olarak gündeme gelmesi, uluslararası toplumu çocuk ve çocuk hakları alanında çalışmalar

⁶⁰⁰ Jost DELBRUCK, “International Protection of Human Rights and State Sovereignty,” **Indiana Law Journal**, Vol. 57, Issue 4, 1982, ss. 567-578, s. 567.

⁶⁰¹ Frances STEWART, “Basic Needs Strategies, Human Rights, And The Right To Development”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 11, No. 3, 1989, ss. 347-374, s. 347.

yürütmeye sevk etmiştir. Uluslararası toplum, hem küresel hem de bölgesel düzeyde çocuk hakları ile ilgilenmiş, bunun yanında her iki düzlemde doğrudan çocukların haklarına özgülenmiş metinler yanında, genel insan hakları belgelerinde de çocukların haklarına ilişkin hükümlere yer vermiştir. Bunlardan küresel düzlemde olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin daha çok kamusal hukuk ve insan hakları hukuku bağlamında çocuğu ele aldığı, Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı çerçevesinde kabul edilen sözleşmelerin ise özel hukuk alanında çocuğun korunmasına ilişkin hükümler getirdiği, ILO çerçevesinde ise çocukların çalışma ilişkileri bağlamında korunmasının amaçlandığı görülmektedir.

Ulusal hukuklarda çocuğun haklarının tanınmasının genel insan haklarının tanınmasının ardından gündeme gelmesine benzer biçimde uluslararası hukukta da çocuğun haklarının korunmasına yönelik girişimlerin ortaya çıkması için zaman geçmesi gerekmiştir. İnsan haklarını korumayı amaçlayan sözleşmelerde dolaylı olarak çocukların haklarını da koruyan hükümler XIX'uncu yüzyılın sonlarında ve XX'nci yüzyılın başlarında belirmeye başlamıştır. Aslından insan hakları ile ilgili birçok sözleşme ve bildirgenin kabulünden önce uluslararası toplum çocukların korunmasına yönelik çalışmalarda bulunmuştur. Bu amaçla Milletler Cemiyeti bünyesinde, özellikle ailesini kaybetmiş ve savaş sonrası evsiz kalmış çocuklara yardım ve koruma çalışmaları yapılmış, 1919 yılında Çocuk Koruma Komitesi kurulmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası toplumun insan haklarının korunmasına yönelik çabalarının artması ve savaşlardan en çok etkilenen gruplardan birinin çocuklar olduğunun görülmesi üzerine ulusalüstü düzlemde çocuğun haklarının tanınması yönünde adımlar atılmıştır.

Dolayısıyla ulusalüstü hukukta da, çocuğun korunmasını amaçlayan haklar, çocuğun özerk bir hak öznesi olarak kabulü anlamına gelen haklardan tarihsel olarak önce ortaya çıkmıştır.

1. Genel İnsan Hakları Sözleşmelerinde Çocuk Hakları

Birinci Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan ve İkinci Dünya Savaşının çıkmasına neden olan, totaliter rejimlerin en yüksek varlık olarak devleti kabul edip, insan haklarını ihlal etmeleri karşısında, 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kişinin korunmasına yönelik uluslararası sözleşmelerin öncülerindendir. Bu belgeler doğrudan çocuklara özgülenmemekle birlikte 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile çocukları da kapsayan tüm insanlara uygulanacak bir insan hakları kataloğu ilan edilmiştir. Bildirge’de 1924 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesinde de var olan annelik ve çocukluk döneminde özel bakım ve yardım hakkı (m. 25) ve eğitim hakkını (m.26) düzenleyen iki madde doğrudan çocukların hakları ile ilgilidir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde tanınan özel bakım ve yardımdan yararlanma hakkı, 1924 Çocuk Hakları Bildirgesinde benimsenen yaklaşımın tekrarı niteliğindedir. Bildirgenin 26’ncı maddesinde düzenlenen eğitim hakkına ilişkin hüküm eğitime erişim hakkı yanında eğitimin amaçlarını da düzenlemektedir.

1966 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, hükümlerinin tüm kadın ve erkeklere uygulanılacağını hükmü altına alması nedeniyle çocukları da kapsamaktadır. Sözleşme’nin 10 ve 12’nci maddeleri özel olarak çocuklarla ilgilidir. 10’uncu madde aileyi toplumun doğal ve temel birimi olarak tanımlamakta, bu niteliğinin bir gereği olarak aileye en geniş koruma sağlanması ve yardımın yapılması gerektiğini ifade etmekte ve çocukların korunmasını devletlere bir sorumluluk olarak yüklemektedir. 10’uncu maddenin üçüncü fıkrası ise evlilik birliği dışında doğmuş olma ya da diğer herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın tüm çocukların bakım ve yardım görme hakkını tanımaktadır. Sözleşme’nin 12’nci maddesi herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarına sahip olma hakkını düzenlerken “ölü doğum ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak” konusunda doğrudan çocuk haklarına özgülenmiş bir

hükme yer vermiştir. 13'üncü madde, ilköğretimin herkes için zorunlu ve parasız olmasını da içeren eğitim hakkını düzenlemiştir. Bireyin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesini, medeni ve siyasal haklarını kullanabilmesinin birinci aracı olarak tanımlayan Sözleşme (md. 2-1), taraf devletlere Sözleşme'de garanti altına alınan hakları derhal ve mali olanaklarından bağımsız olarak gerçekleştirme yükümü getiren Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde benimsenen yaklaşımdan farklı olarak devletleri, ekonomik kaynaklarının olanak tanıdığı ölçüde sorumlu tutmaktadır⁶⁰².

Çocuklara uygulanabilecek hükümlere yer veren bir diğer sözleşme, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'dir. 1966 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi⁶⁰³, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ni tamamlamaktadır. Çocukların Sözleşme'de düzenlenen tüm hakların sahibi olduğu kabul edilmektedir⁶⁰⁴. Aynı zamanda Sözleşme'de doğrudan çocukların haklarını konu alan hükümler de bulunmaktadır. Bu hükümler adalet sisteminde çocuğun hakları (14. md. 1 ve 3. fıkralar), ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğu ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahip olduğunu (md. 23) düzenlemektedir. 18'inci madde ebeveynlerin çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerini garanti altına almaktadır. 24'üncü madde ise doğrudan çocuklarla ilgilidir. Madde, her çocuğun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın ailesi, içinde yaşadığı toplum ve Devlet tarafından, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerinden yararlanma hakkı,

⁶⁰² Ekonomik, sosyal, kültürel haklar ile medeni ve siyasal haklar arasındaki ilişki için bkz: BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 381.

⁶⁰³ BM Genel Kurulu'nun 2200 A (XXI) sayılı kararı uyarınca 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan Sözleşme 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. 4.6.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Sözleşme Bakanlar Kurulunca 7.7.2003 tarihinde onaylanmış, 25175 sayılı 21.7.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁶⁰⁴ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 42.

doğumundan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydedilme, bir isme sahip olma ve vatandaşlık hakkını tanımaktadır.

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen bu sözleşmeler yanında, Avrupa Konseyi, Amerikan Devlet Organizasyonu ve Afrikan Birliği Organizasyonu tarafından kabul edilen bölgesel insan hakları belgelerinde de çocuğun haklarını tanıyan hükümlere yer verilmiştir.

2. Bölgesel İnsan Hakları Sözleşmelerinde Çocuk Hakları

Denetleme ve uygulama mekanizmasına sahip olan ilk uluslararası sözleşme niteliğine sahip, insan haklarının bölgesel düzlemde korumayı amaçlayan ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, çocuklar için de haklar tanıyan bir belgedir. Sözleşme “herkes” kavramını benimsediği için çocuklar da kendi adlarına ya da anne babaları ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunabilmektedir⁶⁰⁵. Sözleşme’nin 5’inci maddesinde özgürlükleri sınırlandırılmış çocuklara hukuk dışı muamele yasağı, 6’ncı maddesinde adil yargılanma hakkıyla ilgili olarak çocuklara yönelik hükümler yer almaktadır. Ayrıca çocuğun yararının gerektirdiği durumlarda, yargılamanın gizliliği kararı verilmesi de çocuklar bakımından bir hak olarak tanınmıştır.

1961’de imzalanan Avrupa Sosyal Şartı’nın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ekonomik ve sosyal haklar açısından tamamlayıcı olması amaçlanmıştır⁶⁰⁶. Şart’ta çocukların haklarına yönelik hükümlere de yer verilmiştir. Şart’ın giriş niteliğindeki ilk bölümünün 7’nci maddesine göre “*çocuklar ve gençler uğrayacakları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel koruma hakkına sahiptir.*” 8’inci maddede ise çalışan annelerin özel

⁶⁰⁵ BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 22.

⁶⁰⁶ BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 22. Avrupa Sosyal Şartı’nın 27/9/2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunması üzerine Bakanlar Kurulu’nca onanması 22/3/2007 tarihinde kararlaştırılmıştır.

olarak korunma hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. 17'nci maddede “*çocuklar ve gençlerin uygun sosyal, hukuksal ve ekonomik korunma hakkına*” sahip oldukları hüküm altına alınmıştır. Şart'ın ailenin ve çocuğun korunmasına dair iki farklı hükümde düzenleme yoluna gitmesi, çocuğun aileden bağımsız olarak korunması anlayışının ulusalüstü hukukta da benimsendiği, böylece çocuğun başlı başına özerk bir hak öznesi olarak kabul edildiği biçiminde yorumlanmaya elverişlidir. Şart bu yaklaşımı ile gerek ulusal gerekse ulusalüstü hukuk önünde çocuğa yönelik ikincil statüyü haklı kılan anlayışın dönüşmeye başlamasının işareti olarak değerlendirilmeyi hak etmektedir.

Avrupa Konseyi tarafından çocuk hakları ile ilgili olarak kabul edilen diğer iki sözleşme; yargısal süreçler çerçevesinde çocukların görüşlerini ifade etme hakkını düzenleyen Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'dir⁶⁰⁷. 3'üncü maddesinde, Sözleşme'nin özellikle çocukların velayetinin ebeveynlerden birine verilmesi ve çocuklarla şahsi ilişki kurulması gibi davalarda uygulanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 1'inci maddesinin dördüncü paragrafı uyarınca tanınan seçimlik yetki çerçevesinde, Sözleşme'nin boşanma davaları, ayrılık davaları, çocukların velayetine ilişkin davalar, ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması, babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda uygulanacağı beyanında bulunmuştur.

Diğer bir sözleşme ise 25.10.2007 tarihli Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'dir⁶⁰⁸. Sözleşme, cinsel sömürü ve cinsel istismar oluşturan davranışları 18-23'üncü maddelerde tanımlamaktadır. Bu

⁶⁰⁷ Türkiye Sözleşmeyi 9 Haziran 1999 tarihinde imzalamış ve 18 Ocak 2001 tarihinde onaylamıştır. 4620 Sayılı Onaylanmasını uygun bulma Kanunu 1 Şubat 2001 gün ve 24305 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁶⁰⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti adına 25/10/2007 tarihinde Lanzarote'de imzalanan, 25/11/2010 tarih ve 6084 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi”nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu'nca 18/7/2011 tarihinde kararlaştırılmıştır. Karar Numarası: 2011/2060 Karar Tarihi: 18.07.2011, Resmi Gazete Tarihi: 10.09.2011, Resmi Gazete Sayısı: 28050. Sözleşme'nin yürürlük tarihi 01/04/2012'dir.

sözleşme ile ilk kez bir ulusalüstü belge, cinsel istismar suçunu tanımlamakta ve cinsel istismarı suç saymaktadır. Sözleşme devletlere, çocuklara yönelik cinsel sömürü ve istismara karşı; önleyici, koruyucu, iyileştirici tedbirler alma yükümü getirmektedir. Önleyici tedbirler; çocuklarla temas hâlinde çalışan kimselerin incelenmesi, eğitilmesi; çocukların cinsel sömürü ve cinsel istismar konusunda ve kendilerini bunlardan nasıl koruyacakları konusunda bilinçlendirilmesi; çocuklara karşı cinsel suçları önlemek amacıyla, hem suçlular hem de muhtemel suçlularla ilgili etkin tedbirlerin alınması ve bunların düzenli aralıklarla izlenmesini içermektedir. Koruyucu tedbirler alınması, mağdurları ve ailelerini desteklemeye yönelik programlar geliştirilmesi, iyileştirici yardım ve acil psikolojik destek sağlayacak bir düzen kurulması; cinsel sömürü ve cinsel istismar şüphesi bulunan durumların bildirilmesinin teşvik edilmesi; danışmanlık hizmeti verecek, telefon ve internet acil yardım hatlarının tesis edilmesi, ceza hukukunda yasal olarak çocuklara yönelik cinsel içerikli eylemlerin ceza gerektiren suç olarak düzenlenmesi; başta internet olmak üzere yeni teknolojiler kullanılarak çocuklara cinsel açıdan zarar verecek davranışların suç olarak kabul edilmesi; etkili, orantılı ve caydırıcı bir ceza sistemi oluşturulmasına yönelik açık ve net ortak ölçütler geliştirilmesi; çocuklara karşı işledikleri cinsel suçtan dolayı hüküm giymiş suçlular hakkındaki verilerin toplanıp saklanması, soruşturma ve yargılamaya ilişkin çocuk dostu usuller geliştirilerek, çocuk mağdurların yargı işlemleri süresince iyi korunması ve yaşamış oldukları sarsıntının daha da ağırlaşmasına izin verilmemesi; çocuk mağdurların mahremiyetinin, kimliğinin ve saygınlığının korunması; çocukların ve ailelerinin haklarına saygı gösterilerek çocuk mağdurların ihtiyaçlarına uygun tedbirlerin alınması; çocuk mağdurlarla yapılan görüşmelerin sayıca sınırlı tutulması; bu görüşmelerin güven verici ortamlarda, bu amaca yönelik eğitilmiş profesyonel kişilerce yapılması hükme bağlanmıştır. Ayrıca Sözleşme'nin yerel, bölgesel, ulusal ve uluslararası her düzeyde

uygulanmasının izlenmesine imkân sağlanması amacıyla bir de izleme mekanizması (Lanzarote Komitesi) kurulmuştur.

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen çocukların haklarına ilişkin belgelerden de söz etmek mümkündür. 20.10.1997 tarihli Çocukların Muhafaza Altına Alınmasına İlişkin Kararların İnfazı ve Tanınmasına ve Çocukların Muhafaza Altına Alınmasının Telafisine Dair Avrupa Sözleşmesi⁶⁰⁹, 15.5.2003 tarihli Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi⁶¹⁰ de çocukların haklarına özgülenmiş Avrupa Konseyi belgeleridir.

Çocukların haklarının tanınması ve korunmasını amaçlayan bir diğer bölgesel sözleşme Amerikan Devletleri Organizasyonu tarafından kabul edilen ve sözleşmeyi imzalamış olup olmadığına bakılmaksızın Organizasyona üye tüm devletler için bağlayıcı olduğu hüküm altına alınan 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi'dir. Bildirge "Tüm insanlar" ifadesiyle herkesi kapsamına almış, ayrıca 7'nci maddesinde tüm çocukların özel koruma, bakım ve yardım hakkına sahip olduklarını düzenlemiştir. Bildirge'de çocuğun bakım ve gözetiminin ana babanın sorumluluğunda olduğu kabul edilmekle birlikte çocukların da ebeveynlerine saygı gösterme ve ihtiyaç duyduklarında ana babalarına yardım etme ve desteklemekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Sözleşme, çocukların hakları yanında sorumluluklarının bulunduğunu kabul etmesi bakımından Birleşmiş Milletler'in çocuk haklarına ilişkin belgelerinden farklı bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Çocukların bireysel gelişimlerine ve kendi öz saygılarının oluşmasına önemli katkısı olacak, "çocuğun sorumlulukları"nın bulunduğu kabul edilmesi, önemli bir yaklaşım farkına işaret etmektedir.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (1981), çok daha yakın tarihli diğer bir ulusalüstü, bölgesel insan hakları belgesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Şart, Afrikan

⁶⁰⁹ Onay tarihi: 8/2/2000, yürürlük tarihi: 1.6.2000.

⁶¹⁰ Onay tarihi: 15/7/2003, yürürlük tarihi: 23.1.2012.

geleneksel hukukunun bireylerin hak ve görevleri üzerinde ailenin haklarını, bireylerin aileye yönelik görevlerini önceleyen anlayışını yansıtmaktadır⁶¹¹. Afrikalılar Birliği Örgütü tarafından ayrıca Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı kabul edilmiştir. Şart ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel hakları kapsamaktadır. Çocuklar tarafından işlenen suçlarda ölüm cezası verilmesi yasağını kapsayan yaşam hakkı ile başlayan listede isim, uyrukluk, vatandaşlık, sağlık hakları gibi haklar; ifade, örgütlenme, din ve vicdan özgürlüğü gibi özgürlükler, özel yaşamın, konutun, haberleşmenin müdahaleye uğramaması, işkenceye ve istismara karşı korunma, boş zaman ve kültürel faaliyetler, çocuk işgücü/istihdamı, özürlü çocukların hakları düzenleme konusu yapılmıştır. Ayrıca çocukların aile hakkı, ailesi tarafından korunması, ebeveynlerin sorumlulukları, silahlı çatışmalarda çocukların korunması, mülteci çocuklar, çocukların evlatlık verilmesine ilişkin kurallar ve çocukların cinsel istismardan korunması gibi konular da belgede yer almaktadır. Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı 31’inci maddesinde ise diğer küresel ve bölgesel çocuk hakları sözleşmelerinden farklı olarak çocukların ödevleri sayılmıştır. Şart, çocuk hakları kavramının en temel özelliği olarak Afrika kökenli medeniyetin tarihsel geçmişi ve değerlerini başlangıç noktası olarak kabul etmekte, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesini yeniden ele almaktan çok daha öte Afrika kültürlerini, gelenekleri ve değerlerini vurgulamaktadır. Öğretide Şart’ın bu yaklaşımıyla pek çok önemli alanda standartları yükselttiği ifade edilmektedir⁶¹². Bu niteliğiyle Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartında da yer alan Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartında benimsenen yaklaşımın, kişilerin ailelerine, topluma ve devlete karşı yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul eden; aydınlanma ile birlikte gündeme gelen ve çocukları yalnızca kendilerine sunulan eğitimi almakla görevli gören “modern çocukluk anlayışı” yerine, çocuğun toplumda kendine özgü ödev ve yükümlülükleri bulunduğu ve bu nedenle

⁶¹¹ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 24.

⁶¹² BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 24.

yalnızca edilgen değil, topluma olan katkılarıyla aynı zamanda etkin bir üyesi olarak statü kazanması yaklaşımıyla örtüştüğü değerlendirilebilir. Şartta çocuğun topluma yönelik sorumluluklarının olduğunun kabul edilmesi, modern çocukluk anlayışında çoğunlukla göz ardı edilen çocuğun topluma katkılarının değeri hakkında ders verir niteliktedir.

3. Çocuk Haklarına Özgü Ulusalüstü Belgeler

Konuları ve uygulama alanları sınırlı olan bu belgeler yanında Birleşmiş Milletler ve öncülü Milletler Cemiyeti bünyesinde de çocukların hakları alanında çalışmalar yürütülmüştür. Bu çalışmalar sonucunda münhasıran çocukların haklarına ilişkin bildirgeler ve Çocuk Hakları Sözleşmesi kabul edilmiştir.

a. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi

Doğrudan çocukların haklarına özgülenen uluslararası alandaki ilk belge⁶¹³ Milletler Cemiyeti tarafından 26 Eylül 1924 tarihinde kabul edilen Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'dir⁶¹⁴. Çocuklara karşı ulusların görevlerini edebi bir üslup çerçevesinde ifade eden Bildirge, temelde temenni niteliğindeki ifadelerin yer aldığı bir belge olarak nitelendirilebilir. Öğretide son derece kısa bir metin olmakla birlikte çocuk haklarına özgülenmiş bulunması ve bazı temel ilkeleri belirlemesi yönüyle önemli bulunmaktadır⁶¹⁵.

Cenevre Bildirgesi'nde; çocukların doğal biçimde gelişmesine olanak sağlanması, aç çocukların beslenmesi, hasta çocukların tedavi edilmesi, terk edilmiş çocukların korunması, felaket anında yardımın öncelikle çocuğa yapılması, çocukların her türlü istismara karşı korunması ve kardeşlik duyguları içinde eğitilmeleri gerektiği

⁶¹³ Bu Bildirgenin öncüsü niteliğindeki uluslararası çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: VEERMAN, "The Rights of Child", s. 155; BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 8-9.

⁶¹⁴ <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>, 1924 tarihli "Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'nin tercümesi için Bkz: Suat BALLAR, **Çocuk Hakları**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 31.

⁶¹⁵ GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 517.

belirtilmiştir. Bildirge çocuğa ailesi tarafından bakılması gereğini bir ilke olarak benimsemiştir. Çocuğun korunma haklarını temel alan koruyucu yaklaşımla hazırlanmış ve “*insanlığın sahip olduğu en iyi şeyi çocuğa vermekle yükümlü olduğu*”nu kabul ve ilan etmiştir⁶¹⁶. İsmi “çocuğun hakları bildirgesi” olmasına rağmen Bildirge, daha çok çocuğun ekonomik, fiziksel ve sosyal gereksinimlerini tanıyan hükümlere yer vermesi nedeniyle, çocuğun haklarından çok çocuğun refahının gerçekleşmesine yönelik bazı ilkeleri ortaya koyan bir metin olarak nitelendirilebilir⁶¹⁷. Bildirge’nin bu niteliği, Önsözünde “devletlerin yükümlülüklerine” atıf yapılması yerine “tüm milletlerden kadın ve erkeklerin” yükümlü olarak kabul edilmesinde de kendini göstermektedir⁶¹⁸. Bildirge’yi imzalayan temsilciler, Bildirge’nin çocuğun refahını gerçekleştirmek üzere çalışmalar yürüten devletlere rehber olacağını ifade etmişlerdir. Bu niteliğiyle Bildirge, devletlere bir tavsiye metni niteliğindedir. Önsöz ve imzalayan temsilcilerin ifadesinden, Bildirge’nin devletler üzerinde bağlayıcı yükümlülükler inşa etmeyi amaçlamadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bildirge’de ifadesini bulan yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi, çocukların yetişkinlere tabi oldukları kabulünün bir uzantısı olarak kadın-erkek bütün yetişkinlerin sorumluluğunda görülmektedir. Böylece çocuklar, bir takım özel hakların sahibi olarak değil de yetişkinlerin yükümlülüklerinin muhatabı olarak kabul edilmişlerdir. Bu niteliğiyle çocukları uluslararası hukukun öznesi olarak kabul etmeyen bir yaklaşıma sahip olmasına rağmen Bildirge, ulusalüstü alanda çocuk hakları kavramının kabul edilerek, gelecekte çocukların hakları alanında uluslararası standartların kabulüne zemin hazırlamıştır. Diğer yandan Bildirge, çocukların korunmasını öncelemiş olmasının bir sonucu olarak, çocuğun medeni ve siyasi

⁶¹⁶ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 43.

⁶¹⁷ BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 7.

⁶¹⁸ Aynı yönde: Jonathan TODRES, “Emerging Limitations on the Rights of the Child: the UN Convention on the Rights of the Child and Its Early Case Law”, **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 30, 1998, ss. 159-200, s.162.

haklarından önce çocuğun ekonomik ve sosyal haklarını kabul etmiştir. Bu da tarihi olarak ekonomik, sosyal, kültürel hakların çocuklar bakımından kişisel ve siyasal haklardan daha önce ortaya çıktığını ve ortaya çıkmaları bakımından birinci ve ikinci kuşak haklar olarak sınıflandırılan bu hakların toplumun tüm unsurları bakımından aynı sırayı izlemediğini göstermektedir.

Bildirge'nin çocuğun haklarının gerçekleşmesine dair bir diğer katkısı, çocuğun refahının gerçekleştirilmesi ile çocuğun haklarının tanınması arasındaki ilişkiyi göstermiş olmasıdır.

Bildirge doğal hukuk ilkelerini tekrarlayan bir haklar beyannamesi niteliğinde olmasına rağmen, 1934 yılında Milletler Cemiyetine üye ülkelerin devlet başkanları, Bildirge'nin hükümlerinin ulusal mevzuatlarında yer almasını sağlama konusunda niyet beyanında bulunmuşlardır⁶¹⁹.

II'nci Dünya Savaşı süresince çocukların korunması faaliyetlerinin uluslararası düzlemde genişletilmesi konusunda çalışmalar sürdürülmüştür. Bu çerçevede 1943 yılında eğitim konulu Uluslararası Müttefikler Konferansı sonrası kabul edilen Savaş Sonrası İçin Çocuklar Şartı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nin yer verdiği ırk, milliyet, dini inanca dayalı ayrımcılık yasaklarına, cinsiyet ve sosyal statüye dayanan ayrımcılık nedenlerini de ekleyerek ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiştir.

b. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi

Milletler Cemiyetinin dağılmasının ardından Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi Geçici Sosyal Komisyonu, çocuk haklarına ilişkin bir metin hazırlanması önerisini kabul etmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi yanında çocukların haklarına özgü bir belgeye ihtiyaç olup olmadığı tartışmaları sonucunda, çocuklara özgü gereksinim ve menfaatlerin, çocuklara özgü bir bildirgeye olan ihtiyacı haklı kıldığı

⁶¹⁹ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 9.

konusunda uzlaşıya varılmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği, Burma, Kolombiya, Çekoslovakya, Dominik Cumhuriyeti, Hindistan, Irak, Hollanda, Filipinler, Amerika Birleşik Devletleri ve Venezüella dâhil olmak üzere yirmi bir ülkenin hükümetlerinden görüş almıştır⁶²⁰. Bu geniş katılımdan hareketle, çocuk hakları kavramının tamamen Batılı bir buluş olmadığını değerlendirmek mümkündür. Birleşmiş Milletler bünyesindeki kurulların çalışmaları sonucu 20 Kasım 1959 tarihinde bir önsöz ve on ilkedен oluşan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi kabul edilmiştir. Başlangıç bölümünde ebeveynler, tüm kişiler, gönüllü kuruluşlar, yerel makamlar ve ulusal hükümetler Bildiri’deki hakları/ilkeleri tanımaya, gerekli önlemleri almaya ve bu haklara uyulmasını sağlamaya çağrılmaktadır.

Bildirge, çocuk haklarına yönelik yaklaşımda oldukça önemli bir değişimi yansıtmaktadır. Buna ek olarak Bildirge, çocukları, “*belirli haklar ve özgürlüklerin avantajlarından yararlanmasını*” garanti altına alan uluslararası hukuk konusu olarak kabul ederek, ilk kez “haklardan yararlanma”- (enjoy[ing] the benefits of specific rights and freedoms) dilini kullanmaya başlamıştır. Nitekim Bildirge’de, çocuğun özel olarak korunma hakkına sahip olduğu ve çocuğun yüksek yararının çocuğa yönelik işlemlerde başvurulması gereken en temel ilke olduğu kabul edilmektedir. Bildirge’de ayrıca bir ayrımcılık yasağı hükmüne yer verilmektedir⁶²¹. Kabul edildiği dönem için oldukça reformist bir anlayış değişikliğini yansıtan ayrımcılık yasaklarına dair hüküm, daha sonra kabul edilen insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin temel bir unsuru hâline

⁶²⁰ BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 10. Sürecin başında, geniş bir kültür yelpazesini temsil eden farklı bir grup ülkeden gelen varlığın, “insan haklarının” veya “çocuk haklarının” Batılı idealler veya kavramlar olduğunu iddia eden kültürel göreceliği savunanların argümanını en azından kısmen çürütmesi gerekir. Kültürel görecelik ve insan haklarıyla ilgili bir tartışma için bkz. Michael J. PERRY, “Are Human Rights Universal? The Relativist Challenge and Related Matters”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 19, No. 3, 1997, ss. 461-509.

⁶²¹ Sharon DETRICK – Jakob Egbert DOEK – Nigel CANTWELL (Ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the “Travaux Préparatoires”**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 1992, s. 643; Van BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 11.

gelmiştir⁶²². Bildirge’de ilk ilke olarak çocuğun kabul edilen haklardan farklılık gözetilmeksizin ve ayrımcılık yapılmaksızın yararlanacağı kuralı yer almaktadır. Ayrımcılığa uğrama yasağına dair kalıplaştığını değerlendirebileceğimiz hükümle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da sosyal köken veya diğer statülerden bağımsız olarak tüm çocuklara güvence sağlanmaktadır. İkinci ilkede, çocuğun özel korumadan yararlanacağı belirtildiği gibi; çocuk haklarının temel ilkelerinden birisini oluşturan “çocuğun yüksek menfaati” ilkesi de vurgulanmaktadır. Bildirge’de, isim ve vatandaşlık hakkı, sosyal güvenlik, yeterli beslenme, barınma, tıbbi bakım hakları, özürlü çocuklara özel tedavi, eğitim ve bakım sağlanması, sevgi ve anlayış görme, ahlaki açıdan güvenli ortamda büyüme hakkı, ilk-temel eğitim aşamasında parasız ve zorunlu eğitim görme hakkı ve çocuk eğitiminde yol gösterici ilkenin çocuğun en yüksek menfaatleri ilkesi olması kuralı, çocuğun her koşulda korunma ve kurtarma yardımından ilk yararlananlar arasında olması kuralı, çocuğun her koşulda ihmale, zalimliğe ve sömürüye karşı korunması ve hiçbir biçimde ticaret konusu olmaması kuralı, çocuğun ırksal, dinsel ya da herhangi başka bir biçimdeki ayrımcılığı özendirebilecek uygulamalara karşı korunması hakları tanınmıştır. Bildirge çocukların özel ihtiyaçları ve henüz olgunlaşmamış olmaları nedeniyle özel hakları olduğunu kabul etmiştir. Bu niteliği ile çocuğun “ihtiyaçları” ile “hakları” arasında bağ kurmaktadır⁶²³.

Bildirge çocuğun, “özel olarak korunma hakkını” özel bir yere yerleştirmekte çocuğa yönelik koruma haklarının “çocuğun en yüksek menfaatleri ilkesi” ile uyumlu olmasına en yüksek önemin verilmesi gerektiğini ilan etmektedir⁶²⁴. 1924 tarihli

⁶²² TODRES, “Emerging Limitations on the Rights of the Child”, s. 163. 1959. BM Çocuk Hakları Bildirgesinde yer alan ayrımcılık yapılmamasına ilişkin madde, çocuğun bu Bildirgede belirtilen tüm haklara ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüş, ailesi, ulusal veya sosyal kökeni, mülkiyet, doğum veya başka bir statü nedeniyle ayrımcılık yapılmaksızın sahip olacağını belirtmektedir.

⁶²³ Tamar EZER, “A Positive Right to Protection for Children”, **Yale Human Rights and Development Journal**, Vol. 7, Issue 1, 2004, ss. 1-50, s. 24.

⁶²⁴ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 19.

Bildirge'den farklı olarak çocuğun korunması ihtiyacına yönelen yükümlülükler yanında çocuğun isim ve vatandaşlık hakkı hüküm altına alınarak çocuğun medeni-kişisel hakları ilk kez tanınmıştır⁶²⁵. Bildirge, 1924 tarihli Bildirge'ye göre ayrımcılığa dayanak olabilecek nedenlere yenilerini ekleyerek ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiştir. Bildirge'nin görüşmeleri sırasında İtalyan hükümet temsilcisinin yargılama usullerinde çocuklar için özel koruma sağlanması ve Sovyetler Birliği temsilcisinin okullarda bedeni cezanın yasaklanmasına ilişkin önerileri ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin öncülü olan Uluslararası Mülteci Organizasyonu tarafından verilen, Bildirgede tanınan hakları taraf devletin tanımaması ve yerine getirmemesi durumunda çocuklara uluslararası bir yargı organına başvuru yetkisinin tanınması konulu önergelerin kabul görmemesi, Bildirge'nin çocuğun haklarına yaklaşımını ortaya koymaktadır. Nitekim bu önergelerin reddedilmesi çocuğun kişiliğinin ve onurunun bir yetişkin kişinininki ile eşit değerde kabul edilmediğini ortaya koymaktadır.

Bildirge'nin taslak çalışmaları sırasında Polonya'nın öncülüğünde bazı ülkeler, bir bildirge hazırlanmasına karşı çıkmayacaklarını bildirmekle birlikte hükümleri bağlayıcı olan bir sözleşme hazırlanması gerektiğini ifade etmişler, bunun kabul görmemesi durumunda devletlerin iç hukuklarının Bildirge'de kabul edilen ilkelerle uyumlu olup olmadığını değerlendirecek bir başvuru merciine yer vermesini önermişlerdir. Ne var ki bu öneri de kabul görmemiştir. Bu önerinin kabul görmemesinin gerekçesi olarak ülkelerin ekonomik, sosyal, kültürel farklılıklarına işaret edilebilir.

Belirtilmelidir ki Bildirge bağlayıcı bir metin niteliğine sahip olmasa da, çocuk hakları alanında oldukça önemli etkiye sahip olmuştur. Bildirge'nin oybirliği ile kabul edilmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen diğer metinlerle

⁶²⁵ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 20.

kıyaslandığında önemli bir moral güce sahip olmasını sağlamıştır⁶²⁶. Bildirge çocuk haklarına yönelik düşünsel kabullerin değişmesinde de çok önemli bir role sahip olmuştur⁶²⁷. Ayrıca Bildirgede kabul edilen esaslar Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne zemin hazırlamıştır. Öte yandan 1959 tarihli Bildirge, ülkelerin anayasal normlarında ulusalüstü insan hakları hukukunun yasal mevzuatlarına eş değerde kabul edildiğini ifade eden hükümlere yer vermelerinin sonucu olarak, yargı makamları tarafından da hukuk kaynağı olarak göz önünde bulundurulmuştur. Bu kapsamda Türk Anayasa Mahkemesi'ne de bu başlık çerçevesinde ilerleyen kısımlarda ifade edileceği üzere kaynaklık etmiştir.

Bildirge'nin mütevazı olarak nitelenebilecek bu katkıları yanında “çocuğa verilmelidir”-(the child must be given) ibaresiyle çocuğu uluslararası hukukun bir objesi olarak gören 1924 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nin yaklaşımından farklı olarak, çocukların haklara ehil olduğunu kabul eden bir yaklaşıma sahip olduğu değerlendirilebilir. Gerçekten 1959 tarihli bu Bildirge ile çocuklar, hakların pasif konuları olmaktan çıkarılıp özel hak ve özgürlüklerden yararlanabilen uluslararası insan hakları hukuku özneleri olarak görülmeye başlanmıştır⁶²⁸.

Her iki bildirgenin, çocuğun haklarına ilişkin temel yaklaşımı, özel korunma ve öncelikli bakım ihtiyacını temel alan hakları kabul etmiş olmalarıdır. Her iki Dünya Savaşının yıkıcı etkilerinden en çok etkilenen gruplardan birinin çocuklar olması nedeniyle çocuğun haklarına yönelik kabullerin çocuğun korunmasına duyulan gereksinimin etkisiyle biçimlendiği ifade edilebilir.

⁶²⁶ BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 12. Ayrıca Çocuk Hakları Bildirgesi Genel Kurulu, Bildirgenin ilkelerinin tüm dünyada çocukların haklarının tanınmasında önemli bir rol oynadığı görüşünü paylaşmıştır. UN. Doc. A/33/45.

⁶²⁷ BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 12.

⁶²⁸ Örneğin 1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesin yaklaşımında çocuklar yetişkinler ile aynı şekilde hakların öznesi olarak kabul edilmişler ve Sözleşmede tanınan hakların uygulanmasını talep etme yetkisini içeren usuli haklara da aynı şekilde ehil kabul edilmişlerdir.

Zaman içinde uluslararası toplumun çocuğun haklarına bakışını değiştiren gelişmeler ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeler arasında pek çok ülkenin iç hukuklarında köklü değişikliklere gitmesi ve çocuğun kişisel ve medeni haklarını tanımaya başlaması nedeniyle bu ülkelerde Bildirgenin iç hukukun gerisine düşerek çocuğun haklarını koruma ihtiyacına cevap verememesi, çocukların haklarının tanınmasını engelleyen ayrımcılık içeren ve eşitlik ilkesini ihlal eden uygulamaların yasaklanmasını öngören kadınlara, mültecilere ya da özel olarak korunması kabul edilen gruplara hak tanıyan uluslararası sözleşmelerin kabul edilmesi, çocukların korunmasına ilişkin uluslararası normların yetersiz kaldığının görülmesi, çocuğun özel doğasının, yetişkinlerin haklarından farklı hakları gerektirmesi, çocuğa özgü bir takım hakların etkin olarak uygulanabilmesi için bu hakların yorumunda “çocuğun gelişen kapasitesinin dikkate alınmasının” ve “çocuğun menfaatine en uygun yorumun benimsenmesinin” yaşamsal önemde olduğunun görülmesi etkili olmuştur. Ayrıca Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşmelerinde çocukların haklarına ilişkin hükümlerin, çocuğun haklarını koruma ihtiyacını karşılayamadığının görülmesi uluslararası toplumu, çocukların haklarını bütüncül bir bakış açısıyla ele alan bağlayıcı bir sözleşmeye ihtiyaç duyulduğu konusunda ikna etmiştir⁶²⁹. Sayılan bu gereksinimlerin etkisiyle uluslararası toplum çocuk haklarına ilişkin kapsayıcı ve hükümleri bağlayıcı bir metine ihtiyaç olduğunu kabul etmiş ve çocuk haklarına ilişkin bir sözleşme üzerinde çalışmalara başlanmıştır.

c. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Hükümleri taraf devletler üzerinde bağlayıcı ve uygulanmaması yaptırıma bağlanan bir belgeye ihtiyaç duyulması üzerine çocukların haklarına ilişkin bir sözleşme yapılması önerisi, Polonya Hükümeti tarafından Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 34’üncü oturumunda sunulmuştur. Polonya hükümeti önerisi büyük ölçüde 1959

⁶²⁹ UN Doc E/CN.4/780.

Bildirgesi ile örtüşmekle birlikte yeni hazırlanacak metnin hükümlerinin devletler üzerinde bağlayıcı olması öngörülmekteydi⁶³⁰. Polonya Hükümeti 1959 tarihli Bildirgenin görüşmeleri sırasında “bildirge” yerine “sözleşmeye” ihtiyaç duyulduğunu ifade etmiş ve bu öneri, uluslararası toplumun çocuk hakları alanında bağlayıcı bir sözleşmeye hazır olmaması nedeniyle kabul görmemişti⁶³¹.

Polonya Hükümeti’nin önerdiği taslak metin 1959 tarihli Bildirge’nin hükümleri ile büyük benzerlik göstermekteydi ve büyük ölçüde ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ağırlık vermektedir. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği tarafından, üye ülkelere gönderilen taslak metne ilişkin, ülkeler önerilerini iletmışlerdir. Bu öneriler ve eleştiriler, metnin hükümlerinin açıklık ve kesinlikten yoksun olması ve bunun uluslararası bağlayıcı metinlerde aranan usul ile çelişiyor olması, metnin pek çok önemli hak listesini kapsamamasının kabul edilecek sözleşmeyi önemli ölçüde etkisiz kılacağı⁶³², son olarak bir uluslararası Sözleşme’nin etkinliği bakımından yaşamsal önemde olan Sözleşme’nin uygulanmasına ilişkin mekanizmalar konusunda metnin herhangi bir hüküm içermemesi konularına ilişkindi⁶³³.

Polonya hükümeti önerisine yöneltilen eleştiriler aslında uluslararası toplumun, çocuğun korunmasını temel alan ekonomik, sosyal hakların yeterli olamayacağı ve

⁶³⁰ Nigel CANTWELL, “The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, içinde: DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 21.

⁶³¹ CANTWELL, “The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, s. 21.

⁶³² Başlangıçta Polonya Önerisi Batı’da, özellikle Amerika Birleşik Devletleri tarafından ekonomik ve sosyal haklara odaklandığı ve Batı yaklaşımında insan haklarının çekirdeği olarak görülen sivil ve siyasi haklara Önerinin daha az önem verdiği gerekçesiyle Doğu Bloku projesi olarak görülmüştür. Döneme özgü ekonomik ve sosyal haklara yönelik “önyargı”, o dönemde çocuk haklarına yönelik yaklaşımın bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Nitekim başlangıçta çocuğun korunma haklarını temel alan çocuğa yönelik uygun koruma ve bakım sağlanması ihtiyacının tanınması daha sonraları ekonomik ve toplumsal haklara dönüşen çocuk haklarına vücut vermiştir. Cynthia Price COHEN, “United Nations: Convention on the Rights of the Child”, **International Legal Materials**, Vol. 28, Issue 6, 1989, ss. 1448-1476, s. 1449.

⁶³³ CANTWELL, “The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, s. 21.

çocuğun özerk birey olduğunun kabulünü gerektiren tüm hakların aynı önemde görülerek, ekonomik-sosyal haklar yanında kişisel-siyasal hakların tanınması ve bu hakların yaşama geçirilmesi amacıyla denetim mekanizmalarına gereksinim olduğu konusunda bir bilince sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

Başlangıç kısmını izleyen üç Bölüm altında toplam 54 maddeden oluşan Sözleşme, diğer insan haklarını konu alan sözleşmelerden kapsam olarak farklılık göstermekte medeni, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel biçimindeki hakların geleneksel sınıflarının tamamını içermektedir⁶³⁴. Sözleşme'nin tüm hak sınıflarına yer vermesi, düzenlenen hakların çocuk refahı ile bağlantılı olarak bütüncül bir yaklaşımla ele alındığı biçiminde değerlendirilebilir. Sözleşme'nin insan haklarının geleneksel ayrımı yerine “dört ‘p’”: prevention, protection, provision, participation” deyiimiyle ifade edilen koruma, önleme, sağlama ve katılım hakları ayrımını temel alan bir yaklaşıma sahip olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla Sözleşme’de çocuğun tüm haklarının eşit önemde kabul edilerek bütüncül olarak tanınması yaklaşımı benimsenmiştir⁶³⁵.

Sözleşme’de doğal hukukta çocuğun öncelikle insan olmasından, sonra da bakım, korunma ve yetiştirilme gereksiniminden kaynaklanan haklar olarak kabul edilen çocuk haklarını aşan hakların tanındığı görülmektedir. Sözleşme'nin doğal hukukta sözü edilmeyen haklara da yer vermesi, çocuk haklarını pozitif hukukun doğal hukukun önüne geçtiği bir alan olarak karşımıza çıkarmaktadır⁶³⁶. Gerçekten temel insan haklarının, doğal hukuk yaklaşımından hareketle belli hakların kabul edilmesi ve doğal hukukun bu kabulünün daha sonra pozitif hukuk metinlerine geçmesi sonucu ortaya çıkan haklar

⁶³⁴ Adam LOPATKA, Conceptualization and Actualization of the Convention on the Rights of the Child, **Loy. Poverty Law Journal**, 1998, 4, ss. 199-203, s. 200.

⁶³⁵ FREEMAN, The Limits of Children Rights, in Freeman and Veerman (eds), **The Ideologies of Children's Rights**, 1992, s. 41; BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 382.

⁶³⁶ Uğur TEKİN, “Almanya Örneğinde Çocuk Adalet Sistemi”, içinde: Şener Uludağ vd. (ed.), **Kanunla İhtilaf Hâlindeki Çocuklar**, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2009, s. 286

olmalarına karşı ulusalüstü çocuk hakları belgelerinin, doğal hukuk tarafından henüz çocuk hakkı olarak kabul görmeyen hakları da tanımış olduğu için, doğal hukukun önüne geçtiği haklı olarak ifade edilmektedir⁶³⁷.

Sözleşme'nin görüşmeleri sırasında, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş olan insan hakları sözleşmelerinde yer alan işkenceden korunma, sosyal güvenlik hakkı, örgütlenme özgürlüğü gibi ilkeler ve hükümlere, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yeniden yer verilmesinin gerekli olup olmadığı hususu da tartışılmıştır. Diğer sözleşmelerde zaten düzenlenmiş olan hükümlere yer vermemesi durumunda bu hükümlerin çocuklara uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki soru işaretleri doğabileceği gerekçesiyle, genel insan hakları sözleşmelerinin çocukları da kapsayan hükümlerinin Sözleşmeye taşınması usulü benimsenmiştir⁶³⁸.

“... insanlık ailesinin tüm üyelerinin, doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilmez haklara sahip olmaları...” gibi, bu tür metinlerde sıkça karşılaşılan “tabii hukuk” düşüncesini yansıtan ifadelerle başlayan Başlangıç bölümünde, bireyin insan olarak taşıdığı haysiyet ve değer vurgulanarak daha geniş özgürlük ve toplumsal ilerleme ile daha iyi bir yaşam özlemi dile getirilmekte, devamla insan haklarından herkesin hiçbir ayırım gözetilmeksizin yararlanma hakkı düzenlenmektedir. Çocukların özel ilgi ve yardım hakkı olduğu, ailenin toplumdaki temel birim olduğu inancıyla, çocukların gelişiminde bu kurumun önemi ve korunma ihtiyacı ifade edilmektedir. Başlangıç bölümünde ayrıca çocuğun yetiştirilmesinde, barış, değerbilirlik, hoşgörü, özgürlük, eşitlik ve dayanışma gibi ilkelerin önemine değinilerek, çocuğun özel bir ilgi görmeyi hak ettiği, önceki uluslararası belgeler de anımsatılarak

⁶³⁷ Cynthia Price COHEN, “The Relevance of Theories of Natural Law and Legal Positivism”, içinde: Michael FREEMAN – Philip E. VEERMAN, **The Ideologies of Children's Rights**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, ss. 53-70, s. 54.

⁶³⁸ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 29.

vurgulanmaktadır. Tüm bunlar için uluslararası işbirliğinin gereğine dikkat çekilirken, “*çocuğun korunması ve uyumlu gelişmesi bakımından her halkın kendine özgü geleneklerinin ve kültürel değerlerinin taşıdığı önem...*” den söz edilerek, çocuğun haklarının yaşama geçirilmesine hizmet edecek evrensel ilkeler yanında belli bir kültüre ait değerlere atıf da ihmal edilmemektedir.

Sözleşme’nin çocuğun haklarına ilişkin yaklaşımı, çocuğa ilişkin pek çok konuda standartların belirlenmesinde önemli bir sıçrama niteliğindedir⁶³⁹. Sözleşme ile çocuk hakları hukukunun temel ilkelerinin belirlendiği ifade edilmelidir. Sözleşme’de kabul edilen temel ilkeler, Başlangıç bölümünde yer alan⁶⁴⁰ “çocuğun onuru ve saygınlığının en üstün değer” olduğu ilkesi, 2’nci maddede yer alan ayrımcılık yasağı ilkesi, 3’üncü maddede yer alan çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi, 6’ncı maddede yer alan yaşama ve gelişme hakkı ile 12’nci maddede yer alan görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olan çocuğun kendini ilgilendiren konularda karar alınmasına katılımının sağlanması ve çocuğun kararına, yaşı ve gelişimi ile orantılı olarak gereken önemin verilmesi ilkeleridir⁶⁴¹. Çocuk hakları hukukuna ilişkin bu ilkeler, tıpkı anayasa hukukundaki “anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, cumhuriyetçilik, laiklik, demokratik devlet, insan haklarına saygılı devlet, hukuk devleti, sosyal devlet ilkeleri⁶⁴², idare hukukundaki kamu yararı ilkesi, kanunilik ilkesi, medeni hukuk alanındaki iyi niyet, hakkın kötüye kullanılmaması ve dürüstlük kuralı ilkelerinin⁶⁴³ ilgili oldukları hukuk

⁶³⁹ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 29.

⁶⁴⁰ Sözleşme’nin maddelerine geçmeden hemen önce, uluslararası toplumu “çocuk haklarını” tanımaya sevk eden ve bu hakların yorumunda temel ilkelere yer veren kısmın anayasalarda yer verilen “başlangıç” bölümü ile örtüşen niteliklerinden hareketle “giriş” ya da “önsöz” yerine “başlangıç” olarak adlandırılmasının daha doğru olacağı önerilebilir.

⁶⁴¹ Aynı yönde görüş için bkz: TODRES, “Emerging Limitations on the Rights of the Child”, s. 166.

⁶⁴² Doğal hukukta kaynağını bulacak başka ilkelerden de söz edilebilecekse de metinde yer verilen ilkeler Türk anayasa hukuku bakımından Anayasada pozitif dayanakları olan ilkelerdir ve 1982 Anayasasından türetilmiştir.

⁶⁴³ Her hukuk dalına özgü, işlemin hukuka uygunluğu bakımından temel nitelikte olduğu kabul edilecek ilkelerden söz etmek mümkündür.

dallarında işlemin geçerlilik koşulu olarak üstlendikleri işleve benzer biçimde, çocuğa ilişkin işlemlerin hukuka uygunluk şartı niteliğindedirler. Diğer yandan, bu çalışmada anayasa metinleri için kabul edilen, anayasaların, Anayasa tarafından oluşturulan hukuksal yapı, mevcut toplumsal-hukuksal ilişkileri aşan bir meşru düzeni de ifade ettiği⁶⁴⁴ ve dolayısıyla anayasal normların var olan ilişkilerin aynası olmaktan öteye geçen aynı zamanda “olması gerekeni” de belirten ve devlet gerçekliğinin oluşturduğu güçler alanını etkileme savını içeren metinler oldukları tezinin, belli bir hak kategorisine ilişkin ilke ve kuralları saptayan uluslararası sözleşmeler bakımından da ileri sürülebileceği değerlendirilebilir. Böylece, çocuğun haklarına ilişkin temel ilke ve kuralları tespit eden ÇHS’nin, ulusalüstü toplumun üzerinde uzlaştığı ve çocuğa atfedilen değeri tespit eden ve taraf devletleri, hukuklarını bu hüküm ve ilkelerle uyumlaştırmakla yükümlü kılan bir belge olduğu kabul edilebilir.

Sözleşme’nin dayandığı bir diğer temel ilke “gelişme hakkı”dır. Çocukların yetişkin bireylerden en önemli farklarının “gelişim hâlindeki bireyler” olmaları ve gelişimlerini kendi özlerinde taşıdıkları en üst noktaya vardırabilmeleri için desteklenme gereksinimleri, çocuklara yetişkin haklarından ayrı özel hakların tanınmasını meşrulaştırmaktadır. Bu nedenle Sözleşme’de çocukların gelişim haklarına özel önem verilmiştir. Nitekim Sözleşme çerçevesinde çocukların sürekli gelişim hâlindeki bireyler oldukları vurgulanarak gelişimlerini kendi özlerinde sakladıkları potansiyeli en üst noktada tamamlayabilmeleri ve böylece kendi özsel değerlerini gerçekleştirebilmeleri için en doğru biçimde desteklenmeleri, yüreklendirilmeleri, uygun ortamların ve araçların sağlanması bir hak olarak tanınmakta ve bu amaçla çocuklar için yapılacak yatırımlar, hükümetlerin iyilik veya lütfu olmaktan çıkarılarak devletler, çocuk ile ilişki içindeki

⁶⁴⁴ Yavuz SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 7-8, 1985-1986, ss. 15-26, s. 15.

bireyler ve diğer kuruluşlar bakımından birer ödev, çocuklar için birer hak olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁵.

Çocuğun gelişme hakkı, Sözleşme'nin Başlangıç kısmıyla birlikte pek çok maddesinde diğer hakların özü olarak kabul edilmiştir. Nitekim Başlangıç bölümünde “Çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış ortamında yetiştirme hakkı” temel bir ilke olarak vurgulanmaktadır. 5'inci madde ana-babanın ebeveynlik haklarının bu Sözleşme'nin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme amacıyla sınırlı olduğu, 2'nci madde, taraf devletlerin çocuğun hayatta kalması ve gelişimi için mümkün olan azami çabayı göstereceği, 5'inci madde, ana baba ve vasinin çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarını kullanılabileceği, 17'nci madde toplumsal, ruhsal ve ahlâki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik çeşitli ulusal ve uluslararası kaynaklardan bilgi ve belge edinme hakkını, 27'nci madde her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesinin sağlanması hakkını, 29'uncu madde çocuk eğitiminin çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi amacına yönelik olmasını, 32'nci madde de çocuğun çalıştırılması yasağının kapsamını “sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte” işlerde çalışması olarak somutlaştırarak, çocuğun gelişme hakkının, bu maddelerde sayılan hakların koruduğu temel değer olduğunu ortaya koymaktadır.

Diğer yandan çocuğun gelişme hakkı, Sözleşme'de tanınan tüm hakların çocuğun insan olarak taşıdığı haysiyet, değer ve saygınlıkla bağdaşır biçimde yorumlanmasının temel bir ilke olarak kabul edilmesiyle işlerlik kazanacaktır. Nitekim çocuğun gelişme

⁶⁴⁵ AKILLIOĞLU, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, s. 4.

hakkı ancak çocuğun insanlığın eşit saygınlıkta ve onurlu bir üyesi olarak kabul edildiğinde tam anlamıyla gerçekleştirilebilecektir. Bu bilinçle Başlangıç bölümünde insanlık ailesinin tüm üyelerinin, doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilemez haklara sahip oldukları vurgulanmaktadır. Yine 16'ncı madde *“Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz.”* hükmünü içermektedir. Çocuğa yönelik ceza adaleti sisteminin çocuğun *“taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkı”*na dayanması gerektiğinin kabul edilmesi, eğitim hakkının çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi, insan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi, çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşee ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi, çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda yaşamayı sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması, doğal çevreye saygısının geliştirilmesi amacıyla uyumlu olması, okul disiplininin çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde ve Sözleşmeye uygun olarak yürütülmesinin sağlanması amacıyla gerekli olan tüm önlemlerin alınmasını emreden hükümleri, çocuğun birey olarak taşıdığı değer ve haysiyeti temel kabul eden hükümlerdir.

Sözleşme, daha önce çocukların haklarına özgü uluslararası hiçbir belgede yer verilmemiş olan çocuğun görüşünün alınmasını ve kendi haklarına ilişkin konularda katılımının sağlanmasını, bir hak olarak düzenlemiştir. Başlangıç bölümünde yer alan çocuğun onuru ve saygınlığının en üstün değer olduğu ilkesi ile birlikte çocuğun görüşüne

hukuki değer atfedilmesi anlamına gelen ilke, çocuğun tıpkı yetişkinler gibi irade özerkliğine sahip ve insanlığın saygın ve onurlu bir üyesi olduğunu kabul etmekte ve bir yetişkinin tasarrufları ile yaşamı biçimlenen bir varlık olmayıp kararları ve iradesine hukuki sonuç atfedilen bir “kişi” olduğunu ilan etmektedir. Bu niteliğiyle ocuk Hakları Sözleşmesi’nin, çocuğu, ana babanın, işverenin ve devletin üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceği bir nesne olmaktan çıkarıp, bağımsız kişiliğe sahip, onurlu ve saygın bir özneye dönüştürme sürecine çok önemli bir katkıda bulunduğu kuřkusuzdur⁶⁴⁶.

Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde yer alan “ocuğun yüksek yararı ilkesi”nin Sözleşme’de tanınan tüm haklar bakımından yaşamsal önemde olduğu ifade edilmelidir. Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde çocuğa yönelik tüm işlemlerde “ocuğun yüksek yararı ilkesi”nin öncelikli olarak dikkate alınması zorunluluğu düzenlenmektedir. Bu hüküm ile “ocuğun menfaatine en uygun çözüm ilkesi”, grup olarak çocukları ya da bireysel bir çocuğu etkileyen işlemlerde en uygun çözümde karar verilmesinde yönlendirici bir ilke olarak işlev görecektir.

Sözleşme’nin 4’üncü maddesi, taraf devletlere genel ve objektif yükümlölükler yükleyen bir düzenleme içermektedir. Bu hüküm uyarınca taraf devletler, Sözleşme’de tanınan hakların uygulanması için gerekli her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri alma sorumluluğu altına girmişlerdir.

Sözleşme’nin 8’inci maddesinde ilk defa devletlere çocuğun kimliğini koruma yükümlölüğü getirilmiştir. Çocuğun kimliğini koruma yükümlölüğü kapsamında çocuğun adının ve vatandaşlık hakkının özel olarak korunması düzenlenmiştir. Çocuğun kimliğini koruma hakkı Sözleşme’nin taslak çalışmaları sırasında Arjantin’in önerisi

⁶⁴⁶ Aynı yönde SEROZAN, **ocuk Hukuku**, s. 50.

üzerine kimlik belgeleri kasıtlı olarak yok edilerek ve aile bağları koparılarak “kayıp (edilen) çocuk” olgusuna dikkat çekilmesi üzerine kabul edilmiştir⁶⁴⁷.

12’nci madde ile, çocuğun görüşlerini açıklama hakkı tanınması da, çocuğun özerk hak sahibi birey olarak kabulünü yansıtan en önemli düzenlemedir. Hüküm, yalnızca çocuğun görüşlerini açıklama hakkını değil çocuk ile ilgili karar verilirken çocuğun görüşünün dikkate alınması zorunluluğunu düzenleyerek, çocuklara kendi yaşamlarına ilişkin konularda özerklik tanınması anlamına gelmektedir. Çocuğun örgütlenme özgürlüğünün tanınması Sözleşme ile çocuğun hakları alanında getirilen bir diğer yeniliktir.

Daha önceki bağlayıcı uluslararası belgelerden farklı olarak Sözleşme’nin 19’uncu maddesi ilk defa çocuğun aile içi ihmal ve istismarının engellenmesi hakkını tanımıştır. 21’inci maddede ise çocuğun korunması amacıyla evlat edinme süreçlerinde güvence sağlamayı amaçlayan düzenlemeye yer verilmiştir.

24’üncü madde çocuğun sağlık hakkı konusunda devletlere en yüksek standartları sağlama yükümü getirmiştir. Çocuğun sağlık hakkı kapsamında anne sütü ile beslenmesinin temini, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması gibi yükümlülükler yanında, sağlık hakkının çocuklar bakımından taşıdığı önemden hareketle devletlere çocuğun haklarını tehlikeye düşüren geleneksel uygulamalara karşı mücadele etme yükümü getirilmektedir. Bu yöndeki düzenlemeyle, sağlık hakkı bakımından yetişkinlere ilişkin belgelerde düzenlenen sağlık hakkından farklı olarak devletlerin sorumlulukları geniş tutulmuş, devletlere mümkün olan en etkin önlemleri alma yükümü getirilmiştir.

⁶⁴⁷ Çocuğun kimliğinin unsurlarını oluşturan vatandaşlık, isim ve aile bağlarının yasaya aykırı olarak koparılmasının engellenmesinde devlete sorumluluk yüklemeyi amaçlayan Arjantin önerisi üzerindeki tartışmalar için bkz. DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 292-294.

26'ncı madde, sosyal güvenliğe ilişkindir ve her çocuğun sosyal sigorta dâhil, sosyal güvenlik olanaklarından yararlanma hakkını düzenler. Yine 32'nci madde, çocuk işçilerin durumuna yönelik olarak, çocuğun ekonomik sömürüden korunmasının, sağlığa aykırı işlerde ve koşullarda çalıştırılmamasının altını çizer. Devlet bu bağlamda, çalışma koşullarını düzenlemek zorundadır.

Eğitim hakkı, Sözleşme'de ayrıntılarıyla düzenlenen haklardandır. Gerek 28, gerek 29'uncu madde, ilköğretimin zorunlu ve parasız olmasını benimseyerek, bu alanda fırsat eşitliği ilkesinden de hareketle, yaygın bir eğitim faaliyeti yolunda engellerin aşılmasını öngörür. Son olarak, çocuğun yaşama standardının yeterli bir seviyeye ulaşması hakkı, 27'nci madde ile kabul edilmiştir.

Eğitim hakkını düzenleyen 28'inci madde, açıkça çocuğun eğitimi sırasında bedeni ceza uygulamasını yasaklamıyor olsa da okullarda disiplin tedbirlerinin “*çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde*” uygulanmasını düzenlemektedir. İnsan onuru kavramı doğal hukuk tarafından kabul edilen ilkesel bir kavram olsa da, hiç kuşkusuz çocuk ile etkileşim hâlindeki yetişkinin “insan onuruna” verdiği anlama göre şekillenecektir. Bu nedenle özel ya da kamusal bir görev çerçevesinde çocukla doğrudan ilişki içinde bulunan tüm bireylerin onur sahibi bir varlık olan insanın ve çocuğun değeri konusunda eğitilmesi ve çocuğa bu değere uygun olarak davranmaları konusunda bilinçlendirme faaliyetleri yürütülmesinin de öneminden söz edilmelidir.

Sözleşme'nin 4'üncü maddesi ile sağlanmak istenen esnekliktir. Gerçekten, anılan maddenin ikinci cümlesi “*Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak, taraf devletler eldeki kaynakları olabildiğince geniş tutarak, gerekirse uluslararası işbirliği çerçevesinde bu tür önlemler alırlar*” hükmüne yer vermektedir. Bu düzenleme “*devletlerin bu alanlarda kaynak kullanımında ya da yaratmasında gevşek bir*

taahhüt(ü)” olması nedeniyle eleştirilmekle birlikte⁶⁴⁸ “*eldeki kaynakları olabildiğince geniş tutarak*” hükmünün, 1982 Anayasası’nın 65’inci maddesinde yer alan “*malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*” hükmünden daha geniş bir korumaya işaret ettiği açıktır.

Son ve ayrı bir kategori de, Sözleşme’de “özel vurgulu” olarak düzenlenen haklardır. Akıllıoğlu’nun “özellikle üzerinde durulan haklar” diye nitelediği bu grupta, “çocukları ana-babadan ayırma yasağı”, evlat edinme, çocuk istismarının önlenmesi, oyun ve dinlenme hakları, çocuklara özgü, özel vurgulu haklar olarak nitelendirilmiştir⁶⁴⁹.

Diğer yandan mülteci çocuklar, azınlık çocukları, özürlü çocuklar, silahlı çatışmalardaki çocuklar, çocuk askerler ve özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların durumlarına Sözleşme’de özel bir önem verildiği görülmektedir. Ancak bu düzenlemelerin, çocuk ve tutukluluk, çocuk ve askerlik/savaş ilişkilerine bakışı ve getirdiği tutarsız (aynı zamanda bu konulara ilişkin diğer sözleşmelerin gerisine düşen) yaklaşım eleştirilmektedir⁶⁵⁰.

Sözleşme’de çocuğa tanınan tüm haklar ve özgürlükler ancak Sözleşme’de öngörülen bir amaçla, ölçülülük ilkesi doğrultusunda, kaçınılmaz, olmazsa olmaz bir son çare olarak yani “gerekli olmak kaydıyla” ve “çocuk için en az zararlı olan sonuç dikkate alınarak”, kanunla (md. 13-15) sınırlanabilecektir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde olağanüstü rejimlerde hakların askıya alınmasına yönelik bir hüküm bulunmamaktadır⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ OZANSOY, “Öznesini Arayan Nesneler”, s. 58.

⁶⁴⁹ AKILLIOĞLU, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, s. 9.

⁶⁵⁰ AKILLIOĞLU, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, s. 10-12.

⁶⁵¹ GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 529. Çocuk haklarının sınırlanma ve olağanüstü durumlarda olağanüstü hallerde sınırlanması veya durdurulması konusu, ayrı bir çalışma konusu olarak değerlendirilerek bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Burada yalnızca 1982 Anayasası’nın 15’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan olağanüstü hallerde hakların sınırlanması veya durdurulmasının sınırını gösteren ve “genel insan hakları” bakımından geçerli olan düzenlemenin olağanüstü hallerde çocuklar bakımından da güvence sağladığını ifade etmekle yetinilecektir.

Sözleşme mümkün olduğunca çok sayıda devletin destek vermesini ve üzerinde uzlaşabilecekleri asgari tanıma ve koruma ölçüsünü ortaya koymayı amaçladığından bazı haklar bakımından, çocuğun menfaatlerine hizmet edecek en ideal tanıma düzeyini aşağı çekmek durumunda kalmıştır. Sözleşme'nin kabulünün ardından uluslararası toplumun çocuğun korunması adına yeni standartların kabulünü gerekli görmesi, Sözleşmeye ek iki yeni protokol hazırlanmasını ve ayrıca Sözleşme'nin etkinliğini sağlamak ve izleme mekanizmasının etkinliğini artırmak amacıyla bireysel başvuru usulünün de tanınmasına olanak veren yeni bir protokol imzalanmıştır.

Sözleşme mümkün olduğunca geniş kapsamlı bir uzlaş ve katılım sağlamayı amaçladığından, devletleri taraf olmaktan alıkoyacak hassas konularda çocuğa yönelik koruma düzeyinde taviz olarak nitelenebilecek hükümlerden söz edilebilir. Bunlardan biri de, çocukların silahlı çatışmalara alınma yaşını on beş olarak belirleyen 38'inci maddenin, çocuğun silahlı çatışmalardan kullanılması konusundaki yetersiz koruma hükmüdür. Sözleşme'nin çocukların silahlı çatışmalarda kullanılması konusundaki eksiklerini giderme ihtiyacı nedeniyle 18 yaş altındaki çocukların silahlı çatışmalarda kullanılmasını yasaklayan “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki Seçmeli Protokol”⁶⁵² 25 Mayıs 2000 tarihinde imzaya açılmış ve 12 Şubat 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye protokolü 2000 yılında imzalamış, 2004 yılında yürürlük için gerekli prosedürel işlemleri tamamlamıştır⁶⁵³.

Zaman içinde çocuğa yönelen tehlikelere karşı daha etkin mücadele edilmesi gerektiğini ortaya koyan uluslararası çocuk kaçırmanın önlenememesi, çocukların fuhuşta kullanılmasının giderek daha çok çocuğu etkilediğinin görülmesi, internet kullanımının yaygınlaşmasının çocuk pornografisine karşı daha etkin önlemler alınmasını

⁶⁵² A/RES/54/263, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx> (erişim tarihi: 17.3.2019).

⁶⁵³ <http://indicators.ohchr.org/> (erişim tarihi: 17.3.2019).

ve uluslararası işbirliğini gerektirmesi, Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde yer verilen çocuğun ekonomik olarak sömürüye karşı korunması, çocuğun eğitimini tehlikeye atacak veya çocuğun sağlığına, fiziksel, zihinsel, manevi, ahlaki ve sosyal gelişimi için tehlikeli olabilecek herhangi bir işte çalıştırılmasını yasaklayan hükümlere ek olarak devletlere daha etkin önlemler almakla yükümlü tutan “Çocukların Satılması, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi (ÇHS-OPSC) ile ilgili Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne Ek Protokol” hazırlanmıştır⁶⁵⁴. Protokol 25 Mayıs 2000 imzaya açılmış ve 18 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye protokolü 2000 yılında imzalamış, 2002 yılında yürürlük için gerekli prosedürel işlemleri tamamlamıştır⁶⁵⁵. Protokolde Uluslararası Çocuk Kaçırmanın hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi, Yargı Hakkındaki Lahey Sözleşmesi, Uygulanacak Kanun, Ebeveyn Sorumluluğu ve Koruma Önlemleri Hakkında Takdir ve İşbirliği Konusunda Lahey Sözleşmesi ve Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerinin Ortadan Kaldırılması için Hemen Müdahale ve Acil Eylem Hakkında 182 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi’ne atıf yapılmaktadır.

aa. Sözleşme’nin İç Hukukta Etkinliği

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin iç hukukta etkinliği konusu üzerinde de durulmalıdır. 1924 ve 1959 tarihli her iki Bildirge, çocukların haklarının uluslararası alanda tanınması ve korunması bakımından değerli belgeler olmakla birlikte “bildirge” olmaları nedeniyle hukuki bağlayıcılıktan yoksun olmaları devletleri, hükümleri bağlayıcı “sözleşme” niteliğinde bir ulusalüstü metin hazırlamaya sevk etmiştir. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 26’ncı maddesi uyarınca, yürürlükteki antlaşmalar, taraf devletler üzerinde bağlayıcıdır. Viyana Sözleşmesi’nin söz konusu hükmü uyarınca uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı olan sözleşmelerin, bu

⁶⁵⁴ A/RES/54/263.

⁶⁵⁵ <http://indicators.ohchr.org/> (erişim tarihi: 17.3.2019).

bağlayıcılığının iç hukuktaki etkisinin farklı etkenlere göre biçimleneceği değerlendirilebilir. Bu etkenlerden biri, ülkenin hukuk kültüründe uluslararası sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği konusunda yargı ve idari makamların tutumları iken diğer etken de hiç kuşkusuz Sözleşme'nin “doğrudan uygulanma”ya elverişli açık ve kesin hükümlere yer verip vermediğidir⁶⁵⁶.

İlk olarak, ÇHS bakımından da iç hukukta etkin olarak uygulanmasında, o ülkenin hukuk kültüründe taraf olunan sözleşmelerin kendiliğinden etkili olmasının (self executing) kabul edilip edilmediğinin belirleyici olduğu ifade edilmelidir. Pek çok ülkede Sözleşme'nin imzalanmasının ülkeyi yalnızca uluslararası yükümlülük altına aldığı kabul edilmekte, hükümlerinin iç hukukta bağlayıcı etkiye sahip olabilmesi için uygulama yasalarına (implementing legislation) ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir. Düalist sistemin benimsendiği bu ülkelerde anlaşmaların iç hukukta bağlayıcı yasal etkiye sahip olabilmesi için parlamento tarafından kabul edilecek uygulama yasasına ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir⁶⁵⁷.

Sözleşme'nin iç hukukta doğrudan etkinliği hususunda belirleyici olan diğer unsur iç hukukta yürürlüğüne ilişkin hükümleridir. Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde taraf

⁶⁵⁶ Öğretide haklı olarak “doğrudan uygulanabilir” ifadesi yerine, “doğrudan etkili” ifadesinin tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. “Doğrudan uygulanma” ile “doğrudan etki” kavramlarının farkına dair kısa bir açıklama yapmak gerekirse; “doğrudan uygulanma (direct applicability / self-executing)”, bir uluslararası normun, iç hukukta, ilave bir işleme, bir aktarma veya atfa gerek kalmaksızın, usulüne göre kabul edilmekle uygulanabilmesi anlamına gelmektedir. Bu yönüyle, tekçi (monist) sistemin benimsendiği tüm ülkelerde, bir uluslararası anlaşma “doğrudan uygulanabilir” niteliktedir. 1982 Anayasası da, “kanun hükmündedir” demek suretiyle “monist sistem” çerçevesinde uluslararası anlaşmaların doğrudan uygulanabilirliğini kabul etmektedir. Doğrudan etki (direct effect) ise, doğrudan uygulanabilir olan bir (uluslararası) normun, niteliği itibarıyla, yetkili adli ve idari merciler önünde ileri sürülebilir talepler doğurmaya elverişli olup olmamasıdır. Örneğin bir norm, yeterince açık, kesin, koşulsuz ve uygulanması için devletin ilave bir tedbir almasını gerektirmeyecek nitelikte ise, “doğrudan etkili” olduğu söylenebilir. Ancak tüm uluslararası anlaşmaların aynı zamanda “doğrudan etkili” olduğunu söylemek mümkün değildir. Normun doğrudan etkililiği tartışması anayasa hükümleri bakımından da gündeme gelebilmektedir. Örneğin, devlete belli sosyal ve ekonomik alanlarda yükümlülük yükleyen Anayasa hükümleri, elbette, birer anayasa hükmü olmaları itibarıyla “doğrudan uygulanabilir” niteliktedir; ancak “doğrudan etki” doğurmaya elverişli olmadıkları değerlendirilebilir.

⁶⁵⁷ André ALEN – Wouter PAS, “The UN Convention on the Rights of the Child’s Self-executing Character”, içinde: Eugene VERHELLEN (ed.), **Monitoring Children’s Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 1996, ss. 165-186, s. 165-166.

devletlerin Sözleşme'nin uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri almakla yükümlü olduğu öngörülmektedir. Bu hükümden hareketle, Sözleşme'nin kendi hükümlerini iç hukukta doğrudan etkili görmediği sonucuna ulaşılabilir⁶⁵⁸. Hazırlık çalışmaları metinlerinde bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

Ayrıca sözleşmelerin bir ülkenin iç hukuku bakımından doğrudan etkili olmasına ilişkin kurallardan öte devletin yargı makamlarının sözleşmelere yönelik tutumu Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin de iç hukukta bağlayıcılığını belirlemektedir. Örneğin Kanada'da, Federal Temyiz Mahkemesi, ÇHS'nin kendiliğinden yürürlük etkisine sahip olmadığını (non-self-executing), bu gerekçeyle mahkemelerin, Sözleşme'nin hükümlerinin iç hukuka aktarılmasına (implementing legislation) kadar hükümleri uygulamak zorunda olmadıklarını ifade etmiştir⁶⁵⁹. Ayrıca Kanada Temyiz Mahkemesi, Sözleşme'nin yalnızca ve tek başına çocukla ilgili davalarda uygulanabileceğini, çocuğu dolaylı olarak etkileyen davalarda uygulanma olanağı bulamayacağını kabul ederek Sözleşme'nin hükümlerinin iç hukukta uygulanmasını önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Benzer biçimde bir babanın sınır dışı edilme kararının, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun ana babasından ayrılmamasını öngören kuralı ile çeliştiği itirazı üzerine Avustralya Yüksek Mahkemesi, parlamentonun henüz ÇHS hükümlerinin iç hukukta uygulanmasını sağlamaya yönelik uygulama yasalarını kabul etmediğini, Sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağını, bununla birlikte hükümetin ÇHS'nin ilkelerine uyacağına dair meşru bir beklentinin bulunduğunu ifade etmiştir⁶⁶⁰. Yüksek Mahkemenin bu kararına rağmen Hükümet, Avustralya yasasının *Teoh* kararı öncesindeki

⁶⁵⁸ TODRES, "Emerging Limitations on the Rights of the Child", s. 185.

⁶⁵⁹ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, 1999 CanLII 699 (SCC), <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii699/1999canlii699.html> (erişim tarihi: 6.4.2019).

⁶⁶⁰ *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Ah Hın TEOH* (1995) 183 CLR 273 7 April 1995, Prag. 25. <https://jade.io/article/67887> (erişim tarihi: 15.11.2017).

içtihatlara göre yorumlanacağını kabul eden bir icrai karar almıştır⁶⁶¹. Kanada ve Avusturya gibi yargı makamlarınca Sözleşme'nin doğrudan uygulanamayacağını kabul edildiği ülkelerde, iç hukuk bakımından etkinliği önemli ölçüde sınırlanmış olmakla birlikte, bu yöndeki yaklaşım, taraf devletin Sözleşme'ye ilişkin tüm yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağıdır. Devlet, gerekli mevzuatı derhâl yürürlüğe koymakla ve anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla gerekli yasal değişiklikleri derhâl parlamentodan geçirmekle yükümlüdür⁶⁶².

Sözleşme'ye konan çekinceler de hükümlerinin iç hukukta etkisini azaltan diğer bir etkidir. Sözleşme 51'inci maddesinde çekince konulmasına açıkça izin verilmekle birlikte maddenin ikinci fıkrasında, Sözleşme'nin amacı ve konusu ile çelişen çekince konamayacağı hükme bağlanmaktadır. Mümkün olduğunca çok sayıda devletin Sözleşmeyi imzalaması amaçlandığından devletlerin çekincelerinin Sözleşme ile çelişmediği biçiminde yorumlanma eğiliminden söz edilebilir⁶⁶³. Genel olarak çekincelerin, Sözleşme'de düzenlenen hakları etkisiz bırakacak nitelikte olmadıkları değerlendirilmektedir⁶⁶⁴. Bununla birlikte çekincenin diğer taraf devletlerin güçlü itirazı ile karşılaştığı ve geri çekilmek zorunda bırakıldığı örneklere de rastlanmaktadır. Örneğin Myanmar, Sözleşme'nin 37'nci maddesinde yer alan hiçbir çocuğun, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmayacağını garanti altına alan hükme çekince koymak istemiş ancak bu yöndeki bir çekincenin

⁶⁶¹ Developments and Events: The High Court's Decision in Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh and the Government's Response, 9 Aust. J. Fam. L. 89, 93 (1995)'den aktaran TODRES, "Emerging Limitations on the Rights of the Child", s. 187.

⁶⁶² Louis HENKIN, "Treaties in a Constitutional Democracy", **Michigan Journal of International Law**, Vol. 10, Issue 2, 1989, ss. 406-429, s. 425 dn.42.

⁶⁶³ Alastair BISSETT-JOHNSON, "What did States really agree to?-Qualifications of Signatories to the United Nations Convention on the Rights of the Child", **International Journal of Children's Rights**, Vol. 2, 1994, ss. 399-411, s. 399-400.

⁶⁶⁴ Committee on the Rights of the Child, **Reservations, Declarations, and Objections Relating to the Convention on the Rights of the Child**, U.N. Doc. CRC/C/2/Rev.5 (1996).

“Sözleşme’nin amaç ve konusu ile çeliştiği” itirazı üzerine geri çekmiştir⁶⁶⁵. İslam ülkeleri de genel bir çekince koyarak, Sözleşme’nin İslam hukuku ile uyuşmayan kurallarını uygulamama hakkını saklı tutmak istemişlerdir. Bazı ülkeler bu şekilde kapsamı belirli olmayan çekincelere devletlerin sorumluluğunun belirlenmesini zorlaştıracığını ifade ederek itiraz etmişlerdir⁶⁶⁶. Öğretide bu yöndeki bir çekincenin “anayasa hükümler” ile çelişmeyecek biçiminde yorumlama hakkını saklı tutan çekincelerle aynı nitelikte olduğu ve belirli hükümlere ilişkin olacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁷.

Ancak Sözleşme’nin çocuğun hukukuna ilişkin genel ilkeler sistemi öngördüğü ve bu sistem tarafından oluşturulan hukuksal yapının, çocuğa ilişkin mevcut toplumsal hukuksal ilişkileri aşan bir meşru düzeni ifade ettiği ve dolayısıyla normlarının “olması gerekeni” de belirten ve çocuğa ilişkin sosyal-moral gerçekliğinin oluşturduğu güçler alanını etkileme savını içeren bir metin olduğu göz önüne alındığında⁶⁶⁸, hükümlerinin bu sisteme uygun yorumu önem kazanmaktadır.

Anayasa hukuku bakımından sisteme uygun yorumu, sistematik yorumdan ayıran Oder, sistematik yorumun eşit hiyerarşiye sahip normlar arasında sistemsal bağlamın araştırılması eylemi iken, sisteme uygun yorumun, normatif hiyerarşi bakımından üstte yer alan veya normatif hiyerarşi bakımından göreceli üstünlüğü olabilecek normlara uygun yorum ya da normatif hiyerarşinin hiçbir yerine konulamayan karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi bir başka disiplin yahut bir başka özerk alanla kurulan yorum

⁶⁶⁵ Committee on the Rights of the Child, **Reservations, Declarations, and Objections Relating to the Convention on the Rights of the Child**, s 26.

⁶⁶⁶ Bu ülkeler Avusturya, Danimarka, Federal Almanya Cumhuriyeti, İrlanda, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz ve Slovakya’dır.

⁶⁶⁷ TODRES, “Emerging Limitations on the Rights of the Child “, s. 190.

⁶⁶⁸ Anayasalar hakkında aynı yöndeki yorum için bkz: SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 15.

ilişkisini ifade ettiğine dikkati çekmektedir⁶⁶⁹. Dolayısıyla Sözleşme'nin çocuğa ilişkin kurallar ve değerler sistemi öngören bir metin olduğu dikkate alındığında Sözleşme'de öngörülen bu sisteme uygun yorum, çocuğun haklarının etkili olarak tanınması ve yaşama geçirilmesi bakımından önemlidir.

Sözleşme'de düzenlenen hakların iç hukukta doğrudan etkisi ya da kendiliğinden uygulanabilirliğini etkileyen diğer bir unsur, hükümlerin somut hak taleplerine olanak verip vermediğidir. Öğretide Sözleşme'de tanınan hakların düzenleniş biçiminden hareketle, büyük çoğunluğunun “program hüküm” niteliğinde olduğu, devletlerin iç hukuka aktarmayı amaçlayan işlemlerini ve alınması gerekli çeşitli önlemleri gerektirdiği gerekçesiyle doğrudan ve kendiliğinden uygulanamayacakları değerlendirilmektedir⁶⁷⁰. Gerçekten Sözleşme'de yer alan bazı hükümlerde hakkın sahibi ve konusu, idari makamlar ve yargısal organlarca somut olayda doğrudan uygulanabilmesi için gerekli açıklık ve kesinlikten yoksundur. Türk hukuku bakımından, “eşitlik ilkesine uyulmalıdır” ya da “çocuk ana babasından ayrılmamalıdır” biçiminde soyut ve genel ilkelere yer veren hükümler örnek verilerek, bu hükümlerin iç hukuk bakımından idari ve yargısal kararlara dayanak oluşturabilmesi için somut hak talebine olanak vermek üzere hakkın konusunun ve öznesinin yasal düzenlemelerle ya da yargısal işlemlerle somutlaştırılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷¹. Yasama organlarının yasama işlevini yerine getirirken “çocuğun yüksek yararı ilkesini” Sözleşme'de tanınan hakların “en iyi şekilde” iç hukuka aktarılmasında göz önünde bulundurmaları gerekmektedir⁶⁷².

⁶⁶⁹ Bertil Emrah ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”, **Anayasa Yargısı**, 30, 2013, ss. 49-59; s. 50.

⁶⁷⁰ GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 529; SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 47; AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 14.; Marc BOSSUYT, “La Convention des Nations Unies sur les Droits de l'enfant” RUDH 1990, s. 141-144'den aktaran AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 14.

⁶⁷¹ SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 47.

⁶⁷² Emilio García MÉNDEZ, “A Comparative Study of the Impact of the Convention on the Rights of the Child: Law Reform in Selected Civil Law Countries”, içinde: UNICEF, **Protecting the World's**

Sözleşme'nin hükümlerinin program hüküm niteliğinde olduğu ve pek çoğunun doğrudan uygulanabilir hükümler olmadığı konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte, Sözleşme'nin hükümlerini “zorunlu olmayan” ya da “seçimlik”⁶⁷³ olarak nitelendirmek, Viyana Sözleşmesi'nden hareketle uluslararası hukuk bakımından geçerli bir yaklaşım olmayacaktır. Nitekim taraf devletler anlaşma ile bağlanma rızalarını açıkladıktan sonra doğrudan doğruya uygulanabilirlik niteliğine sahip olmayan hükümlerle, tıpkı doğrudan uygulanabilir ve somut hak talebine olanak veren hükümler gibi bağlıdırlar. Devletler, Sözleşme ile bağlı olmalarından kaynaklanan yükümlülüklerini, uygun tedbirleri almak, güvence sağlayan düzenlemeler yapmak suretiyle yerine getirecektir. Dolayısıyla bu hükümlerin gereklerinin iç hukukta karşılanması bakımından yasama organının sorumluluğu ön plana çıkmaktadır⁶⁷⁴.

Diğer yandan “uygun önlemler”, “gerekli idari ve yasal önlemler”, “sosyal ve eğitsel önlemler” alma yükümlülüğü getiren hükümler, hükümetlere söz konusu hakkın nasıl uygulanacağına yönelik bir takdir hakkı tanıdığı biçiminde yorumlanabilecektir⁶⁷⁵.

Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilir hükümlerine gelince, konusu ve öznesi yeterli açıklıkta olan ve somut hak taleplerine olanak tanıyan medeni-kişisel hakların doğrudan uygulanabilir nitelikli hükümler olduğu değerlendirilebilir. Bu grupta olmak üzere, Sözleşme'de yer verilen hakların bir kısmının negatif bir üslupla düzenlenerek devletlere müdahale yasağı getirildiği görülmektedir. Bu hakların uygulanması için kural olarak devletlerin pozitif bir edimde bulunmasının gerekmeyeceği, müdahalede

Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, ss. 100-141, s.109-110.

⁶⁷³ BOSSUYT, s. 141-144'den aktaran AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 14.

⁶⁷⁴ Savitri GOONESEKERE, “Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems”, içinde: UNICEF, **Protecting the World's Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems**, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne, Madrid – Cape Town – Singapore, São Paulo, 2007, s. 6-7; Rona AYBAY, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 70, 2007, ss. 187-213, s.207.

⁶⁷⁵ GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 529.

bulunmamalarının yeterli olduğu ifade edilebilir⁶⁷⁶. Örneğin hiçbir çocuğun işkence ve kötü muameleye maruz bırakılamayacağını öngören 37’nci madde hükmü özellikle devlet organlarının çocukla ilişkileri bakımından devletin negatif tutumunu gerektirmektedir. Doğrudan uygulanabilir hükümler daha çok medeni ve siyasal haklar iken program hüküm niteliğinde olan hakların ise ekonomik ve sosyal haklar kategorisinde yer alan haklar olduğu ilk bakışta ifade edilebilir⁶⁷⁷.

Sözleşme’de yer alan bazı haklar taraf devletlere sağlama, güvenceye alma niteliğinde yükümlülükler yüklemekle birlikte, hakkın koruduğu konunun çocuğun hayatta kalma ve gelişimini sürdürme haklarının ön koşulu olarak nitelenebilecek sağlık, terkedilmiş çocuğun korunması ve beslenme hakkı gibi hakların doğrudan uygulanabilir nitelikte oldukları değerlendirilebilir.

Diğer yandan taraf ülkelerin uygulamaları incelendiğinde ÇHS’nin iç hukukta etkin olamaması, insan hakları antlaşmalarının ve dolayısıyla Sözleşme’nin uygulanmasını öngören somut yasal ya da (anayasal) hükümlerin olmamasından çok, ülkenin siyasal kültüründe çocuklarla ilgili konuların politik önceliğe sahip olmamasından kaynaklanmaktadır⁶⁷⁸.

bb. Sözleşme’nin Yatay Etkisi

İnsan hakları kurallarının bireyler arası ilişkilerde de geçerli olduğu ve bu kuralların sadece devletler için değil kişiler için de uyulması zorunlu kurallar oldukları yönündeki anlayış, başta anayasalar olmak üzere insan haklarını tanıyan diğer hukuki metinlerde vurgulanmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde insan hakları, “*devlet-birey ilişkileri yanında bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de geçerli olan ve uyulması zorunlu kurallar*”

⁶⁷⁶ GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 529.

⁶⁷⁷ GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 529.

⁶⁷⁸ MÉNDEZ, “A Comparative Study of the Impact of the Convention on the Rights of the Child”, s. 125.

anlamına gelmektedir⁶⁷⁹. İnsan hakları kurallarının, bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olması “yatay etki” olarak ifade edilmektedir. Yatay ihlallerden dolayı devletin sorumluluğu, insan haklarını koruma görevinden doğmaktadır. Önleyici ve düzeltici nitelikteki birtakım tedbirlerin alınmaması, devletin koruma görevini yerine getirmediği anlamına gelmekte ve bu tür ihlallerden dolayı sorumluluğuna yol açmaktadır. Hakların yatay etkisinin en çok hissedildiği konulardan biri de çocuk haklarıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin diğer insan hakları sözleşmelerinden ayrılan bir yönü, bireylerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallerin engellenmesi konusunda devleti açıkça yükümlü tutmuş olmasıdır. Sözleşme’nin 19’uncu maddesi taraf devletlere “çocuğun ana-babasının ya da bakımını üstlenen kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dâhil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri” alma yükümü getirmiştir. Buna göre taraf devletler, ebeveynlerin çocuklarına yönelik ihmal ve istismar niteliğindeki eylemlerini önlemek için gerekli tedbirleri almamaları durumunda Sözleşme’nin 19’uncu maddesini ihlal etmiş olacaklardır. Sorumluluğun yerine getirilmesinde devletin yükümlülükleri oldukça geniş tutulmuştur. Maddenin ikinci fıkrasında “*Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir*” hükmüyle yatay etki çerçevesinde devletlerin sorumlulukları somutlaştırılmaktadır. 18’inci maddenin ikinci fıkrasında “*Bu Sözleşme’de belirtilen hakların güvence altına alınması*

⁶⁷⁹ Reyhan SUNAY, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, 2015, ss. 9-52, s. 11.

ve geliştirilmesi için Taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardımı yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.” hükmü de devlet dışındaki kişilere ait yükümlülüklerin gerçekleştirilebilmesi için devlete yardımda bulunma yükümü getirmektedir.

Yine Sözleşme’de düzenlenen birtakım hakların yaşama geçirilmesi, devletin bireyleri sorumluluklarını yerine getirip getirmediği konusunda denetim faaliyetleri yürütmesi ve bireylerle aktif işbirliği içinde bulunmasını gerektirmektedir. Bu gereklilik ilk olarak çocuğun hukuki varlık kazanmasının ve haklardan yararlanmasının bir bakıma temel koşulu olan kimlik belgesine sahip olma hakkının gerçekleştirilmesinde ön plana çıkmaktadır. Bir kimliğe sahip olma hakkının etkin olarak yerine getirilebilmesi bakımından devletin gebelik olaylarını yakından takip etmesi ve doğumu takiben en kısa süre içerisinde her bebeğe kimlik kartı çıkarılıp çıkarılmadığını etkin mekanizmalarla denetlemesi gerekmektedir. Sözleşme’de de kimlik hakkına ilişkin 8’inci maddede ilk fıkrada kimlik hakkına ilişkin devletin negatif edimleri düzenlenmişken ikinci fıkrada “*çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması hâlinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar*” hükmüyle devletin her çocuğun kimlik hakkına sahip olması için pozitif edim yükümlülükleri hüküm altına alınmıştır⁶⁸⁰. 9’uncu maddede çocuğun ana babadan birine bırakılması durumunda, çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyni ile kişisel ilişki kurma hakkının gerçekleşmesi, özellikle çocukla birlikte yaşayan taraf ile devletin işbirliğini gerektirmektedir. Yine 23’üncü madde çerçevesinde zihinsel ve bedensel engelli çocukların haklarının etkin

⁶⁸⁰ Dünya genelinde 5 yaşın altındaki yaklaşık 230 milyon çocuğun (5 yaş altı yaklaşık her üç çocukta biri) doğumu hiçbir zaman resmi kayıtlara geçmemiştir. İstatistikler UNICEF’in İnternet sitesinden alınmıştır (Ekim 2016), <https://www.unicef.org/statistics/> (erişim tarihi: 29.10.2016).

olarak gerçekleştirilmesi devlet ile ailenin işbirliğini gerektirmektedir. Benzer biçimde sağlık ve eğitim hakkının gerçekleştirilmesi bakımından da bu tür bir işbirliği gereklidir. Yine 32’nci madde çerçevesinde çocuğun ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılması ile mücadele edilirken çocuk ile yakın ilişki içinde bulunan kişilerle yakın işbirliği gerekmektedir.

cc. Türk Anayasa Hukuku Bakımından Sözleşme’nin Kabul Edilmiş

Olmasının Sonuçları

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Türkiye tarafından 14.9.1990 tarihinde imzalanmış, TBMM tarafından 9.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, (RG. 11.12.1994, s. 22138) bunun ardından 23.12.1994 tarih ve 9476423 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Sözleşme’nin çekinceyle onaylanması kararlaştırılmıştır. (RG. 27.1.1995, s. 22184) Sözleşme’nin onay belgesinin 4.4.1995 tarihinde depo edilmesinden bir ay sonra 4.5.1995 tarihinde Türkiye bakımından yürürlük kazanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme’nin 17, 29 ve 30’uncu maddelerine çekince koymuş bu madde hükümlerini T.C. Anayasası ve Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmuştur.

Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri ve etkisi konusunda Türk hukuk sisteminde uluslararası hukuk ile iç hukukun, tek bir hukuk düzeni olarak kabul edildiği tekçi (monist) sistem benimsenmiştir⁶⁸¹. Bu anlayışa göre, uluslararası hukuk alanında

⁶⁸¹ Kelsen’e göre; dünyada var olan hukuk düzeni, tek bir hukuk düzenidir ve uluslararası hukuk ile ulusal hukuk, bu düzenin parçalarını oluşturur. Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk**, 15’inci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 19. Çelik’e göre de; uluslararası hukukla ulusal hukuk arasında eşitlik ilişkisinin bulunabilmesi, bu eşitliği kuran ve bu düzenlerden her birinin geçerlik alanlarını saptayan üçüncü ve üstün bir normlar sisteminin varlığına bağlıdır. Oysa, bu düzenlerden başka ve bunlardan üstün bir üçüncü düzen yoktur. Eşitlik söz konusu olamayacağına göre, bu iki sistem arasında zorunlu olarak bir hiyerarşi ilişkisi bulunacak ve normların sıralanışında uluslararası hukuk kuralları, iç hukuk kurallarının önünde yer alacaktır. Bunun sonucu olarak ise, bu iki hukuk normu çatıştığında, uluslararası hukuka üstünlük tanınacaktır. Edip ÇELİK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk

usulüne göre oluşturulan bir kural, doğrudan ulusal kurallar arasındaki yerini alır⁶⁸². Ne var ki tekçi sistemin kabul edilmiş olması, usulüne göre onaylanıp yürürlüğe konmakla iç hukukun bir parçası olduğu sonucunu doğurmaktan öte bir anlam ifade etmemekte; Sözleşme'nin iç hukuktaki hiyerarşik yeri, yine o devletin çoğunlukla anayasası tarafından belirlenmektedir⁶⁸³.

Türk hukukunda Anayasanın 90'ıncı maddesi gereğince uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir⁶⁸⁴. “Kanun hükmünde” ibaresinin anlaşmalara anayasa sistematigi içinde nasıl bir yere yerleştirdiği öğretide çok tartışılmış yargı makamları da tutarlı ve istikrarlı bir yaklaşım ortaya koyamamıştır⁶⁸⁵. Bu tartışmalar konuya ilişkin anayasa değişikliği ile giderilmeye çalışılmıştır. 2004 yılında aynı maddenin beşinci fıkrasına eklenen “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla” kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşmanın esas alınacağı hükmü yer almakta ve 2010 yılında ailenin korunmasını düzenleyen ve kenar başlığına “çocuk hakları” ibaresi eklenen Anayasanın 41'inci maddesinde değişiklik yapan 5982 sayılı Kanunun ilgili maddesine ilişkin gerekçede “*tarafı olduğumuz Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile diğer uluslararası*

Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Prof. Dr. Lütfi Duran 'a Armağan, Sayı 1-3, 1988, ss. 47-56, s. 49.

⁶⁸² A. Şeref GÖZÜBÜYÜK – Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 19.

⁶⁸³ 7 Mayıs 2004 tarihli 5170 sayılı yasa ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile 90. maddenin 5. fıkrasına şu cümle eklenmiştir: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” Hüküm temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normatif değerine belirli ölçüde açıklık kazandırmakla birlikte, söz konusu normun her bir unsuru başlı başına yeni eleştiri ve görüşleri de beraberinde getirmiştir.

⁶⁸⁴ Uluslararası anlaşmaların Türk hukukundaki yeri konusunda öğretilde ileri sürülen görüşler ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı konusunda kapsamlı bir çalışma için bkz: Ozan ERGÜL, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, **Yıldırım Uler'e Armağan**, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayına Hazırlayan Muhammed ERDAL Lefkoşa, 2014, ss. 65-86.

⁶⁸⁵ Ayrıntılı bir inceleme için bkz: ERGÜL, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, s. 67-71.

*belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkelerin, Anayasa metnine dâhil edildiği*⁶⁸⁶” ifade edilmektedir.

2004 Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 90’ıncı maddesine eklenen cümlelerin, uluslararası antlaşmaların ulusal hukuk düzenindeki yerini belirlemeye yönelik tartışmaları çözeceği düşünülmüştür. Anayasa’nın 90’ıncı maddesinde yer alan “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” düzenlemesinin, doktrinde genellikle, kanunlarla temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar arasında bir üstünlük ilişkisi yarattığı biçiminde yorumlanmaktadır. Özbudun, söz konusu hükmün temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların Anayasa’nın altında kanunlarla eşdeğerde bir konuma yerleştirmiş olduğunu, bir kanunla uluslararası anlaşma arasında bir çatışma çıkması durumunda, sorunun öncelik-sonralık ve özellik-genellik kurallarına göre çözümleneceğini, ancak 2004 yılında Anayasa’nın 90’ıncı maddesine eklenen son fıkra uyarınca temel haklara ilişkin milletlerarası anlaşmaların, kanunlar karşısında öncelikli olduğunu kabul edildiğini belirtmektedir⁶⁸⁷. Gözler de Anayasanın 90’ıncı maddesinin son fıkrasına eklenen hüküm ile, kanunlar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar arasında hiyerarşi ihdas edildiğini, artık bu tür milletlerarası andlaşmaların Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha üstün olduğunu değerlendirmektedir⁶⁸⁸. İnsan haklarına dair uluslararası anlaşmalar hakkında 90’ıncı maddeye eklenen hükmün, bir maddi hukuk kuralı değil, “yasa çatışması” kuralı olduğu

⁶⁸⁶ Teklifin madde gerekçesinde yer alan “Anayasa metnine dâhil edilmekte” ibaresinin Türk anayasa hukuku bakımından isabetsiz bir tercih olduğu ifade edilmelidir. Nitekim Türk anayasa hukukunda sözleşmeler, insan haklarına ilişkin olmak kaydıyla kanunla çelişmesi durumunda milletlerarası anlaşmanın esas alınacağına dair anayasal hüküm göz önüne alındığında, her durumda kanunlar hiyerarşisi anlamında anayasanın altında yer alan düzenlemelerdir. Anayasa metnine dâhil “kurucu sözleşme” Türk hukukunda karşılaşılan bir hukuki seçim değildir.

⁶⁸⁷ ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 382, 385.

⁶⁸⁸ GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 115.

yönündeki değerlendirmeler önemlidir. Yasa çatışması (kanunlar ihtilafı) kurallarının işlevinin, uyuşmazlığın çözüme bağlanması için, işin özüne uygulanacak “maddi” hukuk kuralının belirlenmesi ve böylece aynı konuya ilişkin olarak yan yana var olan kurallar arasında, uygun seçimin yapılmasını sağlamak olduğuna işaret eden Aybay, “doğrudan uygulanabilen” hükümlere sahip anlaşmalar ile “doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümlere sahip olmayan” anlaşmalar arasında bir ayrıma gitmekte ve ilk grupta yer alan, doğrudan uygulanan bir antlaşma hükmü ile bir kanun hükmü arasında uyuşmazlık (çatışma) çıkması halinde, ek cümle uyarınca, uluslararası antlaşma hükümlerinin “esas alınması” gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸⁹. Aybay ayrıca, kurallarına uyulmasının denetlenmesi amacıyla bir mahkeme ile desteklenen AİHS’ni de ayrı bir yere yerleştirmekte ve bu Sözleşme ve ek protokolleri ile AİHM kararlarının “üstünlüğünün” kabul edilmesi gerektiğini değerlendirmektedir⁶⁹⁰. Sağlam da, 90’ıncı maddeye yeni eklenen hüküm ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük kazandırıldığını ifade etmektedir⁶⁹¹. Ergül de 90’ıncı maddeye eklenen cümlelerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunlar arasında hiyerarşi yaratmadığını, yalnızca “özel bir norm çatışma kuralı” öngördüğünü değerlendirmektedir⁶⁹².

⁶⁸⁹ AYBAY, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, s. 206, 207.

⁶⁹⁰ 2007 yılında yayımlanan bu çalışmada Aybay, AİHM kararlarına dayanarak “yargılamanın yenilenmesi”nin talep edilebileceğine dayanarak, AİHM kararına Türk hukuku bakımından “esas alınma”dan öte bir “üstünlük” tanınmış olduğunu ifade etmektedir. Aybay’ın bu değerlendirmesinin 2010 yılında Anayasa’nın 148’nci maddesinde yapılan değişiklik ile “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine” başvuru hakkı tanıyan hükmü de dikkate alındığında AİHS’nin Türk Anayasa hukuku bakımından konumunun daha da güçlendiği, kanunların üstünde bir düzeye yerleştirildiği ve kamu gücünü kullanan makamlar tarafından anayasal hakların ihlal iddialarının incelenmesinde bu Sözleşme hükümleri ve Sözleşme’yi uygulamakla yetkili AİHM’nin kararlarının da ölçü alınması gerektiği değerlendirilebilir.

⁶⁹¹ Fazıl SAĞLAM, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 298.

⁶⁹² ERGÜL, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, s. 74.

Anayasanın söz konusu hükümlerinden hareketle Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuk bakımından tıpkı bir kanun gibi bağlayıcı olduğu ve aynı konudaki bir kanun ile farklı düzenlemeler içermesi durumunda Sözleşme'nin hükümlerinin esas alınacağı ifade edilebilir.

Türk hukukunda Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde kabul edilen hak ve ilkelere uyum sağlamak amacıyla, anayasal düzey de dâhil olmak üzere pek çok yasal değişiklik yapılmıştır. Yine Anayasa Mahkemesi ve yüksek yargı organları ile yerel mahkemeler, kararlarında Sözleşme hükümlerine atıfta bulunmaktadır⁶⁹³.

Sözleşme'nin hükümleri ile çelişen yasal düzenlemelerin ilga edilerek hükümleri ile uyumlu yeni düzenlemeler yapılması yasama organının sözleşmeye taraf olunması sonucu gündeme gelen bir diğer yükümlülüğü olarak düşünülebilirse de Anayasanın 90'ıncı maddesinde yer alan “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” hükmü çerçevesinde yasama organının sözleşme ile çelişen hükümleri yürürlükten kaldırmasa dahi Sözleşme ile çelişen kanun hükmü yerine doğrudan Sözleşme hükmünün uygulanacağı kabul edilmelidir. Özellikle Sözleşme'de doğrudan uygulanabilir, devlete “pozitif ve negatif edim” yükleyen hükümler bakımından yargı organlarının kanunla çelişen Sözleşme hükümlerini doğrudan uygulaması anayasal bir görev olarak değerlendirilmelidir. Öğretide Sözleşme'nin klasik hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerinin doğrudan uygulanabilirliği kabul edilmektedir⁶⁹⁴. Yukarıda da

⁶⁹³ GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 548-553.

⁶⁹⁴ USTA, *Çocuk Hakları ve Velayet*, s. 47; GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 529; AKILLIOĞLU, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, s. 14,15; SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 47.

değildir gibi Anayasa'nın 90'ıncı maddesine eklenen ek cümle ile getirilen düzenleme, çatışma halinde, uluslararası antlaşma hükmünün "esas alınmasını" gerektirmektedir⁶⁹⁵.

Sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanması yanında yorum tekniğiyle ulusal yasaların hatta Anayasaların yorumuna yön verebilmesi de mümkündür. Nitekim uluslararası hukuk normları, bir yasanın Anayasaya aykırılığının incelenmesi sırasında Anayasa Mahkemeleri tarafından dikkate alınabilmektedir. Türk hukukunda uluslararası hukuk kurallarının anayasa yargısında ölçü norm olma değeri incelenirken, Anayasanın 90'ıncı maddesine eklenen son fıkra hükmü nedeniyle, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin özel bir konumunun olduğu ifade edilmelidir. Öte yandan Anayasanın 2'nci maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan "insan haklarına saygı" ilkesinin, sadece insan haklarını koruyan iç hukuk kurallarına değil, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine de saygıyı içerdiği ileri sürülebilir. Öğretide "insan hakları ilkesi"ne yer veren 2'nci maddenin Anayasanın uluslararası hukuka açık pencerelerinden biri olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin bu hükümden hareketle, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalara anayasa yargısında etkin bir rol kazandırma olanağına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu yöndeki bir kabulün, uluslararası anlaşmaların pek çok hükmünün, hakka ilişkin temel ilkeleri ortaya koyması ve bu hükümlerin doğrudan uygulanabilirlikten yoksun olması karşısında, sözleşmeye taraf olunmasının niyet beyanından öte bir anlam kazanabilmesi bakımından önemli olduğu ifade edilmelidir. Günümüzde insan haklarının yalnızca ulusal hukukların konusu olmaktan çıkıp evrensel karakter kazandıkları ve uluslararası hukuk tarafından da korunduklarından hareketle⁶⁹⁶ taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine uymayan bir devletin, Anayasanın

⁶⁹⁵ AYBAY, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", s. 208; ERGÜL, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", s. 74.

⁶⁹⁶ ÖZBUDUN, **Anayasa Hukuku**, s. 425.

2'nci maddesi anlamında “insan haklarına saygılı” bir devlet olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilebilir.

Ayrıca 1982 Anayasası'nda uluslararası hukuka açıklık ilkesine dayanak oluşturan diğer bir hüküm Anayasanın 15'inci maddesidir. Maddede olağanüstü hâllerde hak ve özgürlüklere getirilecek kayıtlamalar ile uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilemeyeceği esasına yer verilmektedir. Uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin içine uluslararası hukukun genel ilkeleri yanında özellikle devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Maddede olağanüstü dönemler için öngörülen uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmeyeceği kaydı olağan dönemler için öncelikle geçerlidir⁶⁹⁷.

Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Anayasanın 2'nci maddesindeki “insan haklarına saygılı devlet” ilkesini nitelerken, destek ölçü norm olarak başvurmuştur. Sözleşmeleri doğrudan ve tek başına ölçü norm olarak almayan Anayasa Mahkemesi'nin “hukuk devleti” ve “insan haklarına saygılı devlet” sözcüklerini referans yaparak, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünü kabul ettiği yönünde kararlarından söz edilebilmekle beraber Mahkeme, bu konuda yeknesak bir yargısal tutuma sahip değildir⁶⁹⁸.

Çocuk hakları Sözleşmesi de insan haklarına ilişkin olduğundan bir ulusal yasanın Anayasaya aykırılığı gündeme geldiğinde Anayasa Mahkemesi tarafından destek ölçü norm olarak dikkate alınabilecektir. Örneğin yargıç, önüne gelen bir davada, evliliğin sona ermesi durumunda velayetin ancak ana ya da babadan birine verilebileceğine ilişkin Medeni Kanun hükmünün, Sözleşme ışığında yorumlanarak Anayasa kuralına (ebeveynlik haklarına ve eşitlik ilkesine) aykırılığı savını ciddiye alarak konuyu Anayasa

⁶⁹⁷ Bakır ÇAĞLAR, **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 163; UYGUN, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 152.

⁶⁹⁸ Bertil Emrah ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 212-213.

Mahkemesi önüne taşıyabilecektir. Ya da nüfus kaydında din hanesine yer verilmesini öngören yasal düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmamış olan Anayasa Mahkemesi, din özgürlüğünü Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumladığında, önceki kararlarında ulaştığı sonuçtan ayrılarak, aynı yasal düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulabilecektir⁶⁹⁹. Yine gösteri özgürlüklerini on sekiz yaşından küçükler bakımından tanımayan yasa kurallarının da “insan haklarına saygı” ilkesinden hareketle Sözleşmeye uygun yorumlanarak iptal edilmeleri gündeme gelebilecektir. Benzer biçimde Sözleşme’de özel sınırlama nedenine yer veren hakların, iç hukukta düzenlenirken bu sınırlama nedenlerinin aşılması durumunda, Anayasa Mahkemesi’nin ilgili hakka ilişkin Anayasada yer alan sınırlama nedenleri yanında Sözleşme’de hak için öngörülen sınırlama nedenlerini destek ölçü norm olarak dikkate alması beklenecektir.

dd. Sözleşme’nin Yargı Makamları Üzerinde Etkisi

i. Genel olarak

Anayasa ile ulusalüstü insan hakları hukuku arasındaki ilişki bakımından açık bir hüküm içermemekle birlikte, anayasal düzenin ulusalüstü insan hakları hukukuna açıklığı konusunda Anayasa’nın başlangıç kısmı da dâhil olmak üzere bir dizi göndermenin bulunduğu değerlendirilebilir. Nitekim başlangıcın ikinci paragrafında yer alan “*dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak*”, yedinci paragrafında “*yurtta sulh cihanda sulh arzu ve inancı içinde*”, 92’nci maddenin ilk fıkrasında “*milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında*”

⁶⁹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 13.3.1980 tarih ve E: 1979/9, K: 1979/44 sayılı Kararı; Anayasa Mahkemesi’nin 21.6.1995 tarih ve E: 1995/17, K: 1995/16 sayılı Kararı. Ayrıca bkz. Levent GÖNENÇ – Selin ESEN, “Religious Information on Identity Cards: A Turkish Debate”, **Journal of Law and Religion**, 2007–2008, Vol. 23, No. 2, ss. 579–603, s. 597, 598; Tolga ŞİRİN – Erkan DUYMAZ – Deniz YILDIZ, **Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri**, Birinci Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s. 38.

ifadeleri ulusalüstü hukuka yapılan göndermelerdir. Anayasada, ulusalüstü insan hakları hukukunun Anayasa ve kanun yorumunda etkili olmasını sağlayacak düzenlemelerden de söz edilebilir. Nitekim Anayasa'nın 15'inci maddesi uyarınca olağanüstü yönetim usulleri altında temel hak ve özgürlükler rejimi bakımından "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi"nin bir sınır olarak yer aldığı görülmektedir. Yine 16'ncı madde uyarınca yabancılar için temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında "milletlerarası hukuka uygunluk" esas alınmaktadır. Yine 2004 yılında Anayasa'nın 90'uncı maddesine yapılan ekleme ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması öngörülmektedir. Öte yandan Anayasa'nın Başlangıcı ile 174'üncü maddesinde dile getirilen "çağdaş uygarlık düzeyi"ne ulaşma amacının ulusalüstü insan hakları hukukunun gözetilmesi olarak anlaşılabileceği savunulabilir. Bu görüş, Anayasa Mahkemesi kararında bir karşı oy yazısında şu ifadelerle yer almıştır: "*Cinsiyete dayalı ayırımları yasaklayan Sözleşme kurallarının 'farklı cinslerin eşit haklara sahip olması' ilkesinin uluslararası alana taşınarak ortak idealler haline dönüştürülmesi, bu ilkenin ulusal düzenlemelere yansıtılmasında itici bir güç oluşturması bakımından büyük önem taşımaktadır. Anayasa'nın Başlangıcı ile 174. maddesinde dile getirilen çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma amacı bu uygarlığın hukuk alanına yansması olan hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası belgelerin, Anayasa kurallarıyla birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir*". Ancak ulusalüstü hukuk normlarının anayasal düzeni içindeki yeri konusunda önemli bir değişimi beraberinde getiren düzenleme, 2010 yılında yapılan referandum ile 148'inci maddenin üçüncü fıkrasına eklenen hükümdür. Buna göre "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Bu hüküm ile birlikte Anayasa

Mahkemesi bireysel başvuruları ele alırken Anayasada tanınan hak ve özgürlüklerden AİHS’de de düzenlenen herhangi birinin ihlal edilip edilmediğini incelerken Sözleşmede düzenlenen hakları ve bu haklara AİHM tarafından yüklenen anlamı göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. AİHM de çocuğun taraf olduğu ya da çocukların uyuşmazlığın bir parçası olduğu durumlarda hakkın ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken ÇHS, İLO sözleşmeleri, Lahey Adalet Divanı sözleşmeleri, Avrupa Konseyi ya da Avrupa Birliği tarafından kabul edilmiş doğrudan çocuk haklarını konu alan ya da çocukların haklarına ilişkin hükümler içeren sözleşmelerde yer alan hükümleri göz önünde bulundurmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin de bu yönde bir içtihadi tutum benimsemesi, öğretide “özde uyum yöntemi” olarak nitelenen⁷⁰⁰ ve Mahkeme’nin uyuşmazlık ile ilişkili bulunduğu sözleşmeyi, o sözleşmenin denetim organının yaklaşımından bağımsız olarak, kendi yaklaşımı çerçevesinde yorumlayarak sözleşmede öngörülen standardın gerisine düşme riskini bertaraf edebilecektir.

Sözleşme’nin genel olarak etkinliği incelenirken ifade edildiği üzere yargı makamlarının Sözleşmeyi yorumlama ve uygulamadaki tutumları iç hukukta etkinlik kazanmasında yaşamsal öneme sahiptir. Türk hukukunda açıkça Çocuk Koruma Kanunu’nda, çocuğun yüksek menfaatlerinin gözetilmesi ilkesine yer verilmiştir (md. 4). Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin kabulünden sonra yargılama aşamasında karara ulaşılırken, çocuğun görüşünün alınmamış olması, Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak kabul edilmektedir. Yargıtay, alt derece mahkemelerinin kararlarının Sözleşme ile uyumlu olmasına çocuğun yüksek yararını gözetmeyen kararların hukuka aykırılığına dikkat çekmektedir.

Danıştay kararlarında ise, çocuğun haklarına ilişkin uyuşmazlıklar idari mahkemeler önüne getirilmekle birlikte Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde tanınan ilkelere

⁷⁰⁰ ODER, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, s. 219-220.

ya da haklara atıf yapılmadığı görülmektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin Türk yargı makamları tarafından uygulanması ve yorumlanması konusu ele alınırken yalnızca Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yaklaşımı incelenebilecektir. Oysaki Sözleşme'de düzenlenen ve devletin olumlu edimini gerektiren pozitif statü hakkı niteliğindeki hakların yerine getirilmesine ilişkin uyuşmazlıklar Türk hukuk sisteminde idari yargının görev alanını ilgilendirdiği ve bu uyuşmazlıkların karara bağlanmasında Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin de göz önünde bulundurulması yönünde bir içtihadi tutum geliştirilmesinin beklendiği ifade edilmelidir.

Örneğin Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkındaki güvenceleri, Anayasa'nın 90/5'inci maddesi gereği somut olaylarda uygulamakla yükümlü olan Türk yargı organları, bu maddeyi, anlam, kapsam ve sınırları yönünden yorumlayacaktır. İşte bu yorumlama faaliyeti sırasında da, Sözleşme'nin yargı organı, o maddeyi ve oradaki güvenceleri nasıl yorumlamış, onlara ne anlam vermişse, ulusal yargı yerinin de, Sözleşmeyi o çerçevede yorumlaması gerekmektedir⁷⁰¹. Anayasanın, uluslararası sözleşmelerin insan haklarına ilişkin olanlarının üstün tutulmasının temel nedeni, sorunları insan haklarına ve özellikle çocuklar bakımından ÇHS'ye uygun olarak çözmek ve böylece çocuk haklarının etkin olarak yaşama geçirilmesini sağlamaktadır.

ii. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi önüne çocuk haklarının ihlaline ilişkin iddiaları başlangıçta, evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocukların evlilik birliği içinde dünyaya gelen çocuklar karşısında ayrımcılığa neden olan düzenlemelerin Anayasaya aykırılığı iddialarının incelemesi talebiyle gelmiştir. Anayasal eşitlik ilkesini ihlal ettiği ileri

⁷⁰¹ GÖNENÇ – ESEN, “Religious Information on Identity Cards “, s. 491; Mesut GÜLMEZ, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 54, 2004, ss. 147-162, s.158.

sürülen bu hükümler karşısında Anayasa Mahkemesi, Anayasanın eşitlik ilkesi ile çocuğun korunmasına dair hükmü yanında Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de dayanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 28.2.1991 tarih, E. 1990/15, K.1991/5 sayılı kararında 17.2.1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 292'nci maddesinde yer alan *“birbirleri ile evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk tanınamaz”* hükmünün Anayasaya aykırılık incelemesini Anayasanın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesi yönünden değerlendirirken uygar ülkelerde düzgün nesepli ve nesebi düzgün olmayan çocuklar arasındaki tüm eşitsizliklerin kaldırılmış olduğunu, “anayasa üstü norm” olarak tanımladığı uluslararası sözleşmelerde de çocuklar arasındaki her türlü ayrımcılığa son verildiğini ifade etmektedir. Aynı kararda Anayasa Mahkemesi, herkesin *“kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip”* olduğunu hükme bağlayan “Anayasanın 12'nci maddesi yönünden inceleme” başlığı altında Birleşmiş Milletler Şartı, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı yanında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de atıf yapmıştır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış fakat henüz onay ve yürürlük için gerekli diğer prosedürel işlemler gerçekleştirilmediğinden yürürlüğe girmediği bir dönemde Sözleşmeye atıf yapılması Sözleşme'nin “anayasallık blokuna dâhil destek ölçü norm” olarak kabul edildiğini ortaya koyması bakımından önemlidir.

Mahkeme bireysel başvuru usulünün kabul edilmesinden sonra, çocuğa ilişkin olduğunu değerlendirdiği hak ihlali iddialarını incelerken Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerini göz önünde bulundurmuştur. Mahkeme, A.S.Y. Başvurusu'nda Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37'nci maddesinde yer alan *“çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması”* yönündeki ilkenin, *“fiilin ahlaki redaetini algılamaları erişkinlere göre daha zor olan suçta sürüklenen çocuklar hakkında daha hafif müeyyidelerin uygulanmasını”* gerektirdiğine

karar verirken bağımsız ölçü norm olarak göz önünde bulundurmuştur⁷⁰². Yeterli dozda kızamık aşısı yapılmadığı nedeniyle çocuklarının yaşamlarını kaybettiği gerekçesi ile yapılan çok sayıdaki başvuruyu Anayasanın 17’nci maddesinde düzenlenen yaşam ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı çerçevesinde ele alırken, Sözleşme’nin “*çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşünce*” olacağını hükme bağlayan 3’üncü maddesi ile “*çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkı*”na ilişkin 24’üncü maddelerine destek ölçü norm olarak başvurmuştur⁷⁰³. Anayasa Mahkemesi, Kanuna uygun olarak kaydedilmediği gerekçesi ile başvurucunun nüfusta murisin kızı olarak kayıtlı olmadığı, miras bırakan tarafından tanınması veya babalığa hükmedilmesi suretiyle aralarında soy bağının da kurulmamış olduğu gerekçesi ile murisler arasında yer alma talebi reddedilmesi üzerine yapılan bireysel başvuruyu, Anayasa’nın aile yaşamına saygı hakkı (md. 20) ve çocuğun korunmasına ilişkin 41’inci maddesinden hareketle “*çocuğun ebeveyn ile bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğü*” çerçevesinde ele almış ve ÇHS’de taraf devletlerin, bu Sözleşme’de yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana-babalarının ve ya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanıyacakları, çocuğun doğumdan hemen sonra derhâl nüfus kütüğüne kaydedileceği ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma

⁷⁰² A.S.Y. Başvurusu, (B. No: 2015/4213), parag. 68.

⁷⁰³ Çok sayıda karar içinde bkz: Hasan Sayar ve Müseddat Sayar Başvurusu, (B. No: 2015/3267), 11/10/2018, parag. 62-63.

hakkına sahip olacağı yönündeki hükmüne ise destek ölçü norm olarak başvurmuştur⁷⁰⁴. Mahkeme çocuk ile ebeveyn arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin başvurularda da Sözleşme hükümlerini destek ölçü norm olarak dikkate almaktadır⁷⁰⁵. Sözleşme'nin destek ölçü norm olarak dikkate alındığı konulara ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür ve bu konuların zaman içinde Mahkeme önüne çocukların haklarını konu alan başvurular geldikçe de çeşitleneceği öngörülebilir.

iii. Yargıtay Kararları

Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi 14.7.2004 tarih ve E.2004/16002, K.2004/9362 sayılı kararında, cezai takibata konu eyleme özgü özel bir ceza usul yasasının bulunduğu ve bu yasanın 15-18 yaş arasındaki bireylere de uygulanacağını kabul edildiği durumlarda dahi *“Anayasanın 90'ıncı maddesinde yapılan değişiklik uyarınca Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Türk hukukunun bir parçası hâline geldiği göz önünde bulundurularak”* 18 yaşından küçük sanıkların yargılamalarında Çocuk Mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiştir⁷⁰⁶. Yargıtay ayrıca kararında 2253 sayılı Çocuk Muhakemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinde yer alan *“15 yaşını bitirmeyen küçükler tarafından işlenen ve genel mahkemelerin görevine giren suçlarla ilgili davaların”* çocuk mahkemelerinde görüleceğini düzenleyen hükümde geçen on beş yaş ibaresinin geçersiz hale geldiğini belirlemiş ve bu düzenleme uyarınca 15-18 yaş grubuna giren sanıkların da yargılamalarının 2253 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacağı ve anılan Kanunun 26'nci maddesi gereğince küçükler tarafından işlenen suçların soruşturma ve kavuşturmasında 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir.

⁷⁰⁴ Fatma Julia Ekinciler Başvurusu, (B. No: 2013/2758), 17/2/2016, parag. 96.

⁷⁰⁵ Serpil Toros Başvurusu, (B. No: 2013/6382), 9.3.2016, parag. 48-53.

⁷⁰⁶ Yargıtay 7'nci Ceza Dairesinin 14.7.2004 tarih ve E.2004/16002, K.2004/9362 sayılı kararı; yine Yargıtay 7'nci Ceza Dairesinin 27.9.2004 tarih ve E. 2003/10073 ve K. 2004/11328 sayılı kararı.

Yargıtay 4'üncü Ceza Dairesi'nin 21.2.2005 tarih ve E. 2003/16610, K. 2005/1181 sayılı kararında iki ulusalüstü belgeye atıf yapılmıştır. “10.12.1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ile birlikte Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 25/1 madde ve paragrafı hükmü uyarınca faaliyetlerinde küçük sanığın yararını temel almak durumunda olan mahkemece” ifadesiyle ilgili Daire, çocuk yargılaması alanında görevli ulusal mahkemelerin, ÇHS'yi “temel almakla” yükümlü olduğuna karar vermiş ve Sözleşme'nin ilgili hükmüne dayanarak alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Karar, Dairenin ifadesiyle “iç hukukumuzda dâhil olan” Sözleşme'nin, ulusal yargı makamları tarafından yargısal faaliyetleri çerçevesinde gözetilmesi ve esas alınması gereken bir hukuki belge olarak kabul gördüğünü göstermesi bakımından önemlidir⁷⁰⁷.

Yargıtay Hukuk Daireleri Genel Kurulu 22.1.2014, E: 2013/2085, K: 2014/30 sayılı kararında “velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, ... Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12'nci ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3 ve 6'ncı maddeleri gereğince velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması hâlinde, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması” gerektiğini ifade etmiştir. Bir başka kararında da annesi ile kalmak istediğini ifade eden çocuğun görüşüne kararda dikkate alınmamasını bozma sebebi saymıştır. Çocuğun yüksek yararına açıkça aykırı düşmedikçe görüşüne önem verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Böylece velayetin kime verileceğine karar verilirken çocuk haklarına dair sözleşmeler gereği çocuğun görüşünün belirleyici olması benimsenmiştir. Yargıtay bu kararında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12'nci maddesi ile Çocuk

⁷⁰⁷ Öğretide Yargıtay'ın ilgili kararında atıfta bulunulan Sözleşme hükümlerin içeriğinin, kararda konusu ile içerik bakımından örtüşmediğine, dava konusu olay ile Sözleşme'nin doğrudan ilgili hükümlerine atıf yapılmasının esas bakımından isabetli olacağına dikkat çekilmektedir. GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 551.

Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesine açıkça atıf yapmıştır⁷⁰⁸.

Yine Yargıtay 2'nci Hukuk Dairesinin ana babanın velayet hakkından kaynaklanan hakları ile çocuğun menfaatlerinin çatışması durumunda çocuğun menfaatine üstünlük tanınması gerektiğini kabul eden kararları da Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin temel ilkelerinden biri olan çocuğun yüksek yararı ilkesi ile uyumludur. Kararında Daire, *“Anne bakım ve şefkatine muhtaç küçük çocuğun velayetinin anne yerine babaya bırakılması, ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı için usul ve yasaya aykırıdır.”* ifadeleri ile çocuğun menfaatlerine öncelik tanımıştır⁷⁰⁹.

Aynı Daire, çocuğun menfaati ile ebeveynin çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkının çatışması durumunda çocuğun menfaatlerine üstünlük tanınacağına karar vermiştir. *“Davalı boşanmadan sonra davacıyı ve annesini çocuğun gözleri önünde silahla ağır biçimde yaralamış, çocuk beş yaşında olduğundan babaya karşı aşırı korku gelişmiş, babasıyla karşılaşmak istememeye başlamış, kişisel ilişki nedeniyle çocuğun huzuru ciddi biçimde bozulmuş ve tehlikeye girmiştir. Bu nedenle baba ile çocuğun kişisel ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekir”*⁷¹⁰. Dairenin bu kararlarına benzer pek çok kararından söz etmek mümkündür. Yargıtay'ın bu yargısal tutumu, Sözleşme'nin temel ilkelerinden olan “çocuğun yüksek yararı” ilkesi ile “çocuğun görüşünün alınması” ilkesinin iç hukuka aktarılması bakımından önemlidir.

⁷⁰⁸ Çocuğun görüşünün dikkate alınmamasının bozma nedeni sayılması yaklaşımı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.10.2010 gün ve K. 2010/2-501, E. 2010/492; 23.11.2011 gün ve K. 2011/2-547, E. 2011/695; 16.3.2012 gün ve K. 2011/2-884 E. 2012/197 ile 06.3.2013 gün ve K. 2012/2-794 E. 2013/310 sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

⁷⁰⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2003/1375, K. 2003/2372, T. 24.2.2003.

⁷¹⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2005/5868, K. 2005/8446, T. 31.5.2005.

ee. Sözleşme'nin Yasama Organı Üzerinde Etkisi

Sözleşme taraf devletlere, tanınan hakların uygulanması için gerekli her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri alma yükümlülüğü yüklemiştir. Sözleşme'de yer verilen hakların düzenleniş biçimine bakıldığında büyük çoğunluğunun “program hüküm” niteliğinde olduğu görülmektedir. Program kurallar subjektif hak doğurmayan, devlete görevleri konusunda yön gösteren kurallar olarak tanımlanmaktadır⁷¹¹.

Çocuk haklarının yaşama geçirilmesine ilişkin devlet yükümlülüklerinin kapsamı ve bu yükümlülüklerinin ihlali durumunda, yargı makamları aracılığıyla, devletin hakların gereklerine uymaya zorlanması -hakların dava edilebilirliği- konusunun, kapsamlı olarak ikinci bölümde incelenmesi planlandığından, bu başlık çerçevesinde, öğretideki yaklaşıma genel olarak yer vermekle yetinileceği belirtilmelidir.

Öğretide Sözleşme'de yer alan hükümlerden içerikleri bakımından açıklık ve kesinlik taşıyan, hakkın konusunu, kapsamını, öznesini ve yükümlüsünü normatif olarak belirleyen ve lafzında “tanır”, “üstlenir”, “saygı gösterir”, “sağlar” ve “güvenceye alır” gibi ifadelerle bu niteliğini pekiştiren hükümlerin doğrudan doğruya uygulanabileceği, buna karşılık hakkın konusu ve öznesi yeterince belirli olmayan ve yaşama geçirilebilir somut bir hak tanımayan hükümlerin ise niyet açıklaması ve tavsiye niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁷¹². Yine, “eşitlik ilkesine uyulmalıdır”, ya da “çocuk ana-babasından ayrılmamalıdır” biçiminde yaptırımsız, soyut ve genel anlaşma kurallarına dayanılarak iç hukukta birlikte velayet hakkı tanıyan bir yargıya varılamayacağı öğretide ifade edilmektedir⁷¹³. Bu kurallarla devlete yüklenen ödevin, hukuki olmaktan çok siyasal

⁷¹¹ UYGUN, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, s. 32; TANÖR, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, s. 191-194, 339-340.

⁷¹² USTA, Çocuk Hakları ve Velayet, s. 47.

⁷¹³ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 47.

olduğu⁷¹⁴, dolayısıyla bu hakların doğrudan ve kendiliğinden uygulanamayacakları değerlendirilmektedir⁷¹⁵.

Bu tür hükümlerin somut hak taleplerine olanak tanınması için yasama organının hakkın konusunu, kapsamını, sınırlarını somutlaştıran düzenlemeler yapması gerekmektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin program-kural niteliğindeki hükümlerinin doğrudan yasama inisiyatifini⁷¹⁶ harekete geçirmekle yetkili erk nezdinde bir çağrı niteliğinde olduğu ve yasama organına “düzenleme” yükümü getirdiği ifade edilebilir. Taraf devletlere “uygun önlemler”, “gerekli idari ve yasal düzenlemeler”, “sosyal ve eğitsel önlemler” alma sorumluluğu yükleyen bu tür maddeler aynı zamanda o hakkın nasıl uygulanacağına yönelik bir takdir hakkı tanımaktadır⁷¹⁷. Sözleşme'nin onaylanmasıyla yasama organı bu hakların iç hukukta talep edilebilir somut haklar biçiminde düzenleme yükümü altındadır⁷¹⁸.

Diğer yandan Sözleşme’de düzenlenen bazı haklar için ilgili maddelerde hakkın sınırlanmasına ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Olası sınırlamaların, başkalarının haklarına ve itibarına saygı gösterilmesi, kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık, genel ahlak, kamu güvenliği gibi sınırlama ölçütlerine dayalı ve yasayla öngörülmüş olması hüküm altına alınmıştır. Yine 14’üncü maddenin üçüncü fıkrasında *“bir kimsenin dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğü kanunla öngörülmek ve gerekli olmak kaydıyla yalnızca kamu güvenliği, düzeni, sağlık ya da ahlâki ya da başkalarının temel hakları ve özgürlüklerini korumak gibi amaçlarla sınırlandırılabilir”* hükmü yer almaktadır. Sözleşme’nin 10’uncu maddesi uyarınca herhangi bir ülkeyi terk etme hakkı,

⁷¹⁴ UYGUN, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, s. 32.

⁷¹⁵ GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 529; USTA, Çocuk Hakları ve Velayet, s. 46.

⁷¹⁶ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’da benimsenen sistem çerçevesinde bu ifade tercih edilmiştir.

⁷¹⁷ GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 529.

⁷¹⁸ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 48.

yalnızca yasada öngörüldüğü gibi ve ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığı ve ahlâk veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacı ile ve bu Sözleşme ile tanınan öteki haklarla bağdaştığı ölçüde kısıtlamalara konu olabilir.

Türk Anayasa hukuku bakımından Sözleşme’de yer alan sınırlama nedenlerin “yasama organı üzerinde bağlayıcı olduğu ifade edilebilir. Sözleşme’de düzenlenen bir hakkın Anayasada yer alan sınırlama nedenleri yanında Sözleşme’de yer alan sınırlama nedenlerine de uygun olması gerektiği, Viyana Sözleşmesi’nin ve Anayasa’nın 90’ıncı maddesinin gereğidir. Sözleşme’de yer alan sınırlama sebeplerinin uygun düzenleme yükümlüğünün öncelikle yasama organına yönelen bir yükümlülük olduğu açıktır.

ff. Sözleşme’nin İdare Makamları Üzerinde Etkisi

Sözleşme’de düzenlenen hakların yaşama geçirilmesi için idare makamların da sorumluluklarından söz edilebilir. Özellikle Sözleşme’nin negatif edim yükleyen doğrudan uygulanabilir hükümleri idare üzerinde bağlayıcı etkidir. Örneğin hiçbir çocuğun işkence ve diğer kötü muamelelere maruz bırakılamayacağını öngören 37’nci maddesi, idari makamlara yönelen yükümlülükleri düzenlemektedir. Sözleşme’nin 20’nci maddesinde yer alan Devletten özel koruma ve yardım görme hakkı, ana baba korumasından geçici ve sürekli olarak yoksun kalan çocukların özel korunma altına alınmasını öngören hüküm, çocuklar bakımından idare makamlarına yöneltebilecek bir hak oluşturmaktadır⁷¹⁹. 25’inci maddede yetkili makamlarca koruma ve bakım altına alınan, bedensel veya ruhsal tedavi amacıyla bir kuruma yerleştirilen çocukların durumlarının taraf devletlerce sürekli denetim, belli aralıklarla gözden geçirme yükümü öngörülmüştür. Bu hüküm de çocuğa idari makamlara yöneltebileceği bir hak tanımaktadır.

⁷¹⁹ Feriha Bilge TANRIBİLİR, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 79.

Tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmeti sunan kuruluşlardan yararlanma hakkı veren 24'üncü madde, devlete olabilecek en iyi sağlık düzeyini sağlama yükümü getirmiştir. Devletlerin bu yükümlülüğü bir süreç içerisinde aşamalı olarak yerine getirmeleri kabul edilmiştir⁷²⁰. Sözleşme'de çocuğun sağlık hakkı, 18/3, 23, 26 ve 27'nci maddesi hükümleri ile de desteklenmiştir. Buna göre taraf devletler engelli çocukların toplumsal yaşama etkin bir şekilde katılmalarını kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlüdürler. Devletler engelli çocuklar için özel bakım olanağı sağlamalı ve uygun yardımları yapmalıdır. Ancak devletlerin bu yükümlülüklerini sahip oldukları mali olanakları ölçüsünde yerine getirmeleri gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin 26'ncı maddesi ile taraf devletlere sosyal sigorta dâhil, “sosyal güvenlikten yararlanma hakkını” tanıma yükümü getirmiştir. Bunun yanı sıra taraf devletler sosyal güvenlik hakkının uygulanmasını sağlamak için gerekli önlemleri almalıdırlar.

Sözleşme'nin diğer insan hakları sözleşmelerinden ayrılan bir yönü, bireylerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallerle ilgili olarak taraf devletlerin sorumluluğunu açıkça düzenlemiş olmasıdır. Örneğin Sözleşme'nin 19'uncu maddesi çocuğun aile içinde istismar edilmesi durumunda taraf devletlerin sorumluluğunu düzenlemiştir. Benzer biçimde taraf devletler çocukların yabancı ülkelere gayri meşru yollardan götürülmelerine ve geri dönememelerine karşı gerekli önlemleri alma yükümü altındadırlar. Bu hükümlerde düzenlenen hakların yaşama aktarılabilmesi, idare makamlarının aktif eylemlerini gerektirmektedir.

Öte yandan “*Çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması sorumluluğu; sahip oldukları imkânlar ve mali güçleri çerçevesinde öncelikle çocuğun ana-babasına veya çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere düşer*” hükmünü barındıran

⁷²⁰ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 397; Asbjørn EIDE – Wenche Barth EIDE, **Article 24: The Right to Health**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006.

27’nci maddenin ikinci fıkrası, Sözleşme’de çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak “yeterli bir hayat seviyesine hakkı” olduğunu kabul etmektedir. Sözleşmeye göre bu yaşam seviyesini sağlama yükümlülüğü esas itibariyle ana babaya ve çocuğun bakımını üstlenen kişilere aittir. Bu kişiler sahip oldukları olanaklar ve mali güçleri ölçüsünde bu sorumluluklarını yerine getirmelidirler. Öte yandan devletin de ana babaya ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere yardımcı olma yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet ulusal durumu ve olanakları ölçüsünde çocuğa bakmakla yükümlü olanlara yardımcı olmalıdır (md. 18).

gg. Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Sözleşmeye Konan Çekincenin Anayasa Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Türkiye Cumhuriyeti Sözleşme’nin 17, 29 ve 30’uncu maddeleri hükümlerini, TC. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır⁷²¹.

Sözleşme’nin 17’nci maddesinin (d) fıkrası “*Kitle iletişim araçlarını azınlık gurubu veya bir yerli ahaliye mensup çocukların dil gereksinimlerine özel önem göstermeleri konusunda teşvik ederler*” biçimindedir. Sözleşme’nin eğitim hakkını düzenleyen 29’uncu maddesinin (a) bendinde “*çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yetilerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi*” ve (d) bendinde “*çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik, ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhu ile özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması*” amaçlarından bahsedilmektedir. Sözleşme’nin 30’uncu maddesi “*soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların var olduğu devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte*

⁷²¹ RG. 27.1.1995, S. 22184.

kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma *hakkından yoksun bırakılamaz.”* demektedir.

Azınlık kavramına ilişkin bu tanım Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde benimsenen tanım ile örtüşmektedir. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 27’nci maddesine göre *“Etnik, dinsel ya da dilsel azınlıkların bulunduğu ülkelerde, bu azınlıklara mensup kişilerin, kendi gruplarına mensup şahıslarla birlikte, kendi kültürlerini yaşamak, kendi dinlerinin gereğini uygulamak ve kendi dillerini kullanmak hakları yadsınamaz.”* Sözleşmeye göre taraf devletler, azınlıklara kendi kültürel ve etnik kimliklerini korumaları için hukuki güvence vermekle yükümlüdür. Türkiye, 15 Ağustos 2000 tarihinde Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile bunun ikizi olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesini birlikte, çekince koyarak imzalamıştır. Çekince gerekçesi olarak Lozan Barış Anlaşması’ndaki ilgili hükümler ile Anayasa’nın 3’üncü maddesinde devletin resmi dilinin Türkçe olduğu, Anayasa’nın 42’nci maddesindeki uluslararası antlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Türkçeden başka hiçbir dilin, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dili olarak okutulamayacağı ve öğretilemeyeceği hükmü gösterilmiştir.

Çekincelerin temel dayanağı, Lozan Anlaşması ile azınlık statüsü tanınan kişiler dışında ülkede azınlık bulunmadığı yönündeki kabuldür. Yönetimde temsil, self-determinasyon, ana dil, eğitim hakkı gibi anayasa hukuku bakımından önemli pek çok konu, uluslararası hukukun en tartışmalı konularından birisi olan azınlıkların hakları bağlamında değerlendirilmeyi gerektirmektedir. Azınlık kavramı, içinde yaşadığı toplumun genel yapısından, ırk, dil, din, kültür ve millet olarak ayrılan ve genel nüfusa oranla daha küçük toplulukları ifade etmektedir. Ancak, üzerinde tam olarak uzlaşılmış bir azınlık tanımı bulunmamaktadır. Türk hukukunda azınlık statüsünün Lozan Anlaşması ile belirlendiği ve bu anlaşma ile tanınan azınlıklar dışında azınlık

yaratılmasının suç veya anayasa hukuku bakımından parti kapatma nedeni sayıldığı görülmektedir.

Bir topluluğa azınlık statüsünün tanınması bu topluluğun, ana unsurun sahip olduğu haklara sahip olmasının yanında, kendi kimlik ve kültürlerini koruma araçlarını da sağlamaktadır. Ancak uluslararası sözleşmelerde azınlık statüsü yanında “yerli halkların” hakları da tanınmış bulunmaktadır. Nitekim Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 17’nci maddesinin (d) bendinde: Taraf devletler “*Kitle iletişim araçlarının azınlık grubu veya bir yerli ahaliye mensup çocukların dil gereksinimlerine özel önem göstermeleri konusunda teşvik ederler*” demektir. Bu madde çocukların “azınlık grubu veya bir yerli ahaliye mensup çocukların dil gereksinimine” vurgu yapmakta ve kitle iletişim araçlarının bu gereksinimi karşılaması konusunda devletin teşvikine dikkat çekmektedir. Sözleşme’nin 30’uncu maddesi “*soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların var olduğu devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz.*” demektir.

Sözleşme’de “çocuğun kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamayacağı” ifade edilmektedir. “çocuğun kendi dili” olgusunun hukuksal bir faraziyeden öte sosyolojik bir olgu olduğu, çocuğun gelişimsel ve kültürel hakları kapsamında tanınması ve korunması gerektiği tartışmasızdır. Dolayısıyla Türkiye’nin bu maddeye koyduğu çekincenin Sözleşme’nin konu ve amacına uygun olmadığı söylenebilir⁷²². Sözleşme’nin eğitim hakkını düzenleyen 29’uncu maddesinin (a) bendinde “*çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yetilerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi*” ve (d)

⁷²² Süleyman DOST, “Uluslararası Düzenlemelere Göre Azınlık Statüsünde Olmayan Farklı Etnik Kökenli Çocukların Ana Dil Eğitimi Hakkı ve Türkiye”, **Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 2, 2016, ss. 539-556, s. 550; AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 23.

bendinde “*çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik, ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhu ile özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması*” amaçlarından bahsedilmektedir.

Azınlık statüsünde olmayan farklı etnik kökenli çocukların ana dil eğitimi; Sözleşme’de de tanınan çocuğun yetiştirilmesinde ana babanın hakları, kimliğinin korunması ve eğitimin amaçlarına ilişkin hükümler karşısında, konulan çekincelerin ana dilleri Türkçe olmayan çocukların bu dilde eğitim ve iletişim ihtiyaçlarının karşılanmasına engel olmayacak biçimde yorumlanması gerekmektedir. Öğretide de azınlık kavramına dayanmaksızın farklı ana dili konuşan vatandaşların Sözleşme’nin 5, 8 ve 29’uncu maddelerine dayanarak anadil öğrenimi hakkı tanınmasını talep edebilecekleri ifade edilmektedir⁷²³. Ayrıca azınlık kavramının, her şeyden önce göç olgusundan en çok etkilenen ülkelerden biri olan Türkiye gibi bir ülkede, “değişmez bir kalıp” olarak kabul edilmesinin iltica eden ve çeşitli nedenlerle ülkede kalıcı hale gelen kişilerin haklarının tanınmasında olumsuz etkide bulunma olasılığı dikkate alınmalıdır⁷²⁴.

4. Tematik Çocuk Hakları Belgeleri

Uluslararası toplum, öneminden hareketle çocuğa özgü belli bir hakka özel önem vererek Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümlerinden daha kapsamlı ve hakkın konusuna ilişkin daha somut hükümlere yer veren belgeler de kabul etmiştir. Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı ile uluslararası çalışma örgütü (ILO) tarafından kabul edilen belgeler bu nitelikteki belgelerdir.

⁷²³ AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 23; OZANSOY, “Öznesini Arayan Nesneler”, s. 61.

⁷²⁴ İç savaşın etkilediği Suriye’den Türkiye’ye göç eden mülteci çocuklara ana dillerinde eğitim hakkının tanınması evrensel insan hakları normları ile uyumlu bir yaklaşımdır. Ana dilde eğitimin çocuk hakları bakımından öneminin göz önüne alınmakta olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

a. Lahey Devletler Özel Hukuku Sözleşmeleri

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi yanında çocukların haklarına özgü başka uluslararası hukuk metinleri de bulunmaktadır⁷²⁵. Bunlar arasında özellikle Lahey Devletler Özel Hukuku Sözleşmeleri gelmektedir. Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı 72 üyeye sahip, evrensel ölçekte bir örgüttür. II'nci Dünya Savaşı'ndan sonra 1951 yılında statüsü hazırlanan Lahey Konferansı, devletlerin milletlerarası özel hukuk düzenlemelerindeki farklılıkları giderme, hukuku yeknesaklaştırma amacıyla faaliyette bulunmaktadır. (Statü md. 1) Konferans kuruluşundan itibaren farklı konularda 39 milletlerarası özel hukuk sözleşmesi imzalamış ve bunların çoğu da yürürlüğe girmiştir. Hazırlanan sözleşmeler üye devletler yanında üye olmayan devletlerin de imzalamasıyla 130 ülke tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır⁷²⁶.

Lahey Konferansı diğer konuların yanı sıra aile ve çocukların korunması konularına özel bir önem vermiş ve bu konularda uluslararası toplum tarafından kabul gören pek çok sözleşme hazırlamıştır. Çocuklarla ilgili nafaka, velayet, vesayet veya hukuki korumaya yönelik konularda kabul edilen sözleşmelerin, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun aile ortamında yetişmesini sağlamaya yönelik hükümlerinin uygulamaya aktarılması bakımından önemli rol oynadığı ifade edilmektedir. Lahey Konferansı'nın çocuklara ilişkin uluslararası sözleşmelerinin geniş kabul görmesinde, çocukların farklı bir sosyal grup olarak farklı hukuki korumaya ihtiyaç duydukları yaklaşımının kabul edilmesi etkili olmuştur. Lahey Konferansı tarafından kabul edilen 24 Ekim 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, 15 Nisan 1968 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Dair Kararların

⁷²⁵ Bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ, **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler)**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

⁷²⁶ Hazırlanan sözleşmelerin konularını eşler arasındaki ilişkiler, çocuğun korunması, nafaka, miras, şirketlerin tanınması, sözleşme ve haksız fiiller ile uluslararası adli yardımlaşma ve mahkeme kararlarının etkisi başlıklarında toplamak mümkündür.

Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme, 5 Ekim 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, 12 Eylül 1961 tarihli Evlilik Dışı Çocukların Ana bakımından Nesebinin Tesisi Hakkında Sözleşme, 10. Eylül 1970 tarihli Evlenmeyle Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme, 14 Eylül 1961 tarihli Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Sözleşme, 14 Eylül 1961 tarihli Evlilik Dışı Çocukların Hukusal Durumu Hakkında Sözleşme, 5.9.1980 tarihli Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme, 15 Kasım 1965 tarihli Evlat Edinmeye İlişkin Kararların Tanınması, Uygulanacak Hukuk ve Yetkiye Dair Sözleşme, 15.11.1965 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, 2 Ekim 1973 tarihli Nafaka Mükellefiyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme, 2 Ekim 1973 tarihli 24.10. 1956 tarihli Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, 25 Kasım 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme, 29 Mayıs 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Uluslararası Evlat Edinilmeleri Hususunda İşbirliğine Dair Sözleşme, 19 Ekim 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Sözleşme sayılabilir.

b. ILO Sözleşmeleri

ILO çerçevesinde çocukları çalışma güvenliği konusunda imzalanan sözleşmelerden de söz etmek gerekmektedir. Bunlardan ilki ILO'nun 15 ve 58 sayılı Sözleşmeler olarak bilinen gemilerde işe alınacakların ve deniz işlerinde çalıştırılacak çocukların asgari yaş hadlerine ilişkin sözleşmeler, ILO'nun işçi olarak çalıştırmada 138 sayılı Asgari yaş sözleşmesi, 17.6.1999 tarihli En Kötü Biçimdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanmasına ilişkin 182 sayılı Sözleşmesi, Çocukların sanayide işe elverişlilikleri

yönünden sağlık muayenesine tabi tutulmaları hakkında sözleşmeler, hep Çocuk Hakları Sözleşmesi ile soyut ve genel olarak tanınan hakların öznesi, kapsamı, konusu ve yükümlülerine ilişkin kurallar öngörmektedir. Örneğin 182 No’lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi⁷²⁷ en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği ifadesini, “*çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan iş*” olarak tanımlanmaktadır. ILO çerçevesinde tarım işçisi çocukların çalıştırılmalarında asgari yaş konusunda 1923 yılında imzalanan 10 No’lu ILO Sözleşmesi⁷²⁸ de konumuz bakımından önemlidir. 14 yaşın altındaki çocukların tarım işlerinde çalıştırılmamasını, herhangi bir tarım faaliyetinde yapılacak çalışmanın okul saatlerine göre ayarlanması gereğini hükme bağlamaktadır. Türkiye, bu Sözleşmeye taraf olmamıştır.

⁷²⁷ILO Kabul Tarihi: 17 Haziran 1999, Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Ocak 2001 / 4623, Resmi Gazete Yayın Tarihi ve Sayısı: 3 Şubat 2001 / 24307, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 18 Mayıs 2001 / 2001/2528 Resmi Gazete Yayın Tarihi ve Sayısı: 27 Haziran 2001 / 24445.

⁷²⁸ Sözleşme metni için bkz.
http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312155:NO (erişim tarihi: 11.11.2017).

c. Çocuk Suçluluğuna İlişkin Birleşmiş Milletler Belgeleri

“Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları” adlı belge, çocukların yargılama sürecindeki haklarına özgülenmiş tematik nitelikteki belgelerdendir⁷²⁹. Havana Kuralları olarak anılan bu normlara göre çocuğun hapsedilmesi son çaredir (md. 1), tercümandan yararlanma hakkı (md. 6), çocuğa zarar hâlinde tazminat ödenmesi ve hakların ihlali durumunda etkili iç hukuk yolu sağlanması (md. 7), özgürlükleri kısıtlandıktan sonra ulusal ve uluslararası mevzuat gereği kullanabilecekleri ekonomik, sosyal, siyasal, kültürel haklarından mahrum edilmemesi (md. 13), tutuklu çocukların masum olduklarına ilişkin karinenin kabul edilmesi (m. 17), tutuklama kararında mümkün olduğunca kaçınılması ve diğer alternatif tedbirlere başvurulması (md. 17), tutuklamanın çok kısa sürmesi için çaba harcanması, tutuklu çocukların hükümlü çocuklardan ayrı tutulması ve aynı ailenin mensubu olmadığı takdirde tutukevlerinde büyüklerden ayrı tutulması (md. 29), avukatlık hizmetlerinden ücretsiz yararlandırılması ve avukat ile iletişim kurabilmesi, iletişimin gizli olması (md. 18/a), ana-babaya, vasiye veya yakınlarına bilgi ve haber verme hakkı (md. 22), yasak sorgu yöntemlerinden ilaca başvurarak bilgi elde edilmesi yasağı (md. 55) bir hak olarak tanınmıştır.

Pekin Kuralları olarak bilinen, Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallarının başlıcaları ise; masumiyet karinesi, suçlamanın bildirilmesi, konuşmama (susma) hakkı, avukatla temsil edilme hakkı, veli ya da vasisinin yanında bulunma hakkı olup, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi de, tutuklama ve yakalama sonrası gözaltında bulunan kişilerin geciktirilmeden hâkim önüne çıkarılmasını, gözaltı için asgari bir yaş sınırı konulmasını ve gözaltında tutulmanın uzun sürmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Yine çapraz sorgu hakkı, temyiz

⁷²⁹ Birleşmiş Milletler Genel Kurul’un 14 Aralık 1990 tarih ve 45/113 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

başvurusunda bulunma hakkı (md. 7), masumiyet karinesi (md. 8.2), gizlilik hakkı (md. 8.1), ana baba ya da vasisine yakalandıktan hemen sonra bildirimde bulunulması hakkı, yetkili hâkimce gecikmeksizin çocuğun serbest bırakılmasının değerlendirilmesi hakkı, yargılamada tutuklamanın son çare olması ve kısa süreli olması hakkı (md. 13.1), tutuklama yerine alternatif tedbirlerin düzenlenmesi yükümlülüğü (md. 13.2), tutuklu çocukların büyüklerden ayrı bir yerde ya da kurumda tutulması hakkı (md. 13.4) düzenlenmiştir.

Bu başlık altında ayrıca Çocuk Suçluluğunun Önlenmesi İçin BM Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri)nden de söz edilmesi gerekmektedir. Çocuk suçluluğunun önlenmesi alanında özel programlar ve uygulamalar geliştirilmesinin önemini vurgulayan ilkeler, çocukların *“toplumsallaştırma ve bütünleştirme süreci içinde eksiksiz ve eşit paydaşlar olarak tanınmaları gereken çocuk ve gençlerin kişisel özgüven ve mutluluklarına gereken dikkat ve önemin gösterilmesini”* zorunlu kabul etmektedir. Riyad İlkeleri çerçevesinde gençlerin kötü muamele ve istismara maruz kalmalarını ve suç işlemede kullanılmalarını yasaklayan yasal düzenlemelerin kabul edilmesi, hiçbir çocuk ya da gencin, evde, okulda ya da başka yerlerde sert ve aşağılayıcı ceza ve ıslah tedbirlerine konu olmaması, çocukların ve gençlerin her tür silaha ulaşmasını kısıtlamayı ve denetim altına almayı öngören yasal düzenlemenin kabul edilerek uygulamaya geçirilmesi, gençlerin daha sonradan suça, lekeli ve ezik bir yaşama itilmelerini önlemek için bir yetişkin tarafından işlendiğinde suç niteliğinde kabul edilmeyen ya da ceza konusu olmayan fiillerin bir genç tarafından işlenmesinin yaptırıma bağlanmamasını öngören yasal düzenlemelerin kabul edilmesi taraf devletlere bir sorumluluk olarak yüklenmektedir.

d. Çocukların Cinsel Suiistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Avrupa Konseyi üye devletleri, çocukların cinsel suiistimalini ve çocuğa yönelik cinsel istismarı önlemek ve bunlarla mücadele etmek; cinsel suiistimal ve cinsel istismar mağduru çocukların haklarını korumak, çocukların cinsel suiistimaline ve cinsel istismarına karşı ulusal ve uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmak amacıyla “Çocukların Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara karşı Korunması” Sözleşmesini imzalamışlardır. Sözleşme, önleyici tedbirlere yoğunlaşmış, çocuklarla temas hâlinde çalışan bireylerin işe alınması, eğitilmesi ve farkındalığının artırılması, çocuklara yönelik eğitim, önleyici müdahale programları veya tedbirleri, genel kamuya yönelik farkındalık ve bilinç artırma kampanyalarına ilişkin ilkeleri belirlemiştir.

Sözleşme ayrıca mağdurları ve ailelerini desteklemeye yönelik programlar geliştirilmesi, iyileştirici yardım ve acil psikolojik destek sağlayacak bir düzen kurulması; cinsel sömürü ve cinsel istismar şüphesi bulunan durumların bildirilmesinin teşvik edilmesi, danışmanlık hizmeti verecek, telefon ve internet acil yardım hatlarının tesis edilmesi gibi koruyucu tedbirleri düzenlemiştir. Bu suçlara ilişkin etkili ceza hukuku tedbirlerine de yer veren Sözleşme, yasal olarak cinsel faaliyetler gerçekleştirebilecek yaşa erişmemiş bir çocukla bu tür faaliyetlere girişmek gibi belirli davranışların ceza gerektiren suç sayılmasının sağlanması; özellikle de internet olmak üzere yeni teknolojiler kullanılarak çocuklara cinsel açıdan zarar verecek davranışların, örneğin çocukların kandırılmasının (cinsel amaçlı tekliflerde bulunulmasının) suç olarak kabul edilmesi; etkili, orantılı ve caydırıcı bir ceza sistemini yerleştirebilmek için açık ve net ortak kriterler geliştirilmesi; çocuklara karşı işledikleri cinsel suçtan dolayı hüküm giymiş suçlular hakkındaki verilerin toplanıp saklanması düzenlemektedir. Ayrıca araştırmaya ve yargılamaya ilişkin çocuk dostu usuller çocuk mağdurların yargı işlemleri süresince iyi korunması ve yaşamış oldukları sarsıntının daha da ağırlaşmasına izin verilmemesi;

ocuk mağdurların mahremiyetinin, kimliğinin ve imajının korunması; çocukların ve ailelerinin haklarına saygı gösterilerek ocuk mağdurların ihtiyaçlarına uygun tedbirlerin alınması; ocuk mağdurlarla yapılan görüşmelerin sayıca sınırlı tutulması; bu görüşmelerin güven verici ortamlarda, bu amaca yönelik eğitilmiş profesyonel kişilerce yapılması, izleme bilgi ve veri toplanması devletlerin yükümlülükleri olarak düzenlenmiştir. Sözleşme gereği oluşturulan izleme mekanizması “Lanzarote Komitesi”dir.

e. ocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Çocukların, usuli haklarının tanınması ve yasal makamlar karşısında kendilerini etkileyen kovuşturmalara katılmalarına izin verilmesi amacıyla hazırlanan Sözleşme, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğu değerlendirilen çocuğa, adli makamlar karşısında kendisini etkileyen kovuşturmalarda görüşlerine başvurulması ve görüşlerini ifade etmesi hakkının etkin olarak kullanabilmesine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA HUKUKUNDA ÇOCUK HAKLARININ HUKUKİ REJİMİ

I. ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN ÇOCUK HAKLARI KAVRAMI

Anayasa hukuku bakımından çocuk hakları, çocuğun sahip olduğu hakların anayasal düzlemde⁷³⁰ tanınmasını ve korumaya kavuşturulmasını konu almaktadır. Çocuk hakları, demokratik toplumlarda her bireyin sahip olduğu yaşam, sağlık, kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını geliştirme, özel hayatın korunması, adil yargılanma, ifade özgürlüğü gibi temel hakların yanı sıra “çocuklara özgü”, çocuğun çocuk olması nedeniyle sahip olması gereken haklardır⁷³¹.

Çocuğun hak sahibi olduğu düşüncesi, pek çok açıdan bir devrim niteliğindedir⁷³². Tarihin tüm dönemlerinde çocuklar, ebeveynlerinin ya da velilerinin kontrolü altında olan ve bir yetişkinden daha az öneme sahip varlıklar olarak görülmüşlerdir⁷³³. Hukuk tarafından, bir yetişkinin sahip olması gereken olgunluğa sahip olmamaları nedeniyle, siyasal, yasal, sosyal işlemlere ve kararlara katılmaları uygun görülmemiştir⁷³⁴. Bu

⁷³⁰ “Anayasal düzlemde” ibaresi, çocuk haklarının anayasa tarafından doğrudan tanınmasını kapsadığı gibi anayasalarda Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne açıkça atıf yapılması ya da insan haklarını konu alan uluslararası sözleşmelere atıf yapılması nedeniyle dolaylı tanımayı da kapsamaktadır.

⁷³¹ Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin çocukları “eksik yetişkinler” (adult-minus) kabul ederek, yetişkinlere özgü anayasal haklardan çocukların da “budanmış olmak kaydıyla” yararlanmalarını kabul ettiği yaklaşımı, çocukların haklardan yararlanabileceğinin kabul edilmesi bakımından çok önemli bir başlangıç noktası olmakla birlikte, çocuk olmaya özgü niteliklerin çocuklara özgü hakların dayanağı olarak kabul edilmesi yaklaşımıyla kıyaslandığında, çocuk haklarının tanınması ve korunmasına tam olarak cevap vermekten uzak bir yaklaşımdır. Mahkemenin bu içtihadı tutumu, *Goss v Lopez*, 419 US 565 (1975), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/419/565/>, *Ingraham v Wright*, 430 US 651 (1977), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/651/>, *Hazelwood School District v Kuhlmeier*, 484 US 260 (1988), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/484/260/>, *New Jersey v T.L.O.*, 469 US 325 (1985), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/469/325/>, *Vernonia v Acton*, 515 US 646 (1995), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/646/>, *Board of Education v Earls* 536 US 822 (2002), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/822/> gibi kararlarda kendini göstermektedir.

Ayrıntılı bilgi için bkz: Emily BUSS, “Constitutional Fidelity through Children’s Rights”, *The Supreme Court Review*, Vol. 7, 2004, ss. 355-407, s. 355.

⁷³² WALD, “Children’s Rights: A Framework for Analysis”, s. 255-256.

⁷³³ EEKELAAR, “Childhood as a Social Problem”, s. 209.

⁷³⁴ Joel FEINBERG, “The Nature and Value of Rights”, içinde: Joel FEINBERG, **Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy**, Princeton University Press, Princeton, 1980, ss. 143-158, s. 143.

statünün bir sonucu olarak pek çok hakkın tanınması yerine devletin çocuğa özel koruyucu muamelesi yeterli görülmüştür⁷³⁵.

Çalışmanın ilk bölümünde ortaya konduğu üzere çocuk hakları hareketi, çocuğun bu “nesne” veya “hiç kimse” olma durumunu⁷³⁶ sorgulayan ve salt çocuk sayıldıkları için birçok haktan yoksun bırakılmalarına tepki duyan bir yaklaşımdan doğmuştur. Çocuklar ve onların haklarıyla ilgilenen öncüler, dönemin ihtiyaçlarına uygun olarak, önceleri çocuğun korunmasını temel almışlardır. Çocuk koruma (child saver) hareketi olarak tanımlanan bu yaklaşım, çocuğun korunmasına odaklanmış, çocuk barınma evleri, çocuk mahkemeleri, ıslah kurumları gibi çocuklara özgü kurumlara zemin hazırlamıştır⁷³⁷. Ancak 1960'lara gelindiğinde ırk ve cinsiyet ayrımcılığına karşı düşünsel ve siyasal tepki beraberinde çocukların da bir yetişkinin iradesine mutlak tabi statüsünü sorgulayan hareketlere zemin hazırlamıştır⁷³⁸. Böylece çocuğa ve haklarına yönelik yaklaşımda vurgu, korumadan özerkliğe; bakım ve gözetimden çocuğun kendine ilişkin kararların alınmasında söz sahibi olmasına, çocuğun refahından çocuğun haklarına kaymıştır⁷³⁹. Dolayısıyla günümüzde çocuk hakları hareketinin odaklandığı temel sorunun, çocuğun istismarcı ya da bakım gözetim görevini yerine getirmeyen ebeveyne ya da yetişkinlere karşı korunmasından öte çocuğun sosyal-hukuksal statüsünden kaynaklanan çocuğa yönelik ayrımcılık olduğu ifade edilebilir⁷⁴⁰. Kaldı ki, çocuğun ihmali veya istismarına

⁷³⁵ Bu yaklaşımın öncüleri olarak kabul edilen görüşler için bkz. GOLDSTEIN – FREUD – SOLNIT, **Beyond the Best Interests of the Child**, s. 10.

⁷³⁶ Çocuğa korumanın ötesinde bir hak tanımayan ve çocuğu ilgilendiren her türlü kararın alınmasını bir yetişkinin iradesine terk eden yaklaşımın “çocuk hakları” kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmek üzere Ozansoy tarafından kullanılan kavram bu çalışmaya esin kaynağı olmuştur. Bkz. OZANSOY, “Öznesini Arayan Nesneler”, s.51.

⁷³⁷ ÜMİT, **Mekândan İmkâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyet İlişkisi**, s. 40.

⁷³⁸ HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism”, s. 611.

⁷³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Anthony M. PLATT, **The Child Savers: The Invention of Delinquency**, University of Chicago Press, Chicago – London, 1977; ROGERS – WRIGHTSMAN, “Attitudes toward Children’s Rights”, ss. 59-68; MARGOLIN, “Salvation versus Liberation”, ss. 441-452; BREEN, **Age Discrimination and Children’s Rights Ensuring Equality and Acknowledging Difference**, s. 5

⁷⁴⁰ FREEMAN, “The Limits of Children’s Rights”, s. 29-43.

çoğunlukla çocuğun yetiştikinden daha az önemli olduğu kabulüne dayanan statüsü neden olmaktadır. Bu statüyü çocuğun kırılgan, zayıf ve güçsüz doğası ile bir yetişkinin muhakeme yeteneğine sahip olmadığı kabulü pekiştirmektedir. Bu sosyal-hukuksal statü çocuğun ilişkili bulunduğu kurum içindeki konumunu da belirlemektedir. Bu statü nedeniyle çocukların menfaatleri, ana babanın ya da bir bütün olarak ailenin ya da kurumun menfaatlerinden daha önemsiz kabul edilmekte, çocuğun ilişkili bulunduğu herhangi bir kurum içinde ihmal ve istismara uğraması ya da haklarının ihlal edilmesi durumunda kurumun çıkarlarının korunması adına çocuğun haklarından vazgeçilebilmektedir.

Çocuk hakları, insan hakları kavramının bir parçasıdır ve korunma ve gelişiminin desteklenmesi gereksinimi nedeniyle çocukluk döneminde, insanın özel haklara sahip olması anlamına gelmektedir. Buradan hareketle çocuk hakları, tıpkı insan hakları öğretisinde olduğu gibi doğal hukuk ve pozitif hukuk yaklaşımları ile ele alınabilir⁷⁴¹.

Hak ve özgürlüklerin kaynağı, çeşitli dönemlerde farklı yaklaşımlarla açıklanmıştır. Pozitif hukuktan ayrı ve ona üstün bir “doğal hukuk” düşüncesinin kökeni uygarlık kadar eskidir⁷⁴². Bununla birlikte, insanın salt insan olarak, doğuştan bazı hak ve özgürlükleri olduğu ve devletin bunlara dokunamayacağı düşüncesinin sistemli bir şekilde ortaya konusu, XVII’nci yüzyıl tabii hukuk düşüncesi ile birlikte olmuştur⁷⁴³. Bu dönemde geliştirilen “doğal haklar kuramı”, hak ve özgürlüklerin kökenini “doğal yaşam” ve “toplum sözleşmesi” varsayımlarına dayalı olarak açıklamaktayken, XVIII’inci yüzyıl sonlarında bu iki temel varsayımın rasyonel düşünceye aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmesi üzerine “bireyci kuram”, hak ve özgürlükler konusunda yeni bir yaklaşım

⁷⁴¹ ARCHARD, **Children, Rights and Childhood**, s. 53-56.

⁷⁴² SAVCI, “Kişi Hakları Kavramının ve Teorisinin Tarihte Kuruluşu”, s. 99.

⁷⁴³ KAPANİ, **Kamu** Belçika Anayasası’nın **Hürriyetleri**, s. 30; TANİLLİ, **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 157.

getirmiştir⁷⁴⁴. Özellikle Fransız Devrimi’nden sonra gelişen bu kurama göre, hak ve özgürlüklerin temeli ve güvencesi, insan kişiliğinin değerindedir. İnsan, insan oluşu nedeniyle üstün bir değere sahiptir. Hak ve özgürlüklerin dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez oluşu, bu değer bir sonucudur⁷⁴⁵. İnsanların böylesine temel ve üstün olduğu kabul edilen haklara sahip olmasının düşünsel temeli olarak, doğal hukuk ve doğal haklar anlayışı kabul edilmekte iken, günümüzde pek çok anayasa ve ulusalüstü belgede de kabul edildiği üzere, “insanın değeri” ve “insan onuru”⁷⁴⁶, insan haklarının temeli olarak kabul edilmektedir. Nitekim insan onurunun ihlal edilmeyeceğini ve insan onuruna saygı göstermek ve onu korumanın Devletin görevleri arasında olduğunu düzenleyen Alman Anayasası’nın ilk maddesi, insanın varlığının insan onuruna dayandığını ilan eden Macaristan Anayasası’nın Başlangıç Kısmı ve insan onurunun ihlal edilmeyeceğini ve her insanın yaşam hakkına ve insan onuruna sahip olduğunu kabul eden 2’nci maddesi, herkesin “insanlık onuruna uygun bir yaşam sürdürme hakkına” sahip olduğunu düzenleyen 23’üncü maddesi burada örnek olarak sayılabilir.

Donnelly’nin, haklı ifadesiyle insan haklarının kaynağı, insanlık (humanity) veya insan doğasıdır⁷⁴⁷. Gerçekten insan haklarının kaynağı sorusuna verilecek yanıt, aslında kavramın kendisinde gizlidir. “İnsan” hakları terimi bizzat bu kaynağa işaret etmektedir:

⁷⁴⁴ KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s. 38; Oktay UYGUN, **1982 Anayasası’nda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 19.

⁷⁴⁵ H. Nail KUBALI, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1964. s. 165; KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s. 38; UYGUN, **1982 Anayasası’nda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s.19.

⁷⁴⁶ Aslında insan haklarına ilişkin kuramların çoğunun temelinde, bütün insanların sırf insan olmak dolayısıyla kişiliklerine bağlı (intrinsic) bir değeri bulunduğu inancı yatar. Ancak insan onurunun herkesçe kabul edilen bir tanımına ulaşmak kolay değildir. Bir anlayışa göre insan onuru, kişinin insan olarak kendisine saygısının korunmasıyla ilgilidir. İnsan onurunun objektif-toplumun bireye attığı değer, subjektif-kişinin kendine attığı değer ve etik boyutu bulunmaktadır. ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, s. 38. Akıllıoğlu, insan onurunun “yalnızca bir kimsenin kendisine attığı ya da toplumun o kimseye verdiği değer (şeref ve haysiyet) anlamında olmayıp aynı zamanda genel, soyut ve etik bir değer olduğunu belirtmektedir. Tekin AKILLIOĞU, **İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayınları, Ankara, 2010, s. 5.

⁷⁴⁷ Jack DONNELLY, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa ERDOĞAN-Levent KORKUT, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 27.

İnsanlık, insan doğası, bir kişi veya insan olma⁷⁴⁸. İnsan haklarının temellendirilmesinde başvurulanan “insan doğası” çok defa “insan ihtiyaçları”yla tanımlanmaktadır. İnsan haklarına, hayat için değil fakat “onurlu” bir hayat için ihtiyaç duyulur. Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde belirtildiği gibi insan hakları, “insan kişinin özündeki onur”dan kaynaklanır⁷⁴⁹. Çocuk haklarının kaynağını da aynı yerde aramanın doğru olduğu değerlendirilebilir. ÇHS Başlangıç kısmının hemen ilk paragrafında “insanlık ailesinin tüm üyelerinin, doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilemez haklara sahip olmalarına”, ikinci paragrafında “insanın temel haklarına ve bireyin, insan olarak taşıdığı haysiyet ve değere” olan inanca işaret ederek çocuğun her insan gibi bir kişi olarak sahip olduğu değere atıf yapmaktadır.

Bu yaklaşımı yüksek mahkeme kararlarında da görmek mümkündür. Nitekim, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında “evli erkekten evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun babalığına hükmedilmesini engelleyen Medeni Kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasını ilk olarak herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu düzenleyen (1961 Anayasası’nın) 10’uncu maddesi yönünden ele almış, ve söz konusu hükmün “*ayrısız her kişinin salt insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendisinin dahi vazgeçemeyeceği kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu*” anlamına geldiğini ifade ederek çocuğun da evlilik dışı dünyaya gelse bile bir “kişi” olarak Anayasa’nın 10’uncu maddesindeki “herkes” sözcüğünün kapsamı çerçevesinde değerlendirileceğini kabul etmiştir⁷⁵⁰. ABD Yüksek Mahkemesi de Re Gault kararında, ne 14’üncü değişikliğin ne de Haklar Bildirisi’nin yalnızca yetişkinler için olduğunu, “kişi” olarak çocukların da

⁷⁴⁸ DONNELLY, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, s. 27.

⁷⁴⁹ Nitekim insan onuru kavramı Birleşmiş Milletler Antlaşması; Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İlişkin Uluslararası Sözleşme; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Temel Haklar Şartı gibi önemli uluslararası belgelerin de yer verilen bir kavramdır.

⁷⁵⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 21.5.1981 tarih ve E:1980/29, K:1981/22 sayılı kararı.

anayasal haklardan yararlanabileceklerini ifade etmiştir⁷⁵¹. AİHM içtihatları çerçevesinde de AİHS’de spesifik hakların sağladığı güvencelerden çocukların da yararlanabileceğine ilişkin açık bir atıf olmamakla birlikte Sözleşme’nin ilk maddesinde yer alan devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, AİHS’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla yükümlü tutan hükmünden hareketle çocukların da durumlarına uygun olarak bu hakların sağladığı güvencelerden etkin olarak yararlanma hakları olduğu kabul edilmiştir.

Çalışmaya çocuk haklarına yönelik teorik yaklaşımlar incelenerek devam edilecektir.

A. Çocuk Haklarına Teorik Yaklaşımlar: Çocuk Haklarının Düşünsel

Temelleri

Çocukların korunmanın ötesinde haklara sahip olup olamayacakları, hak sahibi özerk özneler olarak kabul edildiklerinde ise hangi haklara sahip olabilecekleri derin tartışmalara konu olmuştur. Tartışma yalnızca kuramsal düzlemde kalmamış, uygulayıcılar da çocuğun haklarına yönelik koruyucu ya da özgürleştirici yaklaşımının sonuçlarının çocuğun refahı üzerindeki etkisinden hareketle, çocukların sahip olabilecekleri haklar tartışmasına bu iki yaklaşım arasında gidiş gelişlerle cevap vermişlerdir.

Çocukların hangi haklara sahip olabilecekleri sorusuna yanıt verebilmek, çocuğun hak sahibi olarak tanınmasını gerektiren “değer” konusunda bir yaklaşıma sahip olmayı gerektirmektedir. Bu nedenle öncelikle çocuğun özel haklara sahip olmasına dayanak teşkil eden “moral değer” ve bu değerden hareketle çocukların hangi haklara sahip olabilecekleri konusunun incelenmesi gerekmektedir. Çocukların sahip olması gereken hakların dayanağı olarak kabul edilecek moral değer, çocuklara hangi hakların tanınacağı

⁷⁵¹ *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

ve çocuk hakları katalogunda yer alan hakların birbiri ile ve yetişkinlerin hakları ile olası ihtilafının nasıl dengeleneceği konusunda belirleyici olacaktır. Aynı zamanda çocuğun haklarının kaynağı olarak kabul edilecek moral değerin belirlenmesi, somut bir olayda belli bir çocuğun moral (doğal) ve hukuki (pozitif) haklarını daha etkili bir şekilde destekleyen hukuki ilkelerin (legal principles) belirlenmesine katkı sağlayacaktır. Bu nedenle çalışmaya, çocuk haklarının dayanağı olan moral değer konusunda düşünsel ve hukuksal ilkelerin (moral and legal principles) incelenerek devam edilmesi gerekli görülmüştür.

Çocuk haklarının doğal hukuktaki kaynağı konusunda bir yargıya varabilmek için öncelikle “hak” kavramı konusunda bir yargıya sahip olmak gerekir. Kuşkusuz hak kavramı üzerindeki tartışmalar; normatif, analitik ve kurumsal değerlendirmeleri yansıtan sonsuz bir zenginliğe sahiptir. Bu çalışma kapsamında “çocuk hakları” kavramının tanımlanmasına yardımcı olacak ölçüde hak kavramına yönelik yaklaşımlar değerlendirilecektir.

Doktrinde “çocuk hakları” kavramını tanımlama girişimleri, çocukların hak öznesi olup olamayacakları temel sorunundan hareketle ele alınmaktadır⁷⁵². Çocukların hak öznesi olarak kabulünün önündeki en büyük engel, “hakkın mahiyeti”nde (nature of rights), “seçim yapabilme iradesine sahip olma yetkinliği”ni temel bir unsur olarak kabul eden yaklaşımın (irade teorisi-choice theory) itirazlarından kaynaklanmaktadır.

Öğretide hakkın doğasını açıklamak üzere ileri sürülen ve herhangi bir somut delile dayanmaksızın ve birbirlerine üstünlükleri de ispatlanmaksızın birbirleri ile yarışan

⁷⁵² David W. ARCHARD, **Children, Family and The State**, Ashgate Publising, Hampshire, 2003, s. 1.

“irade ya da seçim” (will or choice) teorisi⁷⁵³ ile “refah ya da menfaat” (welfare or interest) teorisi olarak iki ayrı cenahtan söz edilebilir⁷⁵⁴.

İrade teorisine göre haklar tercihte bulunabilmeyi korur. Dolayısıyla bir hakka sahip olmak, hakkın karşısında yer alan bir ödevin yapılmasını isteme ya da bu edimin yapılmasını istemekten vazgeçebilme anlamına gelir. Bu teori çerçevesinde örneğin eğitim hakkına sahip olmak, bu hakkın yükümlüsü olan kişilerin ödevlerini yerine getirmeleri konusunda onları zorlama ya da onların bu yükümlülüklerini yerine getirmelerini talep etmekten vazgeçme yetkisine sahip olmak anlamına gelir⁷⁵⁵. “Güç” veya “talep” (power or claim) teorisi olarak da tanımlanan bu yaklaşım çerçevesinde bir hakkın varlığı, hak sahiplerinin seçimde bulunabilme iradesine sahip olmasını gerektirdiğinden bir genelleme olarak iradi seçim yapma yetisinden yoksun olan çocukların hak sahibi olarak tanımlanamayacakları ileri sürülmektedir⁷⁵⁶.

Menfaat ya da refah teorisinin yaklaşımında ise hak, bir kişinin sahip olduğu bir menfaatin, diğer kişileri bu menfaatin gereklerini yerine getirmeleri konusunda yükümlü kılacak kadar önemli kabul edilmesine dayanır⁷⁵⁷. Hakkı “korunması gereken menfaatler”le açıklayan bu model, iradi karar alabilme yetisine sahip olmayan ya da

⁷⁵³ James G. DWYER, **The Relationship Rights of Children**, Cambridge University Press, 2006, s. 291–92; Tom D. CAMPBELL, “The Rights of the Minor: As Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 6, No. 1, 1992, ss. 1-23, s. 1-2; H. L. A. HART, “Are There Any Natural Rights?”, **The Philosophical Review**, Vol. 64, No. 2, 1955, ss.175-191, s. 175; David ARCHARD, “Free Speech and Children’s Interests”, **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 79, 2004, ss. 83-102, s. 91–93; BUSS, “Constitutional Fidelity Through Children’s Rights”, s. 358-59.

⁷⁵⁴ EZER, “A Positive Right to Protection for Children”, s. 3.

⁷⁵⁵ ARCHARD, **Children, Family and The State**, s. 5.

⁷⁵⁶ HART, “Are There Any Natural Rights?”, s. 187.

⁷⁵⁷ Neil MACCORMICK, **Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy**, Clarendon Press, Oxford, 1982, s. 154-156; John RAZ, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, Oxford, 1988, s. 165-192; CAMPBELL, “The Rights of the Minor: As Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult”, ss. 1–23.

henüz bu olgunluğa erişmemiş olduğu varsayılan kişilerin haklarının olabileceğini meşru gösteren bir yaklaşım ortaya koymaktadır⁷⁵⁸.

Diğer yandan hakkın konusundan hareketle de haklar, refah (welfare) hakları ve özgürlük (liberty) hakları olarak ayrılmakta ve özgürlük haklarının seçim hakları olduğu, refah haklarının ise sağlık, barınma gibi kişinin refahının temel ve asli bir yönünü koruyan haklardan oluştuğu ifade edilmektedir⁷⁵⁹. Bu ayrım çerçevesinde belirli bilişsel yeteneklerden yoksun olan çocukların özgürlük haklarını kullanamayacakları ifade edilmekte, bunun yerine çocukların menfaatlerinin korunmasını konu alan yükümlülüklerle muhatap olabilecekleri ileri sürülmektedir⁷⁶⁰.

Görüldüğü üzere birbirinin tamamlayıcısı olan bu iki teoride çocukların, refah hakları olarak nitelenen ve daha çok maddi ve manevi varlıklarının korunmasını konu alan haklara sahip olabilecekleri kabul edilmekteyken, bir seçim yapabilme yetkinliğini gerektirdiği kabul edilen özgürlük haklarına sahip olamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu iki yaklaşımın ortak yönü, insanın belli bir niteliğini temel almaları, iradi kararlar alabilme yetisi ya da karşı tarafı yükümlülük altına alacak kadar önemli menfaatlere sahip olma durumunu, hakkın kaynağı olarak görmeleridir.

Bu iki yaklaşımdan ayrı olarak, çocuk haklarının temelini, insan haklarını temellendirmek için başvurulmuş “insan onuru”, “insanın değeri”, “insanın ahlaki doğası” gibi ahlakî bir değerden hareketle tanımlamanın daha doğru olduğu değerlendirilebilir. İnsan haklarını, insan ihtiyaçları ile temellendirme girişiminin önemli temsilcilerinden Bay’ın dahi “*hayatı idame (geçim) ve güvenliğin ötesinde empirik olarak tespit edilmiş*

⁷⁵⁸ CAMPBELL, “The Rights of the Minor: As Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult”, s. 5; David BILCHITZ, **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 187.

⁷⁵⁹ Frank MICHELMAN, “Welfare Rights in a Constitutional Democracy”, **Washington University Law Quarterly**, Vol. 1979, 1979, ss. 659-693, s. 660.

⁷⁶⁰ Onora O’NEILL, “Children’s Rights and Children’s Lives”, **International Journal of Law and the Family**, Vol. 6, 1992, ss. 24-42, s. 26. Makale ilk olarak *Ethics*, Vol. 98 April, 1988, 445-63’de yayımlanmıştır.

herhangi bir ihtiyaçtan söz etmek için erken olduğu”nu⁷⁶¹ kabul etmesi karşısında, insan haklarının kaynağının “insanın moral doğası” olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır⁷⁶². Çocukların genel haklardan yararlanmalarını engelleyen nedenler, hukuki bir yasaklamadan çok, bir yetişkine göre daha az önemli ya da değerli olduklarına dayanan toplumsal-hukuksal statülerinden kaynaklanmaktadır.

İnsanın değeri, eşit saygı görme hakkı, insan onuru gibi moral bir değerden hareketle insan haklarının kaynağını açıklayan görüşlere⁷⁶³, doğrudan çocuğun haklarını konu almıyor olsalar dahi, çocuk haklarının temellendirilmesinde de başvurulabileceği savunulabilir. Öğretide tıpkı insan hakları bakımından olduğu gibi çocuk haklarının kaynağını doğrudan “çocuğun değeri-onuru” gibi doğal hukuk doktrini yaklaşımıyla açıklayan görüşler önem kazanmaktadır⁷⁶⁴. İnsan haklarının kaynağının bizzat ve yalnızca insanın değeri olarak kabul edilmesi, tıpkı yetişkinler gibi çocukların da hakların sahibi olduğunun kabul edilmesine zemin hazırlamıştır⁷⁶⁵. Gerçekten nasıl ki insan haklarının dayanağı bizzat insanın değeri ise çocuk haklarının temeli de çocuğun değeridir. Çocukların hakları olduğunu inkâr etmek ise çocuğun sahip olduğu moral

⁷⁶¹ Cristian BAY, “Human Needs and Political Education”, içinde: Ross FITZGERALD (ed.), **Human Needs and Politics**, Pergamon Press, Rushcutters Bay, N. S.W., 1977, s. 16.

⁷⁶² Aynı yönde bkz: DONNELLY, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, s. 27.

⁷⁶³ Hannah ARENDT, **The Origins of Totalitarianism**, Meridian Book, Cleveland – New York, 1962, s. 297; Ronald DWORKIN, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, 1977, s. ix; John RAWLS, **A Theory of Justice**, Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts – London, 1971, s. 90–95; 130–136.

⁷⁶⁴ Martha MINOW, “What Ever Happened to Children’s Rights?”, **Minnesota Law Review**, Vol. 80, 1995, ss. 267-298, s. 296; Michael FREEMAN, “Taking Children’s Rights More Seriously”, **International Journal of Law and the Family**, Vol. 6, No. 1, 1992, ss. 55-71; Michael FREEMAN, “Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously”, **International Journal of Children’s Rights**, Vol. 15, 2007, ss. 5-23; Michael FREEMAN, “The Human Rights of Children”, **Current Legal Problems** Vol. 63, No. 1, 2010, ss. 1-44; Charles Robert TREMPER, “Respect for the Human Dignity of Minors: What the Constitution Requires”, **Syracuse Law Review**, Vol. 39, 1988, ss. 1293-1349, 1293; ARCHARD, **Children: Rights and Childhood**; EEKELAAR, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes”, s. 54; EZER, “A Positive Right to Protection for Children”, s. 37.

⁷⁶⁵ Bertram BANDMAN, “Do Children Have any Natural Rights?”, içinde: **Proceedings of the 29th Annual Meeting of Philosophy of Education Society**, Edwardsville, 1973. ss. 234-246; s. 236; TREMPER, “Respect for the Human Dignity of Minors: What the Constitution Requires”, s. 1312.

değeri, haysiyetini inkâr edecektir⁷⁶⁶. Brezilya, Ekvador, Hindistan, Güney Sudan, Tunus anayasaları, çocuğun özgürlüğüne ve onuruna saygı gösterilmesi hakkını, çocuklara özgü bir hak olarak düzenlenmiştir. Güney Sudan Anayasası'nın 17'nci maddesi çocuğun sağlığını, refahını ve onurunu ihlal eden geleneksel uygulamalara maruz bırakılamayacağını hüküm altına almıştır.

Çocuğun, herkesin gibi “insan olarak değere” ve “onura” sahip bir “kişi” olduğunun kabul edilmesi, aileden okula, koruyucu bakım kurumlarından hastanelere ve çocuk yargılama ve ıslah kurumlarına, ilişkili olduğu her sosyal birimde bir kişi olarak değeri ve onuru göz önünde bulundurularak çocuğa yönelik tutumların belirlenmesi anlamına gelir ve çocukların haklarının dayanağı konusunda temel bir zemine işaret etmektedir. Bu nedenle çocuğun saygınlığını ve değerini temel alan bu yaklaşım, çocuğun esenliğini, refahını korumaya ve özünde taşıdığı potansiyelini-cevherlerini gerçekleştirmeye daha yakın bir noktadan başlayacaktır.

Sonuç olarak çocuğun haklarının dayanağı olarak farklı kaynaklara başvuran teoriler, çocuk haklarının farklı konularına ve niteliklerine ışık tutmaktadır. Çocuk hakları, çocukların güçsüzlük ve bağımlılıklarından, gelişim hâlinde olmalarından ve gelişimlerine uygun özerk karar alma kapasitelerinden kaynaklanmaktadır. Ancak çocuk hakları temelde çocukların insan olarak sahip oldukları değerden kaynaklanmaktadır. İnsanlık ailesinin bir üyesi olarak çocuklar, insan haklarının gereği olan keyfi muamelelerden korunma hakkına, onur, saygı ve özgürlüğe ehildir.

Çocuk haklarının kaynağının “çocuğun değeri” olarak kabul edilmesi, çocukların “kişi” statüsüne sahip olduklarını ve bu nedenle anayasalarda kişilere tanınan haklardan ve güvencelerden yararlanabileceklerini kabul eden yasal ve içtihadi tutuma zemin

⁷⁶⁶ FREEMAN, “Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously”, s. 7.

hazırlamıştır⁷⁶⁷. Bu yaklaşım öncelikle 1960’lardan sonra Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında gözlenmiştir⁷⁶⁸. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde de bu yaklaşım açıkça kabul edilmiş ve çocuk haklarının kaynağı, çocuğun saygınlığı ve insanlık ailesinin saygıya değer bir üyesi olmasıyla temellendirilmiştir. Nitekim Sözleşme’nin Başlangıç Kısımının hemen daha ilk paragrafında “*insanlık ailesinin tüm üyelerinin, doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilemez haklara sahip olmalarının tanınması*”na yapılan atıf bu yaklaşımın yalnızca doktrinde değil pozitif hukuk bakımından da kabul gördüğünü ortaya koymaktadır. Çocuklar her insan gibi bizzat sahip oldukları moral değer nedeniyle haklara sahiptirler⁷⁶⁹.

Peki, çocuğun yetişkin kişinin değerinden ayrılabilen hangi niteliği ona özel haklar tanınmasına kaynaklık edecektir. Çocuk haklarının hangi haklardan oluşacağını da belirleyecek olan bu “nitelik” konusunda, çocuğun “kırılgan ve nazik doğası⁷⁷⁰”, “gelişim hâlinde olması ve gelişimini, potansiyelinin olanak verdiği en üst noktada tamamlayabilmesi için desteklenme gereksinimi⁷⁷¹”, “kendi özerk seçimlerini yansıtan yaşam hedeflerini oluşturmak ve sürdürmek için mümkün olan en fazla fırsata sahip ve tam donanımlı olarak yetişkinlik eşiğine eriştirilme gereksinimi⁷⁷²”, “çocuğun bir başkasının emirlerine mutlak tabi bir varlık olmayıp gelişen yetkiliğine uygun olarak

⁷⁶⁷ Çalışmanın ilk bölümünde de ayrıntılı olarak incelendiği üzere Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Re Gault* kararı, çocuğun anayasada tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanabileceğinin kabul edildiği dönüm noktası niteliğinde bir karardır.

⁷⁶⁸ Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin çocuğun “kişi” olarak değerinden hareketle anayasal hakları çocuklara da tanınması konusu, bu çalışmanın ilk bölümünde, içtihat yoluyla tanıma başlığı çerçevesinde incelenmiştir.

⁷⁶⁹ TREMPER, “Respect for the Human Dignity of Minors: What the Constitution Requires”, s. 1296.

⁷⁷⁰ SEROZAN, **Çocuk Hukuku**, s. 4.

⁷⁷¹ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2144.

⁷⁷² Kavram, Eekelaar tarafından çocuğun gelişimini ve özerkliğini konu alan hakların temellendirilmesinde kullanılan bir ölçüttür ve bu çalışmaya da esin kaynağı olmuştur. EEKELAAR, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes”, s. 53.

hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılabilmesi” çocuğa özel haklara kaynaklık eden “çocuğa özgü nitelik”lerdir.

Ancak bu değerin ya da niteliğin hangi haklar tanınarak en ideal ölçüde korunacağı konusu da gerek doktrinde, gerek pozitif hukukta tartışmalıdır.

İlk bölümde ayrıntılı olarak incelendiği üzere çocukların da hakları olduğu düşüncesi başlangıçta çocuğun yalnızca korunmasını konu alan hakların tanınmasını yeterli gören bir yaklaşımı getirmiş, 1960’larda Amerika’da ırk ve cinsiyet ayrımcılığına karşı yürütülen eşitlikçi özgürlük hareketinin çocukları da kapsamına alan yaklaşımı, çocukların kendi kaderini tayin etme yeteneklerini geliştirmeye teşvik edilmesi gerektiği konusunda değerli bir tartışma ortamı yaratmıştır⁷⁷³. Diğer yandan kişisel haklara yönelen ilginin yeniden canlanması, çocuk istismarının temel bir problem olarak varlığını koruması, okullar, çocuklara özgü özel yargılama usulleri ve özel çocuk mahkemeleri ve çocuklara özgü diğer kurumların çocuğun esenliği ve refahını korumadaki güven kaybı, ailenin değişen yapısı ve rolü, çocuklara daha fazla haklar tanınmasını öngören düşünsel hareketi desteklemiştir. Çocuk özgürlükçüleri (children’s liberationists) olarak nitelenen bu hareket kendi hukuklarına ilişkin konularda karar verme yetkisi de dâhil olmak üzere o tarihe kadar yalnızca yetişkinlere özgü kabul edilen haklardan çocukların da yararlanması gerektiğini ileri sürmüştür⁷⁷⁴.

Bu hareketin öncüleri yetişkinlerin çocuklar üzerinde sahip oldukları yetkileri kullanmada aşırıya gittiklerini ifade ederek, çocukların bir yetişkinin kararlarına tabi olmasını gerektiren statülerinin tamamıyla değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Holt yetişkin yurttaşların haklarından ve ayrıcalıklarından hangi yaştan olursa olsun, onlardan yararlanmak isteyen herhangi bir çocuğun hiçbir sınırlama olmaksızın

⁷⁷³ FORTIN, *Children’s Rights and Developing Law*, s. 4.

⁷⁷⁴ FOSTER – FREED, “A Bill of Rights for Children”, s. 347.

yararlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁷⁵. Holt, herhangi bir yaştaki çocukların, oy kullanma, para için çalışma, mülk sahibi olma ve satma, seyahat etme, emeği karşılında gelir kazanma, kendi eğitimlerini yönetme ve kendi cinsel yaşamlarını kontrol etmek gibi yetişkinlere özgü haklardan yararlanmaları gerektiğini savunmaktadır⁷⁷⁶.

Çocukların o ana dek yetişkinlere özgü kabul edilen haklardan yararlanabileceği düşüncesi, Amerikan yargısı tarafından da kabul görmüş ve Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin bu yönde kararlar vermesinin önünü açmıştır. Çocuğun yetişkinlere özgü hakların korumasından da yararlanması konusundaki yaklaşımın etkisiyle gündeme gelen ve dönüm nokrası olarak kabul edilen Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Re Gault* kararı, “*ne On Dördüncü Değişiklik ne de Haklar Bildirgesi'nin yalnızca yetişkinler için olduğu*”nu ilan ederek, “herkes” gibi çocukların da Anayasa tarafından tanınan usuli güvencelerden yararlanabileceğini ortaya koymuştur.

Ancak çocuklara daha fazla hak tanınarak hukuksal statülerinin değiştirilmesini öngören hareket, gerçekçi olmadığı hatta çocukların çocuk olmalarını göz ardı ettikleri gerekçesiyle güçlü itirazlarla karşılaşmıştır. Çocukların özgürleştirilmesi yaklaşımına yöneltilen itirazlar başlıca iki konuda toplanmaktadır. Bunlardan birincisi, çocukların fiziksel ve zihinsel gelişiminin aşamalı bir seyir izlediği gerçeğinin göz ardı edilerek yetişkinlere tanınan hak ve sorumlulukların çocuklara verilmesinin yarardan çok zarar getireceği⁷⁷⁷, ikincisi çocuğa daha fazla özgürlük tanımak adına ailenin işleyişine

⁷⁷⁵ HOLT, *Escape from Childhood*, s. 18.

⁷⁷⁶ Holt tarafından önerilen çocuk hakları kataloğu şu hakları kapsamaktadır: Kanun önünde eşit muamele hakkı, bir yetişkinin maruz kaldığı muameleden daha kötü muameleye maruz bırakılmama hakkı, oy verme ve siyasi işlemlerde yer alma hakkı, kişinin hayatı ve eylemlerinden yasal olarak sorumlu olma hakkı, ücret karşılığı çalışma hakkı, mahremiyet hakkı, mali bağımsızlık ve sorumluluk hakkı, mülkiyet hakkı, satın alma ve mal satmak, borç almak, kredi vermek, sözleşme imzalamaya ehliyetli sayılma hakkı, kişinin kendi eğitimini yönetme ve karar verme hakkı, seyahat etme, ayrı bir ikametgâh edinme, ikametgâhını seçme hakkı, devletten yetişkinlere ödenen asgari geçim yardımı alma hakkı, kendi ailesinin dışında karşılıklı rızaya dayalı olarak başka aile benzeri ilişkilere onay verme hakkı, bu hak kapsamında Holt çocuğun doğal ebeveyni dışındaki kişileri vasi olarak belirleme ve yasal olarak onlara tabi olmayı seçme hakkından söz etmektedir, genel olarak herhangi bir yetişkinin yasal olarak sahip olduğu hakların tamamı.

⁷⁷⁷ Bkz: L. Fox HARDING, *Perspectives in Child Care Policy*, Longman, London, 1997, s. 128–37. Aynı yönde Buss çocukluğun gelişim ile özdeşleşen bir süreç olduğu, çocukluk boyunca yetişkin sayılmak

müdahale edilmesinin bir bütün olarak aile kurumuna, ailenin özerkliğine ve sonuç olarak çocuğun esenliğine zarar vereceği noktasındadır⁷⁷⁸. Çocuğu korumak adına aileye müdahale edilip edilemeyeceği ya da devlet müdahalesinin ölçüsü her bir devletin hukuk geleneğinde farklı kabullere göre biçimlenmiştir. Ancak özellikle çocuğa daha fazla özerk kararlar alma hakkı verilerek çocuğun kararına karşı aileye de itiraz etme hakkı tanınan uygulamalarda, uyuşmazlığa bir yargıcın, bir pedagogun bir psikiyatrin ya da bir hekimin müdahil olmasının, ana babaya verilen yetkilerin devlete devredilmesi anlamına geleceği yönündeki itirazlar pek çok hukuk sisteminde karşılık bulmaktadır⁷⁷⁹. Wardle, çocuk hakları savunucularını evliliğin ve ebeveynliğin değerine zarar vermek, buna karşılık çocuğun kapasitesine gereğinden fazla değer atfedip bunları çocuk hakları olarak nitelendirmekle suçlamaktadır⁷⁸⁰.

Çocukların, yetişkinlerden kavrama yeteneği, davranış, bilgi ve beceri bakımından çok farklı olduklarını ortaya koyan çalışmalara da dayanılarak çocukluğun yetişkinlerin statüsünden ayrılarak düzenlenmesindeki başarısızlığın, çocukların daha fazla sömürülmesine yol açacağı gerekçesi de çocukların korunmasını konu alan haklardan daha fazlasının tanınmasına bir itiraz olarak ileri sürülmüştür⁷⁸¹. Hafen, çocukların kendine özgü özel doğaları ebeveynleri tarafından bakım ve gözetilmelerini gerektirdiğini ve

için gereken niteliklerin yavaş yavaş kazanıldığı, bu nedenle çocuk haklarının, çocuğun gelişimini (children's emerging capacities) güvence altına almayı amaçlayan hakları kapsamı gerektiğini ifade etmektedir. BUSS, "Constitutional Fidelity through Children's Rights", s. 358. Ayrıca bkz. HAFEN, "Children's Liberation and the New Egalitarianism", s. 651.

⁷⁷⁸ Martin GUGGENHEIM, **What's Wrong with Children's Rights?**, Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, 2005, s. 249.

⁷⁷⁹ Örneğin 1989 İngiliz Çocuklar Yasası'nın bu yaklaşımı yansıttığı ifade edilmektedir. Bkz: Andrew BAINHAM, **Children, Parents and the State**, Sweet & Maxwell, London, 1988. Bu yaklaşım Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de kabul edilmiştir.

⁷⁸⁰ Lynn D. WARDLE, "The Use and Abuse of Rights Rhetoric: The Constitutional Rights of Children", **Loyola University Chicago Law Journal**, Vol. 27, 1996, ss. 321-376, s. 327. İfade edilmelidir ki, aile kurumunun çocuğun yetiştirilmesindeki değerinden hareketle, çocuğun hakları adına aileye gereksiz müdahalede bulunulmasına karşı çıkan görüş taraftarları da çocuğun aile içinde ihmal ve istismara maruz kalması durumunu ayırmaktadırlar. Bkz. HAFEN, "Children's Liberation and the New Egalitarianism", s. 618.

⁷⁸¹ HARDING, **Perspectives in Child Care Policy**, s. 134; HAFEN, "Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations about Abandoning Youth to Their Rights", s. 651.

ebeveyn-çocuk ilişkisinin “çocuğun en değerli gelişimsel devamlılık kaynağı” olduğunu ifade etmektedir. Çocukların ana babaların yönlendirmesinden kurtarılaraq “haklarına terkedilmeleri”nin haklarının ihlali anlamına geldiğini savunmaktadır⁷⁸². Goldstein, Freud ve Solnit, çocukların yetişkinlerden zihin yapısı, işleyişi, olayları anlama ve olaylara tepkileri bakımından farklı olduklarını, bu nedenle bir yetişkinin yardım ve yönlendirmesine ihtiyaç duyduklarını, ailenin ise çocuğun fiziksel ve bilişsel gelişiminin desteklenmesinde ve yetkin bir yetişkin olarak geleceğe hazırlanmalarında hayati önemde bir kurum olduğunu ifade etmişlerdir⁷⁸³. Bu nedenle çocukların ebeveynin otoritesi altında olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Çocuk haklarına yönelik bir başka itiraz, bakım yükümlülüğünün “etik ilkeleri” (ethics of care) olan şefkat, merhamet, fedakârlık gibi kavramlardan hareketle “hak” tanımlanamayacağı yönündedir⁷⁸⁴. Bu kavramlar belki ideal bir toplumda çocukların ideal biçimde muamele görmelerini garanti edebilirse de, çocukların özellikle günümüz dünyasında haklara ihtiyaç duydukları açıktır. O’neill’in itirazı çocuk hakları olarak nitelenen hakların, aslında ebeveynlerin ve çocuk ile ilişki hâlindeki diğer kişilerin çocuklara yönelik sorumluluklarını nasıl yerine getirmeleri gerektiğini gösteren ilkeler olarak nitelenebileceği, çocuklara hak tanınmanın onların yaşamında herhangi bir etkiye sahip olamayacağı yönündedir⁷⁸⁵.

Ancak hukukun sosyal sorunlara, bu sorunlar nedeniyle menfaatleri ihlal edilen gruplara özel haklar tanıyarak yanıt verdiği, benzer biçimde çocukların karşılaştığı sosyal sorunlara da pozitif hukukun çocuklara yeni haklar tanıyarak cevap verdiği göz önüne

⁷⁸² HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations about Abandoning Youth to Their Rights”, s. 651.

⁷⁸³ GOLDSTEIN – FREUD – SOLNIT, **Beyond the Best Interests of the Child**, s. 16.

⁷⁸⁴ Bkz. FREEMAN, “Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously”, s. 11; Barbara ARNEIL, “Becoming versus Being: A Critical Analysis of the Child in Liberal Theory”, içinde: David ARCHARD – Colin M. MACLEOD (eds.), **The Moral and Political Status of Children**, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 70-94, s.76.

⁷⁸⁵ Onara O’NEILL, “Children’s Rights and Children’s Lives”, **Ethics**, Vol. 98, 1998, ss. 445-463, s. 447.

alındığında, bu yaklaşımın eleştiriye açık olduğu ifade edilebilir. Nitekim çocukların emeğinin fabrikalarda aşırı sömürülmesi, fabrika yasalarına vücut vermiş, iç çatışmalarda ya da savaşlarda çocukların kullanılıyor olması, yasama organlarını ve ulusalüstü toplumu çocukların silahlı çatışmalarda kullanılmasını yasaklayan, çocukların masumiyeti ve tecrübesizliğinin istismar edilmesi, çocukların cinsel bakımdan sömürülmesini yaptırıma bağlayan kanunlar ve uluslararası sözleşmeler kabul etmeye sevk etmiştir⁷⁸⁶.

Çocuk haklarına yönelik bir diğer itiraz, hak sahibi olmanın, bir yükümlülüğün yerine getirilmesini zorlayabilme iktidarını gerektirdiği, hakkın ihlali hâlinde sorumluları yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlama gücünden yoksun olmanın, hak sahibi statüsüne sahip olmamak anlamına geldiği noktasındadır⁷⁸⁷. Diğer yandan doktrinde de MacCormick⁷⁸⁸, Raz⁷⁸⁹ ve Campbell⁷⁹⁰ gibi teorisyenler, hak kavramının yalnızca hak iddia edebilen veya feragat edebilen kişilerle sınırlandırılması gerekmediğine dair bir yaklaşımı ortaya koymuşlardır. Bir kişinin, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarının eylem ve faaliyetlerine normatif kısıtlamalar getirerek korunma hakkına sahip kılındığı görüşü, hakların, hak talep edebilme ya da feragat edebilme yetkisine indirgenemeyeceğinin önemli bir göstergesidir. “Hakka sahip olma”yı rasyonalite ve yetkinlik ile değil, haktan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesine zorlama iktidarı ile açıklayan bu görüş, kişilerin hukuk aracılığıyla korunmayı gerektiren

⁷⁸⁶ Bkz: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol.

⁷⁸⁷ HART, 1984, “Are There Any Natural Rights, s. 180; Joel FEINBERG, **Rights, Justice and the Boundaries of Liberty: Essays in Social Philosophy**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1980, s. 149’den aktaran FORTIN, **Children’s Rights and the Developing Law**, s. 12.

⁷⁸⁸ MACCORMICK, **Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy**, s. 154-156.

⁷⁸⁹ RAZ, **The Morality of Freedom**, s. 165–92.

⁷⁹⁰ CAMPBELL, “The Rights of the Minor: As Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult”, ss. 1–23.

menfaatlere sahip olduklarından hareketle anayasal-yasal haklar tanınması karşısında da eleştiriye açıktır.

Çocukların olgun olmadıkları için irade açıklamalarına hukuki değer atfedilmemesi ve güçsüzlükleri nedeniyle ihtiyaçlarından hareketle bazı edimlerin muhatabı kabul edilmeleri yaklaşımı öğretilerde eleştirilmektedir⁷⁹¹. Federle, hakların gerek özgür irade ve seçimlerinin bir dış müdahaleden bağımsız olarak uygulama yetkisi, gerekse korunmaya değer görülen menfaatlardan kaynaklanan edimlerin yerine getirilmesini talep etme yetkisi olarak yorumunun; çocukların, kadınların, ırkları, renkleri nedeniyle hakların korumasından dışlanan grupların haklar karşısındaki statülerinde bir değişimi getirmeyeceğini ifade etmektedir. Bu iki yaklaşım yerine “güçsüz kesimlere” hak tanınmasının onları “haklar aracılığıyla desteklemek” anlamına geleceğini, buradan hareketle çocuğu bir hak sahibi olarak tanımlamanın, çocuğun yükümlülüğün yerine getirilmesini talep etme kapasitesini artıracığını savunmaktadır⁷⁹². Bu anlamıyla hak sahibi olmak “saygı duymaya zorlama, talepte bulunma ve taleplerinin yerine getirilmesine zorlama gücüne sahip olmak” demektir⁷⁹³. Federle’nin bu yaklaşımı, hakları daha fazla güç sahibi olanların, güçsüz olanlar üzerindeki iktidarlarını engellemek üzere başvuru araçları olarak kavramaktadır. Federle, hakların “birbirimize yönelik tasarruflarımızı sınırlayan iktidara karşılıklı saygı bölgeleri yarattığını” savunmaktadır. Bu yaklaşım hakların, toplumun güçsüz kesimlerinin mağduriyet ve marjinalleşmelerini azaltan “güçlendirici etkileri” nedeniyle değerli araçları olduklarını kabul etmekte ve bu anlamda hakların, güçsüz tarafı desteklemeye hizmet eden “güçlendirici araçları”

⁷⁹¹ Katherine Hunt FEDERLE, “On the Road to Reconceiving Rights for Children: A Postfeminist Analysis of the Capacity Principle” **DePaul Law Review**, Vol. 42, 1992, ss. 983-1028, s. 983; Katherine Hunt FEDERLE, “Rights Flow Downhill”, **International Journal of Child’s Rights**, Vol. 2, 1994, ss. 343-368, s. 344.

⁷⁹² FEDERLE, “Rights Flow Downhill”, s. 366; Katherine Hunt FEDERLE “Looking for Rights in All the Wrong Places: Resolving Custody Disputes in Divorce Proceedings”, **Cardozo Law Review**, Vol. 15, 1994, ss. 1523-1566, s. 1529-30.

⁷⁹³ FEDERLE, “Rights Flow Downhill”, s. 344.

olduğunu vurgulamaktadır. Güçsüz kesimleri “hak”lar aracılığıyla desteklemenin dönüştürücü yönünün çocukların mağduriyetini azaltacağını ileri süren Federle, hakların güçlendirici etkileri nedeniyle artık çocukların güçsüz varlıklar olarak görülmeceğini dile getirmektedir⁷⁹⁴.

Daha yakın tarihli çalışmalarda ise çocuğun bugünkü menfaatlerinin ve refahının korunması ihtiyacının, gelecekteki menfaatlerine kurban edilmemesi gerektiği, çocuğun çocuk olarak muamele görmeye hakkı olduğu ifade edilmektedir⁷⁹⁵. Çocuğa daha fazla özerklik hakkı ya da korunma hakkı tanınması konusunda, her bir somut olayda belli bir çocuk daha fazla koruma yaklaşımına ihtiyaç duyabilecekken, diğer bir çocuğun daha fazla irade özerkliği ve karar alma hakkı tanınarak korunabileceğine işaret edilerek toptancı bir yaklaşıma itiraz edilmektedir⁷⁹⁶.

Yakın dönem çocuğun özgürleştirilmesi yaklaşımının temsilcileri, çocuğa tanınması gereken haklar konusunda daha az radikal bir yaklaşım ortaya koymaktadırlar. Çocuk haklarının tanınmış olmasının, çocuğun gelecekte tam özerkliğe sahip yetkin bir yetişkin olma potansiyelinin korunması amacıyla bugünkü tehlikeli olabilecek kısa vadeli seçimlerinin engellenmesini dışlamadığı savunulmakta⁷⁹⁷ ve bu yaklaşım Çocuk Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere ondan sonra kabul edilen pek çok ulusal hukuk sisteminde kabul görmektedir. “Liberal paternalizm⁷⁹⁸” olarak nitelenen bu görüş, çocuğun kendi potansiyelini tam olarak gerçekleştirme yetkinliğine sahip bir yetişkin olabilmesini

⁷⁹⁴ FEDERLE, “Rights Flow Downhill”, s. 367.

⁷⁹⁵ CAMPBELL, “The Rights of the Minor”, s. 20.

⁷⁹⁶ MINOW, “Rights For the Next Generation: A Feminist Approach to Children’s Rights”, s. 14.

⁷⁹⁷ Jane FORTIN, “Children’s Rights: Are the Courts Now Taking Them More Seriously”, **The King’s College Law Journal**, Vol. 15, 2004, ss. 253-272, s. 259; FORTIN, **Children’s Rights and the Developing Law**, s. 19-27; HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism”, s. 650.

⁷⁹⁸ FREEMAN, “Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously”, s. 15.

amaçlayan ebeveyn yönlendirmesini meşru, hatta çocuğun gelişimini gerektiği gibi gerçekleştirebilmesi bakımından önemli bir çocuk hakkı olarak kabul etmektedir⁷⁹⁹.

En önemli temsilcileri arasında Eekelaar, Freeman ve Fortin ve Dailey'in sayılabileceği “liberal paternalizm”, çocuğun özerk-yetkin bir bireyin yaşam hedeflerini oluşturması ve gerçekleştirebilmesi için gerekli donanımla yetişkinlik eşiğine getirilmesi amaçlarıyla sınırlı olarak yönlendirilmesini konu alan rehberlik ve yönlendirme yetkisinin, çocuk haklarına aykırı olmayacağı hatta bu yönlendirmenin çocuğun gelişimsel (developmental) haklarının bir gereği olduğunu kabul etmektedir⁸⁰⁰.

Çocuğun korunması ile kendi kararlarını belirleme hakkının dengelenmesini amaçlayan bu görüş çerçevesinde, bu günkü özerklik ihtiyacının, potansiyelini mümkün olan en üst seviyede gerçekleştirmesine olanak tanınması (gelişimsel haklar) ve bu günkü haklarının korunması amacıyla sınırlanabileceği kabul edilmektedir⁸⁰¹. Ancak bu sınırlama yalnızca yeterli olgunluk seviyesine ulaşmamış olduğu temelinde haklı görülmekte, çocuğun yaş ve gelişim seviyesi ile orantılı olarak kendi hukukuna dair kararlarda söz sahibi olması hakkına sahip olması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁰². Bu yaklaşım günümüzde önemli ölçüde pozitif hukuk tarafından kabul edilmiştir. Bunun bir sonucu olarak ulusalüstü hukukta çocuk haklarına ilişkin uzlaşmış standartları ortaya koyan ÇHS, çocuğun gelişen yetkinliği (evolving capacities) kriterini temel bir yorum

⁷⁹⁹ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2144. Çocuğun haklarının en ideal biçimde aile ortamında ana babanın korunabileceği konusunda ve bunun eşitlik ilkesi ve bireyci doktrinle de çelişmediği konusunda etkili ve ikna edici bir savunma için bkz. HAFEN, “Children’s Liberation and the New Egalitarianism”.

⁸⁰⁰ FREEMAN, “Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously?”, s. 15; Barbara Bennett WOODHOUSE, “Hatching The Egg: A Child-Centered Perspective on Parents’ Rights”, **Cardozo Law Review**, Vol. 14, 1993, ss.1747-1864, s. 1825; Barbara Bennett WOODHOUSE, “Out of Children’s Needs, Children’s Rights: The Child’s Voice in Defining the Family”, **Brigham Young University Journal of Public Law**, Vol. 8, 1994, ss. 321-341, s. 321-323; 1993; EEKELAAR, “The Interests of The Child and the Child’s Wishes”, s. 53; FORTIN, “Children’s Rights: Are The Courts Taking Them More Seriously?” s. 258.

⁸⁰¹ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 171.

⁸⁰² Michael FREEMAN, **The Rights and Wrongs of Children**, Frances Pinter, London, 1992; ‘FREEMAN, “The Limits of Children’s Rights”, s. 57.

ilkesi olarak kabul etmiştir⁸⁰³. Nitekim ÇHS’de ve bu Sözleşme’nin kabulünden sonra yapılan anayasalar ve çocuğun haklarına ilişkin kanunlarda, yaş ve gelişim seviyesi göz önünde bulundurularak kendi kararlarını alma hakkı tanınmıştır. Sonuç olarak günümüzde çocuk hakları yaklaşımının, çocuğun korunmasına yönelik haklar dışlanmaksızın çocuğun özerkliğinin temel bir değer olarak kabul edilerek, çocuğun bireysel özerkliğine saygı ve eşit muamele görme hakkı olan bir kişi olarak kabulüne dayandığı ifade edilebilir⁸⁰⁴.

B. Anayasa Hukukunun Yaklaşımı

Çocuk haklarının temeline ilişkin bu moral kabuller önemli ölçüde anayasal düzeyde hukuku etkilemeyi başarmıştır. Anayasalar çocuğun kendine özgü doğası, çocukluk dönemine özgü ihtiyaçları, çocuğun “çocuk olma değeri” gibi kabullerden hareketle ya da toplum düzenin korunması, demokratik düzenin sürdürülmesi gibi daha başka saiklerle bu döneme özgü hakları tanımaktadır. Çalışmaya, çocuk haklarının temeli olarak kabul edilen çocuğa özgü niteliklerden hareketle çocuklara özgü hak tanıyan anayasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerin genel eğilimleri incelenerek devam edilecektir.

Hukukça herkese tanınan haklardan ayrı olarak çocuklara özel haklar tanınması, çocukların haklarla korunmaya değer özel ihtiyaçlarının ve “*doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyet*”in (ÇHS- Başlangıç) kabul edilmesinin bir sonucudur. Bu haklar, kişinin “çocuk olması dolayısıyla korunma, bakım, gözetim ihtiyacı, desteklenme ihtiyacı⁸⁰⁵” ve “gelişim” hâlinde bireyler olmaları⁸⁰⁶ ve tüm insanlar gibi kişisel

⁸⁰³ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 45.

⁸⁰⁴ FREEMAN, “The Limits of Children’s Rights”, s. 37.

⁸⁰⁵ Ulusalüstü çocuk hakları hukuku pek çok belgede çocuğun korunmasını ve bakım ve gözetim haklarını tanımaktadır. Ayrıca bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Brown v. Board of Education* Kararı, 347 U.S. 483 (1954).

⁸⁰⁶ Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Ginsberg v. New York* Kararı, 390 U.S. at 642 n.10.

özerkliklerine saygı ve eşit muamele görmeye layık kabul edilmeleri nedeniyle tanınan haklardır.

1. Çocuğun İncinebilir Kırılgan Doğası

Çocukların bedensel, zihinsel ve ekonomik yönden güçsüz ve bir yetişkine bağımlı olmaları nedeniyle bir yandan incitilmeye, ihmal ve istismara daha açık olmaları, diğer yandan anlama ve muhakeme yeteneklerinin tam olarak gelişmemiş olması ile karakterize edebilecek doğaları, çocukluk döneminde kişilere özel haklar tanınmasının gerekçesidir. Bu haklar çocuğun maddi ve manevi varlığının korunmasını konu almaktadır.

Çocuğun korunmasını amaçlayan haklar, ilk olarak çocuğun incinebilir ve güçsüzlükle özdeşleşen doğasından hareketle kabul edilen haklardır. İhmal ve istismara karşı korunma, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı korunma, ahlaksız ya da etik bakımdan zararlı görülen eylemlere ya da düşüncelere karşı korunma, kaçırılma, satılma, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte çalıştırılmaya karşı korunma hakları, çocuğun incinebilir ve kırılgan doğasına dayandırılabilir anayasal haklardır.

Pek çok anayasa çocuğun incinebilir doğasını temel alarak çocukların ve gençlerin devlet tarafından özel koruma hakkına sahip olduklarını düzenlemektedir⁸⁰⁷. Bu hükümler genel olarak ya “*Toplum ve Devlet, çocuğun haklarını koruyacaktır.*” (Cezayir Anayasası md. 72, Angola Anayasası md. 35/6, Butan Anayasası md. 9), “*Tüm çocuklar, küçük olma statülerinden dolayı devlet tarafından özel koruma önlemleri alınması hakkına sahiptir*” gibi devletin çocuğa yönelik genel koruma yükümü biçiminde ya da

⁸⁰⁷ Bu yönde düzenlemeye yer veren anayasalar için örnek olarak bkz: Arnavutluk AY. md. 54, Cezayir AY md. 72, Bulgaristan AY. md. 14, Kapo Verde AY md. 71, Çin AY md. 49, Dominik Cumhuriyeti AY md. 56, Estonya AY md. 27, Haiti AY, md. 261, Honduras, AY md. 119, Macaristan AY md. 15, Irak AY md. 29, Kosova AY md. 50, Litvanya AY md. 39, Makedonya AY md. 42, Maldivler AY md. 34, Moldova AY md. 50, Karadağ AY md. 24, Mozambik AY md. 47, 121, Nepal AY md. 339, Nikaragua AY md. 71, Panama, AY md. 56, Filipinler AY md. 15, Portekiz AY md. 69, Romanya AY md. 49, Rusya AY md. 39, Sırbistan AY md. 64, Zeyşeller AY md. 31, Slovenya AY md. 56, Güney Afrika AY md. 228, Srilanka AY md. 27, Sudan AY md. 14, Suriname AY md. 35, İsviçre AY md. 11, İspanya AY md. 39, Tacikistan AY md. 34, Tayvan AY md. 153, Ukrayna AY md. 51, Özbekistan AY md. 45, Venezuela AY md. 78, Vietnam AY md. 36, Zambia AY md. 24.

“Devlet, çocukların insan ticareti, fuhuş, istismar, şiddet dahil olmak üzere her türlü ayrımcılığa ve sömürüye karşı korunmasını sağlamak için uygun önlemleri almaya çalışacaktır.” (Burundi md. 30), *“Tüm çocuklar, refahlarının, sağlıklarının korunması amacıyla istismara, şiddete veya sömürüye karşı fiziksel güvenlik önlemlerine, gerekli bakımı sağlamak veya iyileştirmek için özel önlemler alınması hakkına sahiptir.”* (Burundi Ay. md. 44), *“Her çocuk şiddet, kötü muamele, sömürü ve sağlıklarına ve ahlaklarına zarar verebilecek ya da yaşamlarını veya normal gelişimlerini tehlikeye atabilecek işlerde çalıştırılmaktan korunma hakkına sahip olacaktır”* (Arnavutluk Anayasası md. 54), *“Devlet... her çocuğun ... ailede ve diğer kurumlarda, her türlü ihmal, ayrımcılık, baskı, kötü muamele, istismar ve sömürüye karşı tam olarak korunmalarını sağlamalıdır”* (Angola Anayasası md. 80), *“(Çocuklar) Her türlü terkedilme, fiziksel veya psikolojik şiddet, tecavüz, insan ticareti, cinsel istismar, ekonomik sömürü, zorla çalıştırılma ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaya karşı korunurlar”* (Kolombiya Anayasası md. 44) biçiminde⁸⁰⁸, çocuğun sağlıklı ve normal gelişimini tehdit eden belli başlı etkenler sayılmak ve devleti öncelikle bu özel alanlarda çocuğu korumak amacıyla önlemler almakla sorumlu tutmak biçiminde formüle edilmişlerdir. Ebeveyn bakımından yoksun kalan çocukların özel olarak korunacağını düzenleyen Makedonya (md. 40), Slovenya (md. 56), Ermenistan (md. 37), Bulgaristan (md. 47) anayasaları; yetim, engelli, terkedilmiş çocukların özel olarak korunacağını düzenleyen Mozambik (md. 121), Portekiz (md. 69) anayasaları; hasta ve engelli çocukların özel olarak korunacağını düzenleyen Gürcistan (md. 63) ve Mısır Anayasası (md. 80); evlilik birliği dışında

⁸⁰⁸ Bu örnekleri çoğaltmak da mümkündür. Bkz: Azerbaycan Anayasası md. 80, Belarus Anayasası md. 32, Butan Anayasası md. 9, Brezilya Anayasası md. 227, Brundi Anayasası md. 44, Kolombiya Anayasası md. 44, Ekvador Anayasası md. 46, Mısır Anayasası md. 80, Etiyopya Anayasası md. 36, Fiji Anayasası md. 24, Gana Anayasası md. 128, Latvia Anayasası md. 100, Malavi Anayasası md. 23, Karadağ Anayasası md. 64, Mozambik Anayasası md.121, Nepal Anayasası md. 39, Panama Anayasası md. 56, Paraguay Anayasası md. 54, Portekiz Anayasası md. 69, Sırbistan md. 64, Somali Anayasası md.29, Güney Afrika Anayasası md. 28, Güney Sudan Anayasası md. 17, çocukların maruz kaldığı temel tehditlere işaret ederek özellikle bu alanlarda devletin önlemler almakla yükümlü olduğunu vurgulamışlardır.

dünyaya gelen çocukların tüm haklardan eşit yararlanacaklarını düzenleyen İtalya (md. 30), Kosova (md 50), Moldova (md. 50), Karadağ (md. 72), Panama (md 60), Papua Yeni Gine (Başlangıç), Sırbistan (md. 22), Slovakya (md 41), Svaziland (md. 29), Ukrayna (md 52), Uruguay (md. 42) anayasaları gibi bir dizi anayasa ise genel olarak tüm çocukların korunması yükümünden ayrı olarak, diğer çocuklarla kıyaslandıklarından daha da dezavantajlı olan ve daha yoğun koruma önlemlerine ihtiyaç duyan çocuklar bakımından özel koruma hükümlerine yer vermeyi gerekli görmüşlerdir.

AIHM de başvuranın kırılgan ve incinebilir bir durum içinde bulunması ölçütünü hem maruz kalınan ihlalin ağırlığını, hem de mağdur karşısında devletin yükümlülüklerinin kapsamını tespit ederken kullanmaktadır⁸⁰⁹. Örneğin Mahkeme, çocuğun şiddetten korunması hakkı çerçevesinde korunan hukuksal çıkarın fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı olduğunu, bu hakkın maruz kalınan müdahalenin ağırlığı ile orantılı olarak gerek 3'üncü maddede düzenlenen işkence yasağı, gerekse 8'inci maddede güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunacağını kabul etmektedir. Somut olayda hangi maddenin uygulanacağı belirlenirken eylemin 3'üncü maddenin uygulanma alanına girmesi için gereken asgari şiddet eşiğini aşp aşmadığını öncelikle değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeyi ise eylemin süresi, fiziksel ve zihinsel etkileri, mağdurun cinsiyeti, sağlık durumu ve yaşını da göz önünde bulundurarak yapmakta ve çocukların içinde bulundukları kırılgan durumun ve incinebilir, hassas doğalarının ihlalin ağırlığını arttırdığını kabul etmektedir⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ Bu husus, çocuk haklarının anayasa hukuku bakımından rejimi belirleyen temel önemde bir kritere işaret etmektedir ve burada, anılan kriterin Anayasaya temel hak ve özgürlüklere uygunluğu denetlemekle yetkili özel mahkemeler tarafından somutlaştırıldığını belirtmekle yetinilecek, ilkenin yargı makamları tarafından nasıl uygulandığı ve çocuk haklarına sağladığı koruma ilgili kısımlarda etraflıca incelenecektir.

⁸¹⁰ *E. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), 15/01/2003, parag. 105; *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), 4.12.2003, parag. 150; *Z. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), 10.5.2001, parag. 73; *X. and Y. v. Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), 26.3.1985, parag. 17-34.

Anayasa Mahkemesi de aynı yargısal tutumu benimsemiş ve çocukların maruz kaldıkları şiddet ve istismarlar sonucunda erişkinlere göre daha fazla mağdur olduklarını vurgulayarak fiziksel ve psiko-sosyal gelişimlerini olumsuz etkileyebilecek tüm fiillere karşı korunma hakları olduğunu kabul etmiştir⁸¹¹. Çocuğun cinsel bütünlüğüne yönelik eylemin gerçekleşmesinden sonra failin söz konusu çocuk ile evlenmesi durumunda da hapis cezası uygulanmasının adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözetilmediği, evlilik birliği içerisindeki kadının ve çocuğun haklarının ağır derecede zedelendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2, 10 ve 41'inci maddelerine aykırı olduğu iddiasını içeren başvuruda Anayasa Mahkemesi, “*çocukların fiziksel ve psikolojik olarak gelişimlerini henüz tamamlamamış olmaları nedeniyle yetişkinlere göre daha özel bir koruma altında olmaları gerektiği*”ni vurgulamakta ve çocukların cinsel dokunulmazlıklarına yönelen eylemleri yaptırıma bağlayan kuralların, çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmelerinin, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olduğuna ve bu suçların çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bıraktığına işaret ederek, söz konusu suçların işlenmesine karşı önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirler alınmasının Devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden olduğunu ifade etmektedir⁸¹².

2. Gelişim Hâlindeki Bireyler Olmaları

Çocuk doğasını yetişkin doğasından ayıran bir diğer husus, çocukların gelişim hâlinde olan bireyler olmalarıdır. Yetişkinlerden farklı olarak, yetişkin sayılmak için sahip olunması gereken yetkinliği kazanma yolunda sürekli gelişen ve gelişimlerini kendi özlerinde taşıdıkları en üst noktaya vardırılabilmeleri için desteklenme ihtiyaçları olan

⁸¹¹ Örneğin Z. C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag. 57; daha yakın tarihli karar için bkz: O.G. Başvurusu, (B. No: 2016/2470), 15.1.2020, parag. 60.

⁸¹² AYM E: 2015/43, K: 2015/101, k.t.12.11.2015.

çocukların bu nitelikleri, genel insan haklarına ek olarak çocuklara özel haklar tanınmasının dayanağıdır.

Pek çok anayasa çocukların çocuk olmaya özgü bu niteliklerinden hareketle çocuklara özgü haklar tanımıştır. Örneğin Arnavutluk Anayasası'nın 54'üncü maddesi, Devletin, gençlerin ve ergenlerin tam ve dengeli gelişimini teşvik edecek önlemleri alacağını düzenlemiştir. Angola Anayasası'nın 35'inci maddesinde, aile, eğitim ve sağlıkla ilgili kamu politikalarının, çocuğun fiziksel, zihinsel ve kültürel gelişimlerini garanti altına almanın bir gereği olarak çocuğun üstün menfaatini korumakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bahreyn Anayasası'nın 5'inci maddesi de “Devlet gençlerin fiziksel, ahlaki ve entelektüel gelişimine özel önem gösterir” hükmüne yer vermektedir. Belçika Anayasası'nın 22'nci maddesi ise her çocuğun “gelişimini destekleyen önlemlerden ve olanaklardan yararlanma hakkı”nı tanımaktadır. Bunun gibi devletin çocuk ve gençlerin gelişimlerine öncelik vereceği hükmüne pek çok anayasada rastlamak mümkündür⁸¹³. Özellikle “eğitim hakkı” ile “*her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine sahip olma*” hakkı (ÇHS md. 27), çocuğun gelişiminin mümkün olan en üst noktaya erişmesi ihtiyacını karşılamaya yönelmiş haklardır. Sözleşme, çocuğun güçsüzlüğünden hareketle çocuğun tehlikeli ve ekonomik sömürü niteliğindeki işlerde çalıştırılmasını yasaklarken çocuğun çalıştırılmayacağı işleri “*eğitime zarar veren ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte işler*” olarak belirlemiştir. Görüldüğü üzere ilk bakışta çocuğun korunmasını amaçlayan ve çocuğun güçsüzlükle özdeşleşen doğasına dayandırılabilir haklar dahi, onun gelişimini güvence

⁸¹³ Bolivya AY md. 58, Kabo Verde AY md. 71, Kolombiya AY md. 44, Dominik Cumhuriyeti AY md. 55, Ekvador AY md. 44, 69, 347, 380, Mısır AY md. 80, El-Salvador, AY md. 32, Gabon AY md. 1, Macaristan AY md. 16, Endonezya AY md. 28B, Kırgızistan AY md. 36, Meksika AY md. 4, Nepal AY MD. 39, Nijer AY md. 24, Norveç AY md. 104, Paraguay AY md. 54, Güney Sudan AY md. 17, İsviçre AY md. 11, Suudi Arabistan AY md. 20.

altına alma amacını da barındırmaktadır. Sözleşme'nin yaklaşımında çocuğun korunmasını amaçlayan hakların yöneldiği değer, dolaylı olarak çocuğun gelişiminin sağlanmasıdır. Sağlıklı beslenme, sağlıklı bir çevrede yaşama, kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakları da çocuğun maddi ve moral gelişimini sağlamayı amaçlayan haklar arasındadır. Öğretide, Sözleşme'nin dayandığı temel ilkenin “gelişme hakkı” olduğu ifade edilmektedir⁸¹⁴.

Çocukluk bir yetiştirme sürecidir. Bu süreç, çocuğun yetişkinliğe hazırlanması amacıyla aile ve devletin ek sorumluluklarını gündeme getirmektedir. Sözleşme'nin eğitim hakkına ilişkin 28'inci maddesinin, devletlere “*eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için elde edilir hale getirme*” yükümü getirmesi, 29'uncu maddesinde düzenlenen “*Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi*” hakkı, “*Çocuğun, anlayış, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması*” hakları hep çocuğun geleceğe, yetişkinliğe hazırlanması ihtiyacı nedeniyle tanınan haklardır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de *Ginsberg v. New York* kararında, çocuklara pornografik materyallere satışını yasaklayan eyalet yasasının Anayasaya aykırı olmadığına dair kararında, çocukların çocukluk döneminde gelişimlerine zararlı yayınlardan korunması ihtiyaçlarına dayanmıştır⁸¹⁵.

⁸¹⁴ AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 4.

⁸¹⁵ *Ginsberg*, 390 U.S. 629, 642 n.10 1968; Willard M. GAYLIN, “The Prickly Problems of Pornography”, **Yale Law Journal**, Vol. 77, 1968, ss. 579-597, s. 592-593.

3. Hukuksal Statüleri

Diğer yandan çocuk hakları, toplum tarafından çocuğun yerleştirildiği sosyal ve siyasal statüden hareketle de temellendirilmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde vurgulandığı üzere çocukluk insan yaşamının kronolojik bir evresinden çok iktidarla ilgili bir dönemdir⁸¹⁶ ve bu anlamda “çocuk” terimi “yetişkin”lerden farklı hukuksal statüde kabul edilenleri tanımlamaktadır. Bireyin yerleştirildiği statü, sahip olduğu hak ve yükümlülükleri de belirlemektedir. Uluslararası insan hakları denetim organlarının kararlarında “her çocuğun korunması için özel önlemlerin alınması hakkı”nın, çocuğun “küçüklük” statüsü nedeniyle tanınan bir hak olduğu kabul edilmiştir⁸¹⁷.

Herhangi bir bireyin toplumun siyasal dokusu içinde yerleştirildiği statü, o statüde yer alan bireylere özgü haklar tanınmasının meşruiyet temelini oluşturmaktadır⁸¹⁸. Çocuğa layık görülen sosyal ve siyasal statüsü de, çocuğun hak ve sorumluluklarını belirlemektedir. Çocuğun statüsüne yönelik kabuller zaman içinde değişim göstermiş, bu değişime paralel olarak çocuğun sahip olabileceği kabul edilen hak ve yükümlülükler de farklılaşmıştır. Başlarda çocuğun korunma ihtiyacı temel alınarak çocuğu korumaya yönelik haklara ağırlık verilmişken, zamanla özerkliği ve kendi kararlarını belirleme hakkı da tanınmaya başlanmıştır. Çocuğun hukuk önündeki geleneksel statüsü, olgunluk seviyeleri göz önünde bulundurulmaksızın, çıkarlarını korumak için daima bir yetişkine bağlı olduklarının kabul edilmiş olmasıdır. Bu yaklaşım çocukların hukuk önünde ehliyetlerinin eksik olduğu (lacked full legal capacity) kabulüne dayandırılmıştır. Bu kabulden hareketle çocuklar, yetişkinlerin sahip olduğu pek çok hakka ehil görülmemişler

⁸¹⁶ FRANKLIN, *Çocuk Hakları*, s. 23.

⁸¹⁷ Bkz. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 24’üncü maddesinin ilk paragrafına dair Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu. Madde şu şekildedir: “Her çocuğun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın ailesi, içinde yaşadığı toplum ve Devlet tarafından, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerine hakkı vardır.”

⁸¹⁸ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 32-33.

ve ehil görüldükleri bazı haklar için, hakkı kullanma ehliyeti-fiil ehliyetlerinin bulunmadığı ve kendileri adına hukuki işlem yapma yetkisine sahip bir kanuni temsilciye ihtiyaç duydukları kabul edilmiştir. Bu nedenle, pek çok hukuk sisteminde çocukların “yerleşim yerini belirleme”, “tıbbi bir müdahaleye rıza gösterme”, “seyahat etme” gibi kişiliğe sıkı sıkıya bağlı hakları kısıtlanmıştır. Kendi yaşamını ilgilendiren kararların alınmasına katılım hakkı bile “çocuğun gelişen kapasitesi ölçütü”nden hareketle, o işlem için yeterli olgunluğa sahip olup olmadığının bir yetişkin tarafından irdelenmesini gerektirmektedir.

Diğer yandan çocukların yerleştirildiği geleneksel statüsü, menfaatlerinin bir yetişkinin menfaatlerine göre daha önemsiz kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, çocuklara yönelik kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi değerlerine yapılan haksız müdahaleler, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş olmalarına rağmen aynı konuda yetişkinlere karşı gerçekleştirilen müdahalelere kıyasla yaptırımsız bırakılmaktadır. Yine çocuklarının kanuni temsilcilerinin onayı olmaksızın hukuki yardımdan yararlanma ve hukuki süreçleri başlatma yetkilerinin tanınmaması da çocukların haklarının korunmasını engellemektedir.

Çocuğun yetişkin statüsünden ayrı bir hukuksal statüye yerleştirilmesinin, çocuğa tanınan haklar bakımından bir diğer sonucu, çocuğa yetişkinlerden ayrı çocuklara özgü haklar tanınması ve yükümlülükler getirilmesidir. Ayrıca çocuğun özerkliğinin eksik kabul edilmesi, çocuğun özel koruma sağlayan haklara ehil görülmesinin meşruluk temeli olarak kabul görmüştür. Devletler çocuklara “öz-belirlenim⁸¹⁹” yetkisi -irade özerkliği- tanımak yerine, çocuğun korunmasını konu alan hakları tanıma yaklaşımını benimsemişlerdir. 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi çocuklara “*hürriyet ve haysiyet içinde sıhhatli ve normal şekilde bedensel, fikri, ahlaki, ruhsal ve sosyal yönden*

⁸¹⁹ Alev TÜRKER, bireyin kendi özerk iradesi ile kendi hukukuna ilişkin kararlar alabilmesi yetkisi anlamındaki “autonomy” terimini “öz-belirlenim” olarak türkçeleştirerek doktrine kazandırmıştır.

gelişmesini sağlayacak imkân ve kolaylıklar ve özel bir korumadan yararlanma hakları”nın tanınmasını emretmektedir. 1989 tarihli ÇHS de çocuğun gelişen kapasitesinin göz önünde bulundurulmasını, çocuğun haklarına ilişkin temel bir ilke olarak kabul etmekle birlikte, pek çok maddesinde çocuğun ehliyetsizliğini “temel norm” olarak belirlemiştir.

Günümüzde bu yaklaşım yavaş yavaş aşılmaktadır. Bunun yerine çocuğun gelişen kapasitesi ile orantılı olarak kendi hukukunu etkileyen kararların alınmasına katılma hakkının tanınması gerektiği kabul edilmektedir. ÇHS, yaşamlarını kontrol etme yeteneklerinin sürekli gelişim göstermesini, çocuğun hukuksal statüsünü belirleyen temel nitelik olarak kabul etmiştir (md. 5). Dolayısıyla günümüzde ulusalüstü hukuk, çocuğun gelişen kapasitesinin göz önünde bulundurulmasını, çocuğun temel hukuksal statüsü olarak kabul etmektedir. Bu yaklaşım çocuğun hukuksal statüsünde kendi adına hak talebinde bulunabilmesi ve yasal süreçleri başlatabilmesi yönünde bir değişimle noktalanmıştır⁸²⁰. Bu değişim ulusalüstü hukukta en üst seviyede izlenmektedir. Nitekim Avrupa Çocuk Haklarının Uygulanması Sözleşmesi çocuklara, kendi adlarına bir yetişkinin temsiline ihtiyaç duymaksızın yasal süreçleri başlatma ve takip etme yetkisi tanımaktadır. Yine Avrupa ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmeleri, bireylere haklarının ihlal edildiği iddiası ile Sözleşme’nin yargısal organlarına başvuruda bulunma hakkı tanımış, bu hak çocuklara da eşit olarak tanınmıştır. Afrika Çocuğun Hakları ve Refahı Şartı, bu iki Sözleşme’den daha da ileri giderek çocuklara, kişisel ve siyasal hak ihlallerine ek olarak ekonomik, sosyal, kültürel hakların ihlali iddialarını da Sözleşme’nin denetim organı önüne getirme yetkisi tanımıştır⁸²¹. Böylece günümüzde çocuklar, hukuk

⁸²⁰ VEERMAN, *The Rights of the Child and The Changing Image of Childhood*, s.17-18.

⁸²¹ Madde 44/1.

önünde daha özerk ve karar alma ehliyetine sahip kişiler olarak tanınmaya başlanmışlardır.

4. Çocuğun Moral Değeri

Çocuğun, insanlık ailesinin tüm üyeleri gibi, “doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyet”in ve “insan olarak taşıdığı haysiyet ve değer”in kabul edilmesi de, çocuğa haklar tanınmasına neden olmuştur.

Sözleşmenin çocuğun moral değerine yönelik bu yaklaşımını Başlangıç kısmının ilk iki paragrafında ortaya koymuş olması, çocuk haklarını, “çocuğun moral değeri” üzerine inşa ettiğinin göstergesidir.

Sözleşme’nin eğitim hakkının, “*okul disiplininin çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde, yürütülmesinin sağlanması*”nı devletin yükümlülükleri arasında sayması (md. 28), kanunları ihlal ettikleri gerekçesi ile “*özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık*”la uyumlu olarak davranılması yükümü (md. 37), “*ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen her çocuğun taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkı*”, “çocuğun değeri”ni temel alan haklara örnektir.

5. Çocuklara Hak Tanınmasının Hâkim Sınıfın ve Ekonomik Yapının

Çıkarları İle Örtüşmesi

“Değeri” ve “ihtiyaçları” temel alınarak çocuklara hak tanınması anlayışı yanında, sosyo-al ve ekonomik düzene hâkim sınıfın çıkarları gerektirdiği için çocuklara tanınan hakların genişletilmesi eğiliminden söz etmek de yanlış olmayacaktır. Bu kapsamda çocuğun haklarının genişletilmesinin nedeni, çocukların ihtiyaç ve çıkarlarının, yeni hakların tanınmasını gerektirmesi değildir. Aksine siyasal üstünlüğü elinde

bulunduranların çıkarlarının gerekleri nedeniyle, çocuklara yeni haklar tanınmaktadır. Örneğin genç yaştaki seçmenlerin eğiliminin seçim sonuçları üzerinde kilit rol oynayacağına yönelik bulgular üzerine Arjantin’de seçmen yaşı on sekizden on altıya düşürülmüştür⁸²².

Amerika Birleşik Devletleri’nin pek çok eyaletinde ve Kanada’nın Alberta bölgesinde motorlu araç kullanma yaşı, on dört yaşının tamamlanması olarak belirlenmiştir. ABD’nin diğer eyaletlerinde de genellikle on sekizin altında bir yaş sınırı öngörülmüştür⁸²³. Ülkenin, dünyanın geri kalan ülkelerinden farklı bir yaklaşım benimsemiş olmasının nedeni, çocukların menfaatlerinin daha küçük yaşta motorlu araç kullanmayı gerektirmesi değildir. Aksine, ülkenin çok geniş şehir alanlarına sahip olması ve bunun sonucu olarak bir yetişkine ihtiyaç duymaksızın eğitim çağındaki çocukların okullara, şehirden uzak fabrikalarda çalışan çocukların ise fabrikalara erişebilmeleri için bu yönde bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bu örnekte görüldüğü üzere erken yaşta sürücü lisansı verilmesi, çocukların iş gücüne dâhil olabilmeleri amacına hizmet etmektedir. Evlilik yaşı konusunda çocuğun menfaatlerinin gereklerini göz önünde bulundurmamanın belirlemelerin, yine topluma hâkim sınıfın çıkarlarının gereklerine hizmet ettiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim Birleşmiş Milletler Genel Kurul’un 7 Kasım 1962 tarihli 1763A (XVII) sayılı kararıyla imzaya ve onaya açılan ve 9 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe giren, Evliliğe Rıza Gösterilmesi, Asgari Evlenme Yaşı ve Evliliğin Tesciline Dair Sözleşme, evlilik akdinin “her iki tarafın da tam ve özgür rızası olmadan resmen akdedilemeyeceği”ni hüküm altına almıştır (md. 1). Çocuğun evlilik akdine tam ve özgür

⁸²² <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-20164573> (erişim tarihi: 28.1.20120). Haberde araştırmacılar, gençlere oy kullanma hakkı tanınmasını yönündeki değişimin, Cumhurbaşkanı Cristina Fernandez’in partisinin 2013 seçimlerindeki şansını artırmak üzere tasarlandığını ifade etmektedirler.

⁸²³ Alaska, Arkansas, Idaho, Iowa, Kansas, Nort Dokata, South Dokata, Wyoming, eyaletlerinde sürücü lisansı alabilmek için 14 yaşın tamamlanması yeterlidir. https://ipfs.io/ipfs/QmXoyvizjW3WknFiJnKLwHCnL72vedxjQkDDP1mXWo6uco/wiki/List_of_countries_by_minimum_driving_age.html (erişim tarihi: 2.5.2020).

rızasından söz edebilmek için, en azından evlilik kurumunun hak ve yükümlülüklerini anlayabilecek ve aile kurma hakkı ile eğitim, kişiliğini geliştirme, çalışma hakkı gibi diğer hakları bakımından gündeme gelebilecek kısıtlılıkları tartabilecek yaşta olması gerektiği açıktır. Bu yaştan önceki herhangi bir yaşta çocuğa evliliğe rıza gösterme hakkı tanınması, çocuğun değil ataerkil toplum düzeninin gereklerine hizmet edecektir.

Yine devletin çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı koruma yükümünün, çocuğa yönelik bu tür fiillerin suç olarak kabul edilmesini gerektirdiği açıktır. Türk ceza hukukunda, çocuğa yönelik cinsel sömürü ve cinsel suiistimal fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, 15-18 yaş arasındaki çocukların iradesinin dikkate alınıp alınmayacağı konusu çocuk hakları konusunda çalışma yürüten çevrelerde ciddi tartışmalara yol açmaktadır. Kanun 104'üncü maddede “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunu düzenlemektedir. Bu düzenleme uyarınca, 15 yaşını doldurmuş çocukla cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleşen cinsel eylemlerin, ancak mağdurun şikâyetinde bulunması üzerine cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin, 15 yaşının tamamlanması durumunda mağdurun şikâyet etmeme yönündeki iradesini, rıza olarak kabul ederek fiili cezasızlık kapsamına aldığı görülmektedir. Karşılaştırmalı hukukta, çocuğun cinsel dokunulmazlığı konusunda gelişen yetkinliği ile orantılı olarak rızasının geçerli sayılmasının kabul edildiği ve bu kabulün yargı içtihatlarına da yansıdığı çalışmanın ilk bölümünde de ifade edilmişti. Ancak özellikle kız çocuklarına yönelik toplumsal kabuller göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemenin, karşılaştırmalı hukuktaki gibi çocuğun gelişen kapasitesi ile uyumlu olarak rızasının aranmasını öngören ilkenin bir gereği olarak değil, cinsel olgunluğa ulaşan kızların evlenebilecekleri ve böylece, cinsel saldırı dolayısıyla uğradıkları mağduriyetlerin telafi edileceği yönündeki anlayışı yansıttığı değerlendirilebilir⁸²⁴.

⁸²⁴ Anayasa Mahkemesi önüne bireysel başvuru yoluyla getirilen ihlal iddiası, çocuğun evlenme akdi olmaksızın evlenme töreni yapılarak evlendirilmesi sonrası yaşanan hak ihlallerinin gündeme

6. Demokratik ve Çoğulcu Bir Toplum Düzeninin Gerekleri

Demokratik bir toplumun temel niteliği, görüşlerin çeşitliliği ve toplumun üyesi olan herkese hiçbir ayırım gözetmeksizin toplumu ilgilendiren her konuda görüşünü açıklama olanağı tanınmasıdır. Demokratik toplumun gerekleri, tüm vatandaşlarla birlikte çocukların da katılım haklarının tanınmasını gerektirmektedir. Diğer nedenler yanında, katılımlarının sağlanması ve görüşlerinin alınmasının, demokrasi kültürünün köklenmesine yapacağı katkı nedeniyle, çocuklara ifade özgürlüğü ve kararların alınmasına katılma hakkı tanınmaktadır.

ÇHS'nin Başlangıç kısmında da, *“Birleşmiş Milletler Andlaşmasında ilân edilen ilkeler uyarınca insanlık ailesinin tüm üyelerinin, doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilemez haklara sahip olmalarının tanınmasının, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu düşünerek”, “Birleşmiş Milletler Andlaşmasında ilân edilen ülküler ve özellikle barış, değerbilirlik, hoşgörü, özgürlük, eşitlik ve dayanışma ruhuyla yetiştirilmesinin gerekliliğini göz önünde bulundurularak”* Sözleşme’de sayılan hakların tanındığı vurgulanmıştır.

Eğitim hakkının amaçlarına ilişkin Sözleşme’nin 29’uncu maddesinde, eğitimin yönelmesi gereken amaçlar arasında; çocuğun *“İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi; ... ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi; ... anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla,*

gelmemesi için, çocukların evlendirilmesine dair kültürel kabullerle mücadele edilmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Başvuruya konu olayların gelişimi ve sonrasında derece mahkemelerinin tutumu, evlenme akdi olmaksızın yapılan evlenme töreni sonrasında gündeme gelen hak ihlallerine karşı cezasızlık kültürünün çarpıcı bir örneğidir ve çocukların korunması yaklaşımına öncelik verilmesi gereken konulardan birisidir. Z. C. Başvurusu (B. No: 2013/3262).

özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması” sayılmıştır. Sözleşme’de eğitimin yönelmesi gerektiği kabul edilen bu amaçların, aynı zamanda demokratik ve çoğulcu bir toplumun temel değerleri olduğu açıktır.

Amerika’da, öğrencilerin Amerika Birleşik Devletleri bayrağı ve ülkesine bağlılık yeminlerini içeren metni okumaları ve bayrak törenine katılmalarının zorunlu olduğunu öngören Eyalet Eğitim Kurulu Kararının, Anayasanın ifade ve inanç özgürlüğü ile kişisel güvenlik haklarını güvence altına alan hükümlerine aykırı olduğu gerekçesine dayanan *West Virginia State Board of Education v. Barnette* kararında⁸²⁵ Yüksek Mahkeme, Anayasanın inanç ve düşünce özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde güvence altına alınan hakların öğrencilere tanınmasının demokrasinin dayandığı değerleri çocuklara öğretmenin en iyi yolu olduğunu ifade etmiştir. Görüldüğü üzere çocuklara anayasal haklarının tanınmasının gerekçesi, gençlere anayasal hakları tanımanın, demokratik toplumun güvence altına alınmasına daha iyi hizmet edeceği inancıdır.

AİHM de 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesinin, eğitim hakkının reddedilmesini yasakladığını ve bu hükmün demokrasilerin en temel değerlerini birlikte barındıran Sözleşme’nin 2 ve 3, 4 ve 7’nci maddesinde yer alan “Hiç kimse ...” ile başlayan ve devletlere haksız müdahale etmeme yükümlülüğü öngören hükümleri ile aynı nitelikte bir yükümlülük getirdiğini kabul etmektedir. Mahkemeye göre, demokratik bir toplumda, insan haklarının ilerlemesi için vazgeçilmez olan eğitim hakkı bakımından öngörülen yükümlülüğün kısıtlayıcı bir yorumu kabul edilemez⁸²⁶.

1982 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği ilk biçiminde, çocuğun korunma hakkına yer veren “ailenin korunması” başlıklı 41’inci maddesinin⁸²⁷ gerekçesinde “*Ailenin sosyal*

⁸²⁵ *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/case.html>

⁸²⁶ *Leyla Şahin v. Turkey*, (Appl. No. 44774/98), 10.11.2005, parag. 137, *Timishev v. Russia* (Appl. No: 55762/00 - 55974/00), 13.03.2006, parag. 67.

⁸²⁷ Gerekçenin metni için bkz: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118ss0450.pdf, Milli

yapısının yanı başında bugün millet hayatında oynadığı rol, onun korunması yolunda bir hükmün Anayasa’da yer almasını zorunlu kılmıştır” ifadesi, ailenin bir ferdi olması dolayısıyla ve ailenin değerinden hareketle çocuğa hak tanıyan bir anlayışı yansıtmaktadır.

1982 Anayasası’nın metninde çocuğa tanınan hakların dayanağına işaret eden herhangi bir ifadeye rastlanmamaktadır. Ancak eğitim hakkı ve ödevini düzenleyen 42’nci maddenin gerekçesinde⁸²⁸ “maddenin 1, 2, 6’ncı fıkraları demokrasinin en iyi gelişebileceği bir toplumun meydana gelebilmesi için gerekli şartların asgarisini göstermektedir” denilerek eğitim hakkının amacı olarak “demokrasinin en iyi gelişebileceği bir toplumun meydana gelebilmesi”ne işaret edilmesi, Anayasa bakımından eğitim hakkının ilk önceliğinin “çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi” olmadığını düşündürmektedir. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı en ideal biçimde demokratik ve eleştiriye açık bir toplumsal yapıda gerçekleşebilse de eğitim hakkının birinci önceliği, kişinin maddi ve moral varlığını geliştirme olanağına kavuşturulmasıdır. Demokratik toplumun gereklerinin gerçekleşmesi ise; herkese yeteneği, kapasitesi ve ilgisi doğrultusunda eğitim görme hakkının sağlanmasına bağlıdır. Sözleşme’de eğitim hakkının yönelmesi gereken amaçlar arasında “İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi”ne yer verilmeyle birlikte öncelikle “Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi” amacı vurgulanmıştır.

Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 450), s. 21 (erişim tarihi: 29.3.2019). Madde 2010 yılında başlığı ile birlikte değiştirilmiştir. Maddenin ilk hali şu şekildedir: “Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”

⁸²⁸ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118ss0450.pdf, Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 450), s. 21-22 (erişim tarihi: 29.3.2019).

Anayasanın eğitim hakkına ilişkin 42’nci maddesinde “*eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz*” hükmüne yer verilmesi, eğitim hakkının, bireyin kişiliğini geliştirme hakkı üzerine inşa edilen ve özgürlükçü demokratik düzeni benimsemiş ülkelerde kişilerde yaratıcı ve eleştirel düşünme yeteneğini geliştirmeyi amaçlayan bir hak olma niteliğinin geri plana itildiğini göstermektedir⁸²⁹. Aynı maddede eğitim hakkının “*Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında*” kullanılabileceği, “*eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler*” yürütülebileceği düzenlenmişken, yine Anayasanın demokratik sistemin tesisine ilişkin hükümlerinin bilimsel olarak eleştirilmesi en başta demokratik bir düzenin temel gereği ve Anayasanın 14’üncü maddesine göre propaganda gibi siyasi içerikli bir öğretme faaliyetinin “bilimsel faaliyet” kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olamayacağı açıkken, anayasaya sadakat borcunun eğitim hakkına ilişkin maddeye eklenmiş olması, 1982 Anayasası yaklaşımında bu hakkın yöneldiği temel değer, çocuğun gelişimini mümkün olan en üst seviyeye çıkarmak olmadığını düşündürmektedir.

Anayasanın 61’inci maddesinde “*Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur*” hükmüyle çocuğun korunma hakkı ile çocuğun topluma kazandırılması arasında bağ kurulduğunu ve çocuk haklarının toplum düzeninin ve değerlerinin korunması ile temellendirildiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

C. Anayasa Hukukunda Çocuk Haklarının Tanımı ve Konusu

Çocuk hakları, herkese özgü insan haklarından ayrı olarak “çocuklara özgü”, kişinin çocuk olması nedeniyle sahip olması gereken haklardır. Bu haklar çocuğun

⁸²⁹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde eğitim hakkının amacı, “*insan kişiliğinin ve onurunun tam olarak gelişmesine ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmesi*”ne katkı olarak ifade edilmiştir.

bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal ve ahlaki açıdan özgürlük ve saygınlık içinde, sağlıklı ve normal biçimde gelişebilmesi için tanınmıştır⁸³⁰.”

Bu çalışmanın ilk bölümündeki değerlendirmelerin de desteklediği üzere, çocuğun bir yetişkinin iradesine mutlak olarak tabi olmasına dayalı statüsünün sorgulanması, çocuğun yasal statüsünde değişiklik anlamına gelen bir dizi hakkın çocuklara tanınmasını gündeme getirmiştir. Çocuğun hukuksal statüsünü değiştiren bu hukuk reformu, o ana kadar yetişkinlere özgü kabul edilen bazı hakların çocuklara da tanınması⁸³¹ ve çocuğa özgü özel ihtiyaç ve menfaatlerin bağlayıcı çocuk hakkı olarak tanınması biçiminde olmuştur. Ancak o ana kadar yetişkinlere özgü kabul edilen hakların çocuklara da tanınması, çocuklara has nitelikler göz önünde bulundurularak yeniden tanımlanmalarını gerektirmektedir. Dolayısıyla (herkese özgü) insan hakları, çocukları da kapsayacak biçimde yeniden tanımlandığında yeni ve kendine özgü nitelikler kazanmaktadır.

Anayasalarda ve ulusal üstü insan hakları belgelerinde yer alan ve açıkça çocuklara atıfta bulunmayan hükümlerin çocukların haklarını da koruyacak biçimde uygulanması, çocukların kırılgan ve incinebilir doğalarına ve gelişmekte olan bireyler olmalarına özgü niteliklerinin özellikle göz önünde bulundurulduğu bir yargısal tutumu gerektirmektedir. Hükümlerin metninde çocukların açıkça anılmadığı normlar mahkemeler tarafından çocuklara özgü nitelikler göz önünde bulundurulmak suretiyle, devlet bakımından genişlemiş bir yükümlülüğü gerektirdiği biçiminde kabul edilerek uygulanmaktadır. Böylece hakkının ihlal edildiğini ileri süren kişi bir yetişkin olsaydı, devletin hakkı

⁸³⁰ AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 3.

⁸³¹ RODHAM, “Children Under the Law”, s. 1. Amerikan Yüksek Mahkemesi *Powell v. Alabama* kararında, çocuk suçluların Anayasa’nın 14’üncü değişikliği ile kabul edilen due process ilkesi’nin bir gereği olarak adli yardım hakkı olduğunu, bu hakkı tanımayan eyalet yasasının Anayasayı ihlal ettiğine karar vermiştir. *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 50, 57–58 (1932). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/45/> *In re Gault* kararında da aynı şekilde çocukların da due process ilkesinin koruması altında olduklarını kabul etmiştir. *In re Gault*, 387 U.S. 1, 78 (1967). Çocuk haklarının tanındığı ilk karar olarak kabul edilen *In Re Gault* kararının *Powell v. Alabama* kararından ayıran niteliği, *In Re Gault* kararında, çocuklara özgü kabahat yasasının (Arizona Juvenile Code) ihlali durumunda, çocuğa yönelik yaptırımlara karar verilmesi sürecinin de adil yargılama usullerine tabi olması gerektiğini kabul etmesidir. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>.

korumak üzere alması gereken önlemleri makul ölçüler içinde almış olduğu varsayılabilirken, mağdurun çocuk olması hâlinde ise, alınan önlemler yeterli kabul edilmeyerek, çocuğun zayıflığı ile orantılı olarak devletin yükümlülüğünün kapsamının genişlediği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu yargısal tutuma örnek olarak AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'ne ait iki karardan söz edilebilir.

Ailesinin Bayan D ile yaptıkları Fransa'ya uçuş bileti ücretini ödemek üzere Bayan D için bir süre çalışacağı ve ardından göçmenlik statüsünün düzenli olmasının sağlanacağı ve bir okula yerleştirileceği konusundaki anlaşma uyarınca Togo vatandaşı olan Siwa-Akofa Siliadin'in 15 yaşında, Fransa vatandaşı Bayan D tarafından turist vizesi olan bir Togo pasaportu ile Fransa'ya getirilmesi ve sonrasında Bayan D'nin Siliadin'in pasaportuna el koyması ve böylece ülkede yasa dışı bulunması ile korkutarak kendisi için bir hizmetçi olarak çalışmaya zorlanması ve bir süre sonra B ailesi yanında çalıştırılmak üzere kiralanması üzerine gündeme gelen Sözleşme'nin kölelik ve zorla çalıştırma yasağı başlıklı 4'üncü maddesinin ihlal edildiği iddiasını incelerken Mahkeme, başvurunun yaşı ve göçmenlik statüsünü dikkate alarak maruz kaldığı muameleyi nitelendirmiştir⁸³². Fransız Mahkemeleri, Bay ve Bayan B'nin başvuran üzerindeki hâkimiyetlerinin onu “köle ve zorla çalıştırılan” statüsüne indirgemek için gerekli sınırı aşmadığını kabul etmişlerdir. AİHM, başvuranın maruz kaldığı muamelenin zorla çalıştırma niteliğinde kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirirken zorla çalıştırma yasağını AİHS ile benzer ifadelerle düzenleyen İLO Sözleşmesine atıfla, “*herhangi bir ceza tehdidi altında tutulan, istemsiz çalışma*” olarak tanımlamış ve polis tarafından yakalanma korkusuyla Fransız topraklarında yasadışı olarak bulunan ve kendisini çalıştıran kişiler tarafından bu korkusu beslenen Siliadin'in küçük ve göçmen olmasından kaynaklanan statüsünü göz önünde bulundurarak karara varmıştır. AİHM, başvuranın kendisini çalıştıranların evinden

⁸³² *Siliadin v. France*, (Appl. No: 73316/01), 26.11.2005, parag. 68, 91.

ayrılmasının mutlak olarak engellenmemiş olduğu gerekçesine dayanarak zorla çalıştırmaya maruz bırakılmadığını ileri süren taraf devletin savunmasını, başvuran kişi çocuk ve göçmen statüsünde olduğu için dikkate almamıştır. Başvuranın bir çocuk olarak savunmasız olduğu, herhangi bir gelire sahip olmadığını göz önünde bulundurarak Bay ve Bayan B'nin evinden başka bir yerde yaşama imkânından yoksun olduğu için zorunlu çalıştırılmaya maruz bırakıldığı sonucuna ulaşmıştır⁸³³. Somut olayda Mahkemenin, başvuran bir yetişkin olsaydı, maruz kaldığı muamelenin “zorla çalışma” yasağının kapsamındaki eylemlerin ağırlığına ulaşmamış olduğunu değerlendirmesinin muhtemel olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi de on sekiz yaşından küçük olan başvurucunun gayri resmi şekilde birlikte yaşamak zorunda kaldığı şüphelinin ırzına geçtiğini, sürekli hakaret ve tehdit ettiğini belirterek işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü başvuruda eyleminin niteliğinin mağdurun çocuk olmasını göz önünde bulundurarak değerlendirmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi bir eylemin işkence ve kötü muamele yasağı kapsamına girmesi için “asgari bir eşiğe ulaşması” gerektiğini ve kural olarak bu eşiğin altında kaldığı takdirde incelemenin özel hayatın korunması (md. 17/1) kapsamında yapılması gerektiğini değerlendirmektedir⁸³⁴. Mahkeme çocuğun cinsel istismarı iddiası gibi daha ağır nitelikteki eylemlerin doğası gereği işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek başvurucunun çocuk olmasından hareketle cinsel istismar eylemlerini özel hayatın korunması yönünden incelemeksizin işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında (md. 17/3) değerlendirmiştir⁸³⁵. Mahkeme, Devletin işkence ve kötü muamele yasağından

⁸³³ *Siliadin v. France*, (Appl. No: 73316/01), parag. 118, 120, 126.

⁸³⁴ *Işıl Yaykır Başvurusu*, (B. No: 2013/2284), 15.4.2014, parag. 35; *Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2013/293), 17/7/2014, parag. 83-90; *Tuna Ayçiçek Başvurusu*, (B. No: 2014/6526), 24/1/2018, parag. 5 A.D. *Başvurusu*, (B. No: 2014/7967), parag. 87.

⁸³⁵ *Z. C. Başvurusu* (B. No: 2013/3262), parag. 47.

kaynaklanan koruma yükümlülüğü gereği alması gereken tedbirlerin “*çocukların ve korumasız kişilerin etkili bir şekilde korunmalarını*” sağlamaya elverişli olmasını gerekli görmekte⁸³⁶, “*cinsel istismar eylemlerinin doğası gereği korumasız ve zayıf durumdaki çocukların maddi ve manevi bütünlüğünü erişkinlere göre daha fazla tahrip edebilecek nitelikte olduğunu*” ifade etmektedir⁸³⁷. Görüldüğü üzere bu iki kararda mağdurun çocuk olması, hakkın koruduğu konu diğer bir ifade ile “maddi unsuru” ve hakkın güvence altına alınması için alınması gereken önlemler bakımından belirleyici olmuştur.

Yetişkinlere özgü hemen tüm hakların çocuklara da tanınması durumunda dahi, çocuklara özgü hayati birtakım ihtiyaçların karşılanamayacak olması nedeniyle tanınan haklar çocuğa özgü haklardır⁸³⁸. Buradan hareketle çocuk hakları, çocukların yetişkinlerden farklı niteliklerini, özel çıkarlarını ya da özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan haklar olarak tanımlanabilir. Anayasa Mahkemesi, evlilik birliği dışında doğan çocuğa ilişkin ayrımcılık iddiasını ele aldığı bir kararında çocuk haklarının konusuna işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi de, “*çocuğun, ana-babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi haklar çocuğun kişiliğine bağlı temel haklardandır*” ifadeleriyle çocuğun çocuk olma nedeniyle sahip olduğu hakları kabul etmektedir⁸³⁹.

Anayasal hukukunda çocuklar için temel hak olarak belirlenecek çocuk hakları, çocuğun çocukluğunu yaşarken ve gelişim sürecinin desteklenmesi talebiyle ileri

⁸³⁶ Z. C. Başvurusu (B. No: 2013/3262), parag. 84.

⁸³⁷ A.D. Başvurusu, (B. No: 2014/7967), parag. 92. AİHM de benzer biçimde çocuklara karşı işlenen cinsel istismar eylemlerinde eşik değerlendirmesi yapmaksızın 3’üncü madde kapsamında inceleme yapmaktadır. M.C. v. Bulgaria (Appl. No: 39272/98), parag. 183; Y. v. Slovenia, (Appl. No: 41107/10) 28.5.2015, parag. 114.

⁸³⁸ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2144.

⁸³⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 21.05.1981 tarih ve E. 1980/29, K. 1981/22 sayılı kararı.

sürebileceği ve yalnızca çocuk olmasından ötürü sahip olacağı haklar ile herkese tanınan hakların çocuklara da uygulanırken, öznenin çocuk olması nedeniyle kazandığı yeni boyutları, niteliği, kapsamı konu almaktadır. Dolayısıyla anayasal çocuk hakları kavramı, doğumdan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydolma, soy bağının değiştirilmemesi, soy bağına ilişkin bilgilere erişim hakkı, ihmal ve istismardan korunma, ağır işlerde çalıştırılmama, haklı bir sebep olmaksızın ana-babadan ayrılmama ve kişisel ilişki kurma, eğitim, oyun, kültürel aktivitelere katılım hakkı gibi çocuklara özgü haklar ile çocuğun, kişi olmasının bir sonucu olarak düşünce, vicdan, kanaat özgürlüğü, ifade özgürlüğü, yargısal ya da yargısal olmayan mekanizmalara başvuru hakkı, adil yargılanma hakkı, herkesin tabi olduğu usul güvencelerden yararlanma hakkı, dernek kurma, toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı, yaş ve olgunluk seviyesine uygun olarak kendi hukukuna ilişkin kararlara katılım hakkı gibi hakları konu almaktadır.

Herkese özgü insan haklarından ayrı olarak belli bir gruba özgü hakları kapsamaması nedeniyle çocuk hakları, tıpkı kadın hakları, çalışanların hakları, engelli hakları, mülteci hakları, azınlık hakları gibi yetersiz yaşam koşullarına sahip, demografik değişkenlere bağlı olarak farklı nicelik-nitelik gösteren; ekonomik, fizyolojik, psikolojik, sosyal ve siyasal açıdan yeterli yaşam koşullarına ulaşmak için devlet sorumluluğunda toplumsal korumaya ihtiyaç duyan, “belli bir gruba” özgü haklardan olmakla birlikte, her insanın zorunlu olarak çocukluk dönemini tecrübe etmesi karşısında, herkesin çocuk sayıldığı döneme ilişkin haklarını ifade etmektedir. Bu niteliğiyle çocuk hakları bir gruba özgü haklar arasında sayılmakla birlikte, her insanın çocukluk döneminde bu hakların sahibi olması nedeniyle de genel niteliklidir.

Çocuğun sahip olduğu haklar, (herkese özgü) insan haklarının çocuklara yasaklanmayan kısmı ile çocuklara özgü haklar olarak sınıflandırılabilir. İşte çocuk hakları ile kastedilen, yalnızca çocukluk döneminde çocuklara tanınan, çocuklara özgü haklardır. Bu haklar, genel insan hakları dışında “özel korunma ihtiyaçları”, “gelişim

hâlinde olmaları” ve “özerk bireyler olarak tanınmaları” nedeniyle çocuklara tanımıştır. Çocukların bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlaki ve ekonomik bakımdan korunması, gelişimlerinin ve özerkliklerinin desteklenmesi ve her bir çocuğun özünde sakladığı potansiyellerini gerçekleştirebilmeleri amacına yönelmişlerdir. Buradan hareketle çocuk hakları, çocukların bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal ve ahlaki açıdan özgürlük ve saygınlık içinde, sağlıklı ve normal biçimde gelişebilmeleri⁸⁴⁰, insan yaşamının gelişim ile özdeşleşen bu dönemde özlerinde taşıdıkları potansiyeli en üst seviyede gerçekleştirme olanağına kavuşturulmaları amacıyla desteklenmeleri⁸⁴¹ ve yetişkinlerin iradesine mutlak olarak tabi olmaktan kurtarılarak yaş ve gelişimlerine göre iradelerine hukuken değer atfedilen özerk kişiler olarak kabul edilmeleri sonucu tanınan haklar olarak tanımlanabilir.

Dolayısıyla çocuk hakları, çocuğun korunmasını ve gelişimini desteklemeyi amaçlayan haklar ile çocuğun özerk bir kişi olarak kabul edilmesi nedeniyle tanınan haklardan oluşmaktadır. Bu tanım çocuk haklarının kronolojik gelişimine ve aynı zamanda konusuna göre yapılabilecek bir sınıflandırmaya da karşılık gelmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde açıklandığı üzere, çocuk hakları, çocuğun korunmasını konu alan hakların tanınmasıyla başlayan, çocuğun gelişimini desteklemeyi amaçlayan hakların tanınması ile devam eden ve son olarak kendi hukuklarını etkileyen kararların alınmasında mutlak olarak yetişkinlere bağımlılıklarının azaltılarak yaş ve olgunluk seviyelerine göre iradelerine hukuki değer atfedilen kişiler olarak tanınmalarını konu alan hakların tanınmasına evrilen bir süreçten geçerek hukukça tanınmışlardır.

Dolayısıyla kendine özgü doğası, çocuk olmaya özgü ihtiyaçları, çocuğun değeri ve yerleştirildiği hukuksal statüden kaynaklanan çocuk hakları, çocuğun korunmasına ilişkin

⁸⁴⁰ AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 3; SEROZAN, **Çocuk Hakları**, s. 5; BUSS, “Constitutional Fidelity through Children’s Rights”, s. 360; DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2102.

⁸⁴¹ EZER, “A Positive Right to Protection for Children”, s. 39; DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2155.

haklarla birlikte, çocuğun çocukluğunu yaşarken ve gelişim sürecini desteklemek üzere ileri sürebileceği ve çocuk olmasından ötürü sahip olacağı haklar anlamına gelmektedir.

İnsan haklarının konusunun, “bu hak bağlamında neyin korunacağı?” sorusuna⁸⁴² ilişkin olduğu kabul edildiğinde, çocuk haklarının konusu, çocuğun korunmasını, gelişiminin desteklenmesini ve özerk karar alma yetkinliğinin gelişim seviyesine uygun olarak tanınmasını konu alan haklardır.

1. Çocuğun Maddi ve Manevi Varlığının Korunması

Anayasalarda yer alan çocukların korunmasına ilişkin hükümlerin, o anayasanın kabul edildiği dönemde geçerli olan anayasacılık hareketlerinin genel eğilimi çerçevesinde şekillendiği ifade edilmişti. Nitekim, II’nci Dünya Savaşı sonrasında etkin olan, sosyal refah devleti kuramının etkisiyle devlete belli sosyal öncelikleri gerçekleştirmekle yükümlü tutan anayasacılık hareketinin etkisini taşıyan İtalya (1947), Türkiye (1961 ve 1982⁸⁴³), İspanya (1978) anayasası gibi anayasalarda çocuğun korunmasına ilişkin hükümler sosyal, ekonomik ve kültürel hak ve ödevlere karşılık gelen bölümde yer almıştır. Bu hükümler çocuklara doğrudan subjektif kamu hakkı doğuran düzenlemeler değildir. Çocuğun özel olarak korunmasını konu alan bu haklara ilişkin anayasal hükümler, çocukların korunmasını konu alan sosyal, kurumsal, hukuksal dönüşümün gerçekleştirilmesini devlete bir sorumluluk olarak yükleyen direktif hüküm niteliğindedirler. Program kural ya da direktif hüküm niteliğindeki düzenlemeler, daha çok devlete genel hedefler gösteren kurallardır. Program ya da direktif kural niteliğindeki

⁸⁴² İbrahim Ö. KABOĞLU, *Çevre Hakkı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s. 53.

⁸⁴³ Bu değerlendirme özellikle Anayasanın 41’inci maddesinin 2010 yılında değiştirilmesinden önceki biçiminde yer alan “*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ... için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*” hükmü için geçerlidir. Maddeye 5982 sayılı Kanun ile 2010 yılında eklenen “*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir*” hükmüyle bu eğilimin değiştiği değerlendirilebilir. Bu değerlendirme, anayasalarda, çocuğun korunması konulu hakların düzenlenmesinde devlete direktif veren hükümler yerine “Her çocuk ... hakkına sahiptir” biçiminde çocuğun hak sahibi olarak statüsünü pekiştiren hükümlere yer verilmesi eğiliminin Türk hukuku bakımından da geçerli olduğunu ortaya koymaktadır.

düzenlemelerle tanınan hakların yaşama geçirilmesi için yapılması gereken görevler, bunları yerine getirecek kamusal organların hangileri olduğu ve bu organların teşkilatı, bu türden anayasal kurallarda açıklığa kavuşturulmamış konulardır. Bu nitelikli çocuğun korunmasına ilişkin anayasal hükümler, çocuğun somut kişisel haklarını tanımaktan çok çocuklara dair devlet politikasına yön veren temel ilkeleri göstermektedir. Bu nitelikleriyle program kuralların, çocuklar için sübjektif hak doğurmayan, devlete somut bir konuda doğrudan somut bir yükümlülük getirmeyen hükümler oldukları ifade edilmektedir⁸⁴⁴.

Diğer yandan daha yakın tarihli anayasalarda çocuğun korunmasına ilişkin hükümlerin çocuğa sübjektif kamu hakkı tanıyan düzenlemeler biçiminde kaleme alındığı değerlendirilebilir. “*Her çocuk istismar, ihmal ve zararlı kültürel uygulamalardan, her türlü şiddetten, insanlık dışı muamele ve cezadan ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaktan veya iş gücünün sömürülmesinden korunacaktır*”⁸⁴⁵ biçimindeki ifadelerle hakkın öznesi olarak açıkça çocuğun anıldığı ve kendisine yönelen özel tehditlere karşı korunma hakkının tanındığı görülmektedir. “Her çocuk” ifadesi ile başlayarak çocuklara yönelik sübjektif bir kamu hakkının varlığını kabul eden bir düzenleme biçimi ile kaleme alınan anayasal düzenlemelerde de bu korumanın nasıl gerçekleştirileceği gösterilmemekte, bu yükümlülüğün çerçevesi yasama organının düzenlemeleri ya da mahkemelerin içtihatları ile şekillendirilmektedir. Ancak hüküm ile özellikle kamusal makamların çocuğun haklarını yaşama geçirmek üzere somut ve etkin önlemler alması gerekmekte, bu korumanın gerçekleşmemiş olması başlı başına bir anayasal çocuk hakkının ihlali anlamı

⁸⁴⁴ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 191.

⁸⁴⁵ Benzer hükümler soğuk savaş sonrası dönemde ya da başta Afrika ve Orta Avrupa olmak üzere yeni kurulan devletlerin anayasalarında ya da yeni kabul edilen anayasalarda benzer ifadelerle yer almaktadır. Bkz: Arnavutluk AY. md. 54, Etiyopya AY. md. 36, Fiji AY. md. 24, Gana AY. md. 28, Honduras AY. md. 124, Macaristan AY. Md. 16, Endonezya AY. md. 28B, Kenya AY. md. 53, Nepal AY. md. 39, Ruanda AY. md. 19, Sırbistan AY. md. 64, Somali AY. md. 29, Güney Afrika AY. md. 28, Güney Sudan AY. md. 17.

taşımakta, yargı makamları bu ihlalin tespiti ve etkilerinin kaldırılmasına yönelik kararlar vermekle yükümlü hale gelmektedir.

Çocukların korunmasını konu alan anayasal hakları, sübjektif bir kamu hakkına vücut verecek biçimde yorumlayan yargı kararlarından bahsetmek gerekmektedir. Bu örneklerden ilki HIV virüsünün anne karnındaki bebeğe geçmesini engelleyen “nevaprine” adlı ilacın gebe annelere sağlanmasının anayasal bir hakka dayandığı talebini incelediği ve bu ilacın sağlanması konusunda hükümeti zorlayıcı nitelikteki (mandatory order) Nourth Gauteng Yüksek Mahkemesinin kararı, Güney Afrika Cumhuriyeti mahkemeleri tarafından verilen pek çok karar arasında örnek olarak gösterilebilir⁸⁴⁶. İrlanda Yüksek Mahkemesi de Anayasada yer alan eğitim hakkı, demokratik devlet, sosyal devlet ilkelerinden hareketle özellikle engelli çocukların anayasadan kaynaklanan sübjektif kamu haklarının yerine getirilmesi için hükümete yönelik zorlayıcı emirler ihtiva eden kararlar (mandatory injunction) almaktadır⁸⁴⁷.

1982 Anayasasında ise, “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlıklı 41’inci maddenin ikinci fıkrasında “*Devlet, ... çocukların korunması(nı) ... sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*”, 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla aynı maddeye eklenen üçüncü fıkrada “*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma ... hakkına sahiptir*” ve yine aynı Kanunla eklenen dördüncü fıkrada ise “*Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır*” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde Devletin, çocukları korumakla yükümlü olduğu, özellikle şiddet ve istismardan korunmaları konusunda her türlü tedbiri almakla sorumlu olduğu ifade

⁸⁴⁶ Treatment Action on Champaing Others v Minister of Health and others (2001) SACLR LEXSİS 123; (2002), (4) BCLR 356, (T), 85-86. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Aoife NOLAN, **Children’s Socio-Economic Rights, Democracy And The Courts. Human Rights Law in Perspective**, Oxford, Hart Publishing, 2011.

⁸⁴⁷ Özel eğitim ve korunma hakkı konusunda bkz: *T.D. v. The Minister for Education*, Ireland, The Attorney General, The Eastern Health Board and by order, The Minister for Health, barınma hakkı konusunda bkz: *O’Reilly v Limerick Corporation* [1989] ILRM 181.

edilebilir. Maddenin gerekçesinde “Çocuğun korunması, genel olarak ifade edilmekle yetinilmiş ve evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilememesi esası benimsenmiştir. Bu sonuç, esasen «eşitlik ilkesi»nden de çıkarılabilir. Çeşitli Anayasalarda evlilik dışı çocuklar için sevk edilen hükümlere benzer bir düzenleme bu nedenle gereksiz görülmüştür⁸⁴⁸” denilmektedir.

Anayasanın “sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” başlıklı 61’inci maddesinde ise “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır” denilmiştir. Yine 5982 sayılı Kanunla, “kanun önünde eşitlik” başlıklı maddeye eklenen yeni fıkrada da “Çocuklar ... için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” denilmektedir. Anayasanın “çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı 50’nci maddesinde, “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” hükmüne yer verilmiştir.

Sistematik bakımdan ekonomik, sosyal, kültürel haklar bölümünde düzenlenen çocuğun korunması hakkı, Devlete çocukların korunması için önlemler alma konusunda yetki veren ve ödev yükleyen bir direktif niteliği taşımaktadır. 1961 Anayasası’nın 35’inci maddesinde yer alan “Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar” biçimindeki hükmün gerekçesinde de “Ahlâkî olduğu kadar hukukî cephesi de bulunan bu hükmün Anayasada yer alması, kanun koyucu için büyük bir direktif mahiyeti taşımakta ve onu aileyi her bakımdan korumaya teşvik etmektedir. Bu direktif, yürütme organında, aile ve çocuğun korunmasıyla ilgili hükümleri ciddiye almasını ve neticede bu himayenin fiilen gerçekleşmesini sağlayacaktır”⁸⁴⁹ denilerek hükmün yasama organına

⁸⁴⁸ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 450), s. 21.

⁸⁴⁹ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 2, Birleşim 34, Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa- Komisyonu Raporu (5/7), s. 21.

direktif veren niteliği vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasanın 41’inci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm Öden’in işaret ettiği gibi kişiler için doğrudan, Devletin katkısı olmadan yararlanabilecekleri bir subjektif kamu hakkı doğurmamaktadır⁸⁵⁰. Anayasanın öngördüğü gibi çocukların korunması için öncelikle yasama organının katkısı, diğer bir deyişle kişiler için subjektif kamu hakkı doğuracak düzenlemelerin kabul edilmesi gerekmektedir.

1982 Anayasasında, devlete yön çizen, ona yetki veren, ödev yükleyen kurallar biçiminde düzenlemelere yer verilmiştir. 1982 Anayasası’nın 5’inci maddesinde devletin temel amaç ve görevleri, “ ... *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” biçiminde gösterilmiş, hükmün gerekçesinde de “*Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir*” denilmiştir⁸⁵¹. Anayasanın Başlangıç Bölümünün 6’ncı paragrafında yer alan hüküm de Anayasanın temel amacını, Devletin uymak zorunda olduğu temel esaslarla bu konuda devlete düşen ödevlerin ana yönlerini belirttiği için direktif hüküm niteliğindedir⁸⁵².

⁸⁵⁰ Merih ÖDEN, “Türk Anayasa Hukukunda Devletin Kadınları Ev-İçi Şiddete Karşı Koruma Ödevi”, **Sosyal Adalet ve Ev-İçi Şiddet Uluslararası Konferansı**, 2-4 Nisan 2012, Ankara Üniversitesi, Ankara, s. 3.

⁸⁵¹ Millî Güvenlik Konseyi S. Sayısı: 450, s. 3, Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, Birleşim 118, 1983, s. 334-424. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118ss0450.pdf. (erişim tarihi: 27.8.2019).

⁸⁵² Başlangıç kısmının, Anayasanın 176’ıncı maddesi uyarınca Anayasa’nın metnine dahil olduğu açıkça hükme bağlanmış olmakla birlikte, doğrudan Başlangıça dayalı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından hüküm kurulması anayasa hukuku öğretisinde eleştirilen bir konu olmuştur. Başlangıç kısmından, anayasallık bloku içinde, anayasal normların yanında sadece destek ölçü norm olarak yararlanılması ise doktrinde büyük ölçüde kabul görmektedir. Necmi YUZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasallık Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993, s. 116-131.

Anayasanın “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” kısmında yer alan düzenlemelerin bir kısmının da devlete somut bir alanda ya da konuda ödevler yükleyen ya da ona yetki veren kurallar oldukları kabul edilmektedir. “Sosyal devletin” gerçekleştirilmesi amacı da Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer verilen hakların yaşama geçirilmesi için kanun koyucunun yapacağı düzenlemelerde göz önünde bulundurulması gereken bir ilke niteliğindedir. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik haklara ilişkin esasların gösterildiği hükümler, devletin amaçlarını ortaya koyan ve bu doğrultuda yasama organına görev yükleyen düzenlemelerdir⁸⁵³.

1961 Anayasası’nın 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamıyacak surette sınırlıyan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.*” hükmü program kural biçimindeki düzenlemelerin en belirgin örneğidir⁸⁵⁴. Hükmün gerekçesinde de “*Bu madde genel bir direktif mahiyetinde olup, ikinci ve üçüncü bölümdeki birçok maddeler esasen Devletin bu menfî ve müsbet vazifeleri nasıl yerine getireceğini göstermektedir*” denilmiştir⁸⁵⁵.

1982 Anayasası bakımından devletin çocukları koruma konusundaki olumlu ödevinin “çocuğun korunması”nı esas alan hükümlere dayandırılmasının önemli bir sonucundan söz etmek gerekir. Buna göre, Devlete görev yükleyen ve direktif veren bu hükümler, çocuklar bakımından doğrudan subjektif kamu hakkına vücut vermez. Söz konusu hükümler, yasama organına bu konudaki devlet faaliyetlerini somutlaştırma, bu

⁸⁵³ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 191; Nuri ÇELİK, **İş Hukuku Dersleri**, 3’üncü Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1974, s. 19; Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 9. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2010, s. 77; İbrahim KABOĞLU, “Anayasa’da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları”, içinde, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II**, Petrol-İş Yayını-113, İstanbul, 2010, ss. 43-60, s. 44.

⁸⁵⁴ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 192.

⁸⁵⁵ Temsilciler Meclisi Sıra Sayısı: 35. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa-Komisyonu Raporu (5/7)

faaliyetlerin dayanacağı ilkeleri belirleme ve bu hakları gerçekleştirmekle görevli teşkilatı kurma yükümü getirmektedir. Direktif niteliğindeki bu hükmün yaşama geçirilmesinde yasama organı Anayasa'nın Başlangıç kısmının 6'ncı paragrafı, 5'inci maddesi ve "dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olmanın bir gereği olarak (Başlangıç kısmı parag. 2) ÇHS'nde kabul edilen ilkelere uygun düzenleme yapmakla yükümlüdür"⁸⁵⁶. Ayrıca Anayasa'nın 148'inci maddesinden hareketle Anayasa Mahkemesi'nin Anayasada yer alan çocuk haklarından AİHS kapsamında korunanlarından herhangi birinin ihlali iddiasını incelerken Anayasa'nın değinilen ilkelerinin yansıra, AİHS'de kabul edilen hakları ve bu hakların yorumuna ilişkin AİHM içtihatları ile ÇHS başta olmak üzere çocuğun haklarına ilişkin diğer sözleşmelerde kabul edilen ilkeleri göz önünde bulundurması bir anayasal zorunluluktur.

Diğer yandan, çocuğun korunmasına ilişkin yükümlülüğün başka anayasal dayanaklarından da söz etmek mümkündür. Anayasanın 41'inci maddesine 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla çocuğun korunması hakkına ilişkin yeni bir hüküm eklenmiştir. "*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir*" biçimindeki bu fıkra, Anayasa yapıcının ailenin korunmasından bağımsız olarak başlı başına çocuğun bir "kişi" statüsüyle korunması yaklaşımını benimsediğinin ve çocuklara korunmaları

⁸⁵⁶ Çalışmanın ilk bölümünde ortaya konduğu üzere Anayasa Mahkemesi norm denetimi başvurularında ÇHS'yi göz önüne almaktadır. Bireysel başvuruları inceleme yetkisi kapsamında Anayasada tanınan hak ve özgürlüklerden AİHS'de de düzenlenen herhangi birinin ihlal edilip edilmediğini incelerken Sözleşmede düzenlenen hakları ve bu haklara AİHM tarafından yüklenen anlamı göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. AİHM'nin çocuğun taraf olduğu ya da çocukların uyuşmazlığın bir parçası olduğu durumlarda hakkın ihlal edilip edilmediği değerlendirirken ÇHS, İLO sözleşmeleri, Lahey Adalet Divanı sözleşmeleri, Avrupa Konseyi ya da Avrupa Birliği tarafından kabul edilmiş doğrudan çocuk haklarını konu alan ya da çocukların haklarına ilişkin hükümler içeren sözleşmelerde yer alan hükümleri göz önünde bulundurması, Anayasada düzenlenen hakları AİHM içtihatları ile uyumlu olarak yorumlayabilmesinin ön koşuludur. Çocukların haklarına ilişkin ulusalüstü normların ve bu normları yorumlamak ve somutlaştırmakla görevli ulusalüstü kurum ya da mahkemelerin görüş ve içtihatlarının göz önünde bulundurulması, Anayasa Mahkemesi'nin öğretide "özde uyum yöntemi" olarak nitelenen (Bertil Emrah ÖDER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 219-220.) ve Mahkeme'nin ilişkili bulunduğu sözleşmeyi, o sözleşmenin denetim organının yaklaşımından bağımsız olarak, kendi anladığı biçimde yorumlaması ve böylece sözleşmede öngörülen standardın gerisine düşmesi riskini bertaraf edebilecektir.

konusunda sübjektif kamu hakkı tanıdığıının bir göstergesi olarak yorumlanması gereken bir değişime işaret etmektedir⁸⁵⁷. Diğer yandan bu yönde bir anayasa değişikliği gerçekleştirilmemiş olsaydı dahi çocuğun “herkes” gibi Anayasanın kişinin korunmasını konu alan hakların korumasından yararlanması gerektiği tartışmasızdır. Çocuğun anayasal haklardan eşit korumasından yararlanan bir kişi olarak, devlet tarafından korunma hakkının dayanakları kişiliğin maddi ve manevi yönüyle korunmasını güvence altına alan Anayasanın Başlangıç⁸⁵⁸ kısmının altıncı paragrafı ile 5, 12, 17, 18 maddeleri ve eşitliğe ilişkin 10’uncu maddelerinden hareketle de temellendirilebilir.

Anayasanın Başlangıç kısmının “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*”nu ifade eden paragrafı ile devletin temel amaç ve görevinin “*kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan ... engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” olduğunu düzenleyen Anayasanın 5’inci maddesi, çocukları koruma görevinin anayasal dayanaklarının ilkidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 5’inci maddesinde devletin vatandaşların insan onuruna uygun yaşayabilmesi için gerekli önlemleri alması, onların maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışması gerektiğinin düzenlendiğine işaretle, çocukların “*maruz kaldıkları şiddet ve istismarlar*

⁸⁵⁷ 5982 sayılı Kanunun gerekçesinde “Maddeyle, tarafı olduğumuz Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile diğer uluslararası belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkeler, Anayasa metnine dâhil edilmekte; her çocuğun himaye ve bakımdan yararlanma hakkı olduğu vurgulanmakta ve çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Getirilen düzenlemeyle ayrıca Devlete, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukların korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alma ödevi yüklenmektedir” denilmektedir. Dönem: 23 Yasama Yılı: 4, **Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Cilt 67, 89’uncu Birleşime ekli S. Sayısı: 497, s. 9.

⁸⁵⁸ Anayasanın Başlangıç kısmının Anayasa metnine dâhil olduğunu ifade eden 176’ncı maddesi uyarınca, Başlangıçta yer verilen ilkeler ve düzenlemelerden hareketle, kişilerin haklarına ilişkin sonuçlara ulaşılabilir.

sonucunda erişkinlere göre daha fazla mağdur olduklarından fiziksel ve psikososyal gelişimlerini olumsuz etkileyebilecek tüm fiillere karşı korunmaları”nın devletin ödevi olduğunu kabul etmiştir⁸⁵⁹.

Anayasanın “temel hak ve hürriyetlerin niteliği”ni belirleyen 12’nci maddesinin ilk fıkrasına göre ise, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” Anayasanın “kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı 17’nci maddesine göre de, “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; ... Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz”.

Anayasanın 12 ve 17’nci maddeleri, kişilerin yaşama hakkının ve maddi ve manevi varlığının gerek devletin, gerekse diğer kişilerin müdahalelerine karşı korunma hakkını içermektedir. Dolayısıyla kişinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kişilere, yalnızca devletin bu haklarla korunan özel alana müdahaleden kaçınması gibi olumsuz değil, aynı zamanda kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin değerlerini ve kişiye ayrılmış özel alanı diğer kişilere karşı korunmasını talep hakkını içeren olumlu bir talep yetkisi de vermektedir⁸⁶⁰. Anayasa Mahkemesi de işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında Anayasa’nın 17’nci maddesi gereğince Devlet’in, sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen olaylarda yasal ve idari çerçevenin maddi ve manevi varlığı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin ihlallerin durdurulup

⁸⁵⁹ Z. C. Başvurusu (B. No: 2013/3262), parag. 57, Anayasa Mahkemesi, E.2015/43, K.2015/101, k.t. 12.11.2015, parag. 16.

⁸⁶⁰ Turgay Çamlı Başvurusu, (B. No: 2012/1266), 17.9.2014, parag. 35, 38. Devletin yaşam hakkından kaynaklanan olumlu yükümlülüğün etkili adli soruşturma yükümlülüğünü de kapsadığına ilişkin bkz: Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu (B. No: 2015/4662), parag. 65. Aynı yönde AİHM, *Asiye Genç v. Turkey*, (Appl. No: 24109/07), 27.4.2015, parag. 68.

cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirlerin alınması güvencesini kapsadığını vurgulamaktadır⁸⁶¹.

Çocuğun yaşamının korunması hakkı ulusal yargı makamları tarafından devlete pozitif yükümlülük yükleyen haklardan olarak kabul edilmekte ve hükümetler çeşitli tedbirler almakla sorumlu kabul edilmektedir. Örneğin Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 27/2'nci maddesinde her vatandaşın hakkı olarak düzenlenen sağlık hakkının, kamu hastaneleri ve kliniklerini HIV/AIDS'in anneden çocuğa bulaşmasını önlemek için anti-retroviral ilaç sağlama yükümünü içerdiğini kabul etmiştir⁸⁶².

AIHM pek çok kararında Sözleşme'nin 1'inci maddesi çerçevesinde herkesin Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlüklerini güvence altına alınması güvencesinin 3'üncü madde (işkence ve kötü muamele yasağı) ile birlikte mütalâa edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Böylece devletlerin yetki alanında bulunan bireylerin, resmi görevliler dışındaki kişiler tarafından uygulanan kötü muamele de dâhil olmak üzere, işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele veya cezaya maruz kalmamaları için gerekli önlemleri almasını talep haklarının bulunduğunu tespit etmektedir⁸⁶³. Mahkemenin yaklaşımında özellikle, çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişilerin, kişisel bütünlüğe yönelen bu gibi ağır ihlallere karşı etkin caydırıcı önlemlerle korunma hakları vardır⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ Z. C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag. 83; Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2012/752), 17.9.2013, parag. 52.

⁸⁶² *Minister of Health v Treatment Action Campaign* (2002) 5 SA 721 (Constitutional Court) (S Afr).

⁸⁶³ Bkz: *H.L.R. v France* (Appl. No. 24573/94) 29.4.1997, parag. 40.

⁸⁶⁴ Bkz: *X. and Y. v. Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 21-27 *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 22083/93, 22095/93), 22.10.1996, parag. 62-64. Mahkeme, İngiliz hukuku uyarınca, çocuğa karşı darp ve cebir uygulandığı yolunda suç isnadına karşı, “çocuğun makul ölçüde terbiye edilmesi” amacının savunma olarak kullanılabileceğini kabul etmekle birlikte, uygulanan darp ve cebrin yasal cezalandırma sınırlarını aştığını makul şüphenin ötesinde ispatlama yükünün iddia makamına ait olduğunu, bu davada, başvurunun maruz kaldığı muamelenin 3'üncü madde kapsamına girecek kadar ciddi boyutta olmasına rağmen, jürinin söz konusu uygulamanın faili olan üvey babayı beraat ettirmesini göz önünde bulundurarak, 3'üncü maddeye aykırı olan muamele veya cezalandırmaya karşı yasanın başvuruçuyu yeterince korumadığına karar vermiştir. Nitekim, Devlet de yasanın bu hâliyle çocuklar için yeterli koruma getirmediği ve değiştirilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Bu kapsamda Mahkeme, çocukların korunmasına hizmet etmesi beklenen sosyal hizmet kurumlarının hareketsizliği veya mevzuatın yetersizliğini Sözleşme'nin ihlali olarak kabul etmektedir. *Z and Others v. the United Kingdom davası*, küçüklere koruma sağlanması alanında sosyal hizmet kurumları sisteminde ortaya çıkan yetersizlikler ile ilgilidir⁸⁶⁵. AİHM Sözleşme'nin 1 ve 3'üncü maddelerinin, özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişiler açısından yeterli koruma sağlanması ve yetkili makamların kötü muameleyi önleyici makul tedbirleri almalarını gerektirdiği görüşündedir⁸⁶⁶. Mahkeme başvuru dört çocuğun maruz kaldığı ihmal ve istismarın insanlık dışı ve onur kırıcı muamele eşiğine vardığı, söz konusu muamele hakkında, yerel yetkililere bilgi verildiği, bu yetkililerin çocukları korumak konusunda yasal sorumluluk taşıdıkları ve çocukları aileden almayı da içeren geniş bir yetki yelpazesine sahip olmalarına rağmen, çocukların gecikmeli olarak bakıma alınmaları nedeniyle, uzun süre ağır bir ihmale maruz kaldığını ve doğrudan doğruya şiddete dayalı suç sonucunda fiziksel ve psikolojik zarar gördüklerini dikkate alarak, mevcut sistemin başvuru çocukları ciddi, uzun süreli ihmal ve istismara karşı koruyamadığı sonucuna ulaşmıştır⁸⁶⁷.

AİHM, işkence ve kötü muamele yasağından kaynaklanan pozitif nitelikli koruma yükümlülüğünün, özellikle çocuklar ve kadınlar gibi görece güçsüz kişiler bakımından hem hukuki hem de fiili tedbirler alınmasını gerektirdiği görüşündedir⁸⁶⁸. Bu tedbirler, çocukların ve diğer korumasız kişilerin etkili bir şekilde korunmasının sağlanmasını ve

Bu davanın koşullarına göre, yeterli koruma sağlanmaması Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlaline yol açmıştır.”

⁸⁶⁵ *Z and Others v The United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73-74.

⁸⁶⁶ *Osman v the United Kingdom*, (Appl. No: 23452/94), Karar no: 87/1997/871/1083, 28.10.1998, parag. 116.

⁸⁶⁷ *Z. and Others v. United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73-74.

⁸⁶⁸ *A. v the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), 23.9.1998, Karar No: (100/1997/884/1096), parag. 24.

yetkililerin bilgi sahibi oldukları veya olmaları gerektiği durumlarda kötü muameleleri önlemek için makul adımlar atmasını içermelidir⁸⁶⁹.

Çocuklara karşı şiddet, kötü muamele, ihmal, istismar ve sömürü, onların maddi ve manevi varlığının bütünlüğünü, hatta yaşama hakkını ihlal eder. Bu nedenle, çocuklara karşı şiddetin, kötü muamele, ihmal ve istismarın önlenmesi, sosyal alandaki haklardan önce, kişinin yaşama ve maddî ve manevî bütünlüğünü koruma ve geliştirme haklarından doğan pozitif nitelikli edimleri talep hakkını içerir. Bu nedenle çocukların şiddet, kötü muamele, ihmal, istismar ve sömürüye karşı korunma hakları Anayasanın 17’nci maddesinden doğan anayasal bir temel hakka, kişilerin doğrudan doğruya yararlanabilecekleri bir subjektif kamu hakkına dayanmaktadır. Nitekim AİHM, çocukların şiddete karşı korunmasını, Sözleşmeyi kabul eden devletlerin “yaşama hakkı”na ilişkin 2’nci ve “işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı davranma yasağı”na ilişkin 3’üncü maddelerden doğan olumlu ödevi olarak değerlendirmektedir⁸⁷⁰.

AİHM, çocuğun şiddetten korunması hakkı bağlamında korunan hukuksal menfaatin, fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı olduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre, bu hak hem AİHS’nin 3’üncü maddesinde düzenlenen işkence yasağı, hem de 8’inci maddesinde güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde korunmaktadır. Mahkeme içtihatlarında, maruz kalınan şiddetin ağırlığına göre Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde düzenlenen işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz bırakılma yasağı ile 8’inci maddede düzenlenen özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı arasında bir yarışma ilişkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Asgari şiddet eşiğini aşan eylem ve işlemler bakımından 3’üncü madde uygulanabilir iken, bu

⁸⁶⁹ *Z. and Others v. United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73.

⁸⁷⁰ *Kontrová v. Slovakia*, (Appl. No: 7510/04), 31.5.2007, parag. 49; *Z and Others v. the United Kingdom* (Appl. No: 29392/95), parag. 149, *Nencheva et autres c. Bulgarie*, (Appl. No: 48609/06), 18.09.2013, parag. 105.

eşiğin altında kalan müdahaleler bakımından 8'inci maddenin uygulanması gündeme gelebilecektir.

AIHM önüne çocuğa karşı şiddet çerçevesinde bedensel ceza, ihmal, cinsel ve fiziksel istismar gibi fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkına müdahale oluşturan davalar getirilmiştir.

Bir disiplin metodu olarak okullarda çocuğun bedensel cezaya maruz bırakılması konusunda Mahkeme, müdahalenin ciddi ve uzun süreli etkilere yol açtığına ilişkin delil bulunmadığı durumlarda 3'üncü madde değil 8'inci madde çerçevesinde inceleme yapmıştır⁸⁷¹.

AIHM çocuğun aile içinde şiddete maruz kaldığı durumlarda da öncelikle çocuğun maruz bırakıldığı muamelenin süresi, fiziksel ve zihinsel etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumunu göz önünde bulundurarak 3'üncü maddenin uygulanmasını gerektirecek asgari düzeyde bir ciddiyet seviyesine ulaşp ulaşmadığını değerlendirmektedir. Üvey babası tarafından uygulanan aile içi şiddet mağduru çocuğun başvuru olduğu *A v. Birleşik Krallık* davasında AIHM, öncelikle 3'üncü çerçevesinde bir inceleme yapmış ve çocuğun maruz kaldığı muamelenin ağırlığını göz önünde bulundurarak özel kişiler tarafından uygulanan kötü muamele de dâhil olmak üzere, işkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmama hakkının (md. 3) ihlal edildiğine karar verdikten sonra, 8'inci madde bakımından ayrıca bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir⁸⁷².

Ebeveynleri tarafından ihmal edilen dört çocuğun başvuru olduğu *Z vd. v. Birleşik Krallık* davasında çocukların maruz kaldığı ihmal ve istismarın, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele eşiğine ulaştığı için 3'üncü maddenin ihlal edildiğine karar

⁸⁷¹ *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, (Appl. No: 13134/87), 25.3.1993, parag. 36.

⁸⁷² *A. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 22-28.

vermiştir⁸⁷³. 8'inci madde çerçevesinde ayrıca bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir⁸⁷⁴.

Mahkeme, çocukların cinsel istismarının Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin koruma alanına girdiğini kabul etmektedir. Örneğin *E. vd. v. Birleşik Krallık* davasında, failin şartlı serbestlikle tahliye edilmesinin ardından mağdurların ikametgâhında yaşamaya devam etmesi ve cinsel istismara uğrayan çocukların sosyal hizmetler tarafından koruma altına alınmamasını, 3'üncü maddenin içerdiği koruma yükümünün ihlali olarak kabul etmiştir⁸⁷⁵.

Anayasa Mahkemesi çocukların şiddet, ihmal, istismar, cinsel saldırı ve sömürden korunmalarının da yine işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyle karşı koruma haklarının 17'üncü maddeye dayandığını kabul etmektedir⁸⁷⁶. Mahkeme, belirtilen eylemlerin işkence, eziyet veya insan haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilmesinde mağdurun maruz kaldığı fiziksel ve ruhsal etkiler açısından asgari bir eşiği aşmasını gerekli görmekte, bu ağırlık derecesine ulaşan eylemler bakımından incelemesini işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin Anayasanın 17'nci maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde yürütmekte, eylemin bu hükmün aradığı ağırlık derecesine ulaşmadığına karar verdikten sonra aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı çerçevesinde sürdürmektedir⁸⁷⁷. Anayasa Mahkemesi başvurucunun çocuk olması durumunda incinebilir, kırılğan doğasının bir sonucu olarak maddi ve manevi bütünlüğünün yetişkinlere göre daha fazla tahrip olabileceği gerekçesi ile, bu kriterin daha ağır nitelikteki eylemlerin doğası gereği

⁸⁷³ *Z. and Others v. United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 74.

⁸⁷⁴ *Z. and Others v. United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 77.

⁸⁷⁵ *E. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), parag. 95-101.

⁸⁷⁶ *A.D. Başvurusu*, (B. No: 2014/7967), 23.5.2018, parag. 83, 84; *Z. C. Başvurusu*, (B. No: 2013/3262), parag. 68; *A.S.Y. Başvurusu*, (B. No: 2015/4213) 15.11.2018, parag. 44; *R.Y. Başvurusu*, (B. No: 2015/19588), parag. 33; *A.B. ve B.B. Başvurusu*, (B. No: 2015/7161), 31.10.2018, parag. 55-56.

⁸⁷⁷ *Esma Başbakkal Başvurusu*, (B. No: 2012/1128), parag. 31.

işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmekte ve özel hayatın korunması yönünden ayrıca bir inceleme yapmamaktadır⁸⁷⁸. Çocukları şiddete karşı korunma hakkının anayasal dayanağının 17’nci maddede aranması, çocukları “aile” dolayısıyla ve “ailenin bir üyesi” sıfatından önce “kişi” olarak korunmayı zorunlu sayan çağdaş bir anlayışı da ortaya koymaktadır⁸⁷⁹.

Çocukların güçsüz ve incinebilir doğası dolayısıyla gündeme gelen bir diğer hak ihlali nedeni, çocuğun emeğinin sömürülmesidir. Özellikle herhangi bir nedenle korumasız kalan çocukların üçüncü kişilerin haksız müdahalesi sonucu zorla çalıştırılmaları hatta bu müdahalelerin sömürü ağırlığında olması söz konusu olabilmektedir. Anayasanın “*zorla çalıştırma yasağı*” başlıklı 18’inci maddesinin “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır*” hükmünün bir gereği olarak herkes gibi çocukların da sömürüye ve zorla çalıştırmaya karşı korunma hakkını güvence altına almaktadır. Anayasa’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer alan “*Küçükler ... çalışma bakımından özel olarak korunurlar*” hükmüne yer veren 50’nci maddesi ise çocuklar bakımından, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağını ve angaryanın yasak olduğunu hükme bağlayan 18’inci maddede yer alan güvencenin, pozitif görev yönüne ilişkin bir düzenleme niteliğinde olduğu değerlendirilebilir. AİHM çocukların, zorla çalıştırılmaya karşı korunma güvencesinin etkili olarak sağlanması için alınması gereken önlemlerin kapsamının genişlediği görüşündedir⁸⁸⁰. Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 4’üncü maddesinde düzenlenen zorla çalıştırılma yasağı, özellikle mağdurun yaş ve göçmenlik statüsünün dikkate alınmasını gerektirir⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ Z.C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag 57,58; A.B. ve B.B. Başvurusu, (B. No: 2015/7161), parag. 57.

⁸⁷⁹ Kadınların aile içi şiddete karşı korunması yükümlülüğünün dayanağının Anayasanın 17’nci maddesinde aranması konusunda aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz: ÖDEN, “Türk Anayasa Hukukunda Devletin Kadınları Ev-İçi Şiddete Karşı Koruma Ödevi”, s. 5.

⁸⁸⁰ Siliadin v. France, (Appl. No: 73316/01), parag. 148.

⁸⁸¹ Siliadin v. France kararında Mahkeme, daha önce pek çok davada olduğu gibi, pozitif yükümlülüklerle ilgili olarak, devletin, bir bireyin haklarını bir başkası tarafından ihlal etmesi için yeterli bir cezai

Çocukların güçsüz ve incinebilir doğası dolayısıyla özel olarak korunması gereken bir diğer hukuksal çıkarı çocuğun sağlığıdır. Çocuğun yaşamının, maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, sağlığının korunması amacıyla tedbirler alınmasını gerektirir.

AIHM, sağlık hizmetlerinin sunulmasındaki ihmal ya da kusur nedeniyle meydana gelen ihlallerde, Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2'nci maddesine ilişkin ilkelerin, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin sınırlarına giren, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkına müdahalelere de uygulanabilir olduğuna işaret etmektedir⁸⁸².

AIHM ve Anayasa Mahkemesi, benzer bir içtihadi tutumla, Sözleşme'nin 2'nci maddesi ya da Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci cümlesinin, yalnızca kasten ve yasaya aykırı şekilde ölüme yol açılmasının engellenmesi güvencesi getirmediğini, aynı zamanda kişilerin yaşamını korumaya yönelik gerekli tedbirlerin alınmasını talep hakkını içerdiğini kabul etmekte ve bu ilkeyi kamu sağlığı alanına da uygulamaktadır⁸⁸³. Bu çerçevede kamu sağlığı hizmetlerinin yürütülmesindeki eylem ve ihmaller, Anayasa'nın 17'nci maddesi açısından sorumluluğu gündeme getirebilecektir⁸⁸⁴.

AIHM, 2'nci maddenin ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, sağlık hizmetlerinin hastaların yaşamları ile fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi ve sağlık personelinin yüksek bir yeterlik seviyesinde olmasının sağlanması güvencesini içerdiğini kabul etmektedir⁸⁸⁵. Mahkeme, prematüre doğan ve doğumdan hemen sonra

yaptırım getirip getirmediğini ele almıştır. Mahkeme'nin gerekçesinde, mevcut ceza kanununun çocuk istismarı yapanların başarılı bir şekilde kovuşturulmasının sağlanması için yeterli olmadığını belirtmiştir (parag. 148).

⁸⁸² *Trocellier v. France* (Appl. No: 75725/01), 5.10.2006; *İclal Karakoca and Hüseyin Karakoca v. Turkey*, (Appl. No: 46156/11), 21.5.2013.

⁸⁸³ *Powell v. The United Kingdom*, (Appl. No: 45305/99); *Calvelli ve Ciglio v. Italy*, (Appl. No: 32967/96), 17.1.2002, parag. 48.

⁸⁸⁴ *Selman Tumor ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2015/18754), 12.9.2019.

⁸⁸⁵ *Asiye Genç v. Turkey*, (B. No: 24109/07), parag. 67.

solunum sıkıntısı yaşayan yeni doğan bebeğin, yoğun bakım ünitesinde yer olmadığı için gerekli tedaviyi alamaması ve yaşamını kaybetmesi üzerine yapılan başvuruda, bir başka hastaneye kabul edilmemesi durumunda yaşamının riske gireceğinin göz ardı edilmesinin ve sevk edildiği KTÜ Farabi Devlet Hastanesi'nde bakımının üstlenileceğinin garanti altına alınmadan sevk edilmesinin, uygun acil tedaviye ulaşamamasına ve böylece yaşam hakkının ihlaline yol açtığını değerlendirmiştir⁸⁸⁶. Görüldüğü üzere prematüre doğan ve solunum sıkıntısı yaşayan bebeğin sağlık durumunun ciddiyeti ve acil bir tıbbi müdahale gereksinimi içinde bulunması, yaşam hakkının sağlık hizmetlerinin örgütlenmesindeki eksiklik nedeniyle ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde dikkate alınmıştır⁸⁸⁷. Buradan hareketle AİHM'nin çocuğun içinde bulunduğu hassas durumunun, yaşamının korunması amacıyla alınması gereken sağlık önlemlerin kapsamını belirlediğini kabul ettiği değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi de bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarının korunma hakkının-ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin-sağlık hizmetlerini, hastaların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesi ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirlerin alınmasını güvence altına aldığını kabul etmektedir⁸⁸⁸.

Oğullarına kızamık aşısı yapılmış olmasına rağmen bu aşının yeterli dozda ve uygun koşullarda yapılmaması nedeniyle önleyici etkisinin olmadığı ve oğullarının SSPE hastalığına yakalanarak yaşamını yitirdiği iddiasıyla yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkının, yaşamı tehlikeye girebilecek kişilerin sağlığının korunması

⁸⁸⁶ *Asiye Genç v. Turkey*, (B. No: 24109/07), parag. 78-79, 82.

⁸⁸⁷ *Asiye Genç v. Turkey*, (B. No: 24109/07), parag. 77.

⁸⁸⁸ *Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu* (B. No: 2014/13327), parag. 43; *Ahmet Acartürk*, (B. No: 2013/2084), parag. 51; *Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu*, (B. No: 2015/4662), parag. 82-83.

için yeterli yasal ve idari bir çerçeve oluşturulması güvencesini içerdiğini kabul etmiştir⁸⁸⁹. Yeterli tıbbi yardım almadıklarında yaşamları tehlikeye girebilecek gruplardan biri de çocuklardır. ÇHS de çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanımış, bu hakkın hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba sarf edilmesi yükümlülüğünü de içerdiğini kabul etmiştir⁸⁹⁰.

Çocuğun özel olarak korunmasını gerektiren bir diğer etken, çocuğun elverişli bir çevrede yaşamaması nedeniyle maddi ve manevi bütünlük hakkının ihlal edilmesine yol açan çevre kirliliğidir.

AIHS’de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı açıkça yer almamasına rağmen Mahkeme, gerek devlet kaynaklı gerekse özel hukuk kişilerinin eylemleriyle meydana gelen çevresel kirliliğin bireyler üzerindeki olumsuz etkilerinden kaynaklanan ihlal iddialarını incelemektedir⁸⁹¹. AIHM, ciddi çevresel kirliliğin, 8’inci madde kapsamında korunan haklardan özel yaşama saygı hakkı, aile yaşamına saygı hakkı ve konuta saygı hakkına bir müdahale oluşturabileceğini kabul etmektedir⁸⁹².

AIHM çevre kirliliğinin Sözleşme’nin 8’inci maddesi bağlamında özel yaşama saygı hakkı çerçevesindeki fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkına bir “*müdahale*” teşkil edip etmediğini değerlendirirken, etkilerinin birey üzerinde asgari bir şiddet derecesine ulaşmış olmasını gerekli görmektedir. Asgari şiddet derecesi değerlendirmesinde AIHM, çevresel kirliliğin sebep olduğu olumsuz etkinin “*yoğunluğu*”, “*süresi*” ve “*fiziksel ve*

⁸⁸⁹ Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu, (B. No: 2015/4662), parag. 81.

⁸⁹⁰ ÇHS bu hakkın gerektirdiği yükümlülükler kapsamında, “bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi; bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması; temel sağlık hizmetlerinin sunulması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını göz önüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesini saymaktadır.

⁸⁹¹ *Hatton and others v. United Kingdom*, (Appl. No: 36022/97), 8.7.2005, parag. 96.

⁸⁹² *Lopez Ostra v. Spain*, (Appl. No: 16798/90), 09.12.1994, parag. 51.

ruhsal etkileri”ni göz önünde bulundurmaktadır. Çocuklar incinebilir ve kırılgan doğaları dikkate alındığında bu sınırın daha aşağıda kabul edilmesi gerektiği açıktır.

Anayasa Mahkemesi de, AİHM’nin içtihatları ile uyumlu olarak “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı”nı, fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri olarak kabul etmektedir⁸⁹³. Diğer yandan AİHS’den farklı olarak Anayasa’da sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı 56’ncı maddede açıkça düzenlenmiştir. “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” kenar başlıklı 56’ncı maddenin ilk fıkrasında, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevrenin kirlenmesini önlemek devlete ve vatandaşlara ödev olarak yüklenmiştir. Mahkeme, Anayasa’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer aldığı için, doğrudan bu hükme dayanarak ihlal iddialarını incelememekle birlikte sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının konusunun aynı zamanda, Anayasa 17, 20 ve 21’inci maddelerinde korunan hakların konusu ile ilişkisini dikkate alarak ele almaktadır⁸⁹⁴. Mahkeme, Anayasa’nın devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5’inci, Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne ilişkin 11’inci, temel hak ve hürriyetlerin niteliği başlıklı 12’nci maddelerinden hareketle temel hakların etkin kullanımı konusunda kamusal makamlara düşen pozitif yükümlülükler bulunduğunu ifade ettikten sonra, Anayasa’nın çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ödevleri arasında olduğunu belirten 56’ncı maddesinin ikinci fıkrasının da kamusal makamların çevresel konular bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin tespiti ve

⁸⁹³ AYM, E.2013/89, K.2014/116, 3.7.2014; *Mehmet Kurt Başvurusu*, (B. No: 2013/2552), 25.2.2016, parag. 45; *Fevzi Kayacan Başvurusu*, (B. No: 2013/2513), 21.4.2016, parag. 38.

⁸⁹⁴ *Mehmet Kurt Başvurusu*, (B. No: 2013/2552), parag. 46; *Fevzi Kayacan Başvurusu*, (2), (B. No: 2013/2513), parag. 39; *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu*, (B. No: 2013/6587), 24.03.2016, parag. 43; *Ahmet İsmail Onat Başvurusu*, (B. No: 2013/6714), 21.4.2016, parag. 59.

değerlendirilmesi hususunda göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmektedir⁸⁹⁵. Ayrıca, çevresel kirliliğe ilişkin şikâyetler genellikle özel teşebbüslerin faaliyetlerinden kaynaklandığı göz önünde bulundurulduğunda Devlete özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütülmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü getiren Anayasa'nın 48'inci maddesi de, üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan çevresel kirlilikler konusundaki korunma hakkının anayasal dayanağını oluşturmaktadır⁸⁹⁶.

Devletin çocukları koruma ödevinin bir diğer anayasal dayanağı olarak, Anayasanın eşitlik ilkesiyle ilgili hükümlerine de değinmek gerekmektedir. Anayasanın “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında “herkesin ... kanun önünde eşit olduğu” belirtilmiştir. Bu maddeye 2004 yılında 5170 sayılı Kanunla eklenen üçüncü fıkra da “*çocuklar, ... için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz*” denilmiştir. Anayasanın 10'uncu maddesinde eşitliğin sağlanmasını amaçlayan iki güvence yer almaktadır. İlki, son fıkra da yer alan “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*” yolundaki genel nitelikteki hükümdür. Anayasada böyle bir hükme yer verilmemiş olsaydı da, “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı”ndan (md. 11) hareketle

⁸⁹⁵ Mehmet Kurt Başvurusu, (B. No: 2013/2552), parag. 46; Fevzi Kayacan (2), (B. No: 2013/2513), parag. 39; Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu, (B. No: 2013/6587), parag. 43; Ahmet İsmail Onat, (B. No: 2013/6714), parag. 59.

⁸⁹⁵ Mehmet Kurt Başvurusu, (B. No: 2013/2552), parag. 51; Fevzi Kayacan (2), (B. No: 2013/2513), parag. 44; Ahmet İsmail Onat, (B. No: 2013/6714), parag. 64. Burada bir parantez açmak gerekmektedir. Mahkeme, ekonomik, sosyal haklar ve ödevler kısmında düzenlenen hakları, kişi hakları bölümünde düzenlenen fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunması ile ilgili hukuksal çıkarları ihtiva eden 17'nci maddesi, özel ve aile hayatına saygıyı güvence altına alan 20. maddesi ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 21'inci maddesinde düzenlene haklara ilişkin pozitif yükümlülüklerin kapsam ve niteliğini değerlendirirken atıf yapmaktadır. Ancak bu içtihadın, AİHM'nin Sözleşme'nin düzenlediği haklara ilişkin pozitif ödevlerin kapsamı konusunda belirlediği standartların gerisine düşmemesi, Anayasa'nın 148'inci maddesinin bir gereğidir. Aksi durum Mahkeme'nin hakkın konusunu nitelendirirken Anayasada düzenlenen hakların Sözleşmede de benzer biçimde düzenlendiğini kabul ederek, bu hakların Mahkemenin nitelemesi ile sınırlı koruma tanınması tehlikesini içinde barındırmaktadır.

⁸⁹⁶ Mehmet Kurt Başvurusu, (B. No: 2013/2552), parag. 51; Fevzi Kayacan (2), (B. No: 2013/2513), parag. 44; Ahmet İsmail Onat, (B. No: 2013/6714), parag. 64.

Devlet organlarının ve idare makamlarının eşitlik ilkesine uygun davranma zorunda bulundukları tartışmasızdı.

Anayasa Mahkemesi, “zina ürünü çocuklar, toplumda babasız çocuk damgası taşıdıklarından horlanmaları, aşağılanmaları, babalarına karşı nafaka isteminden başka bir hak ileri sürememeleri ve babalarının mirasçısı olamamaları nedenleriyle ekonomik ve psikolojik açıdan güç koşullarda bulundukları ve toplum dışına itildikleri”ni göz önünde bulundurarak, evlilik dışı çocukların babalarına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanmalarını engelleyen Medeni Kanun hükmünün, Anayasanın eşitlik ve devletin ödevlerine ilişkin hükümleri yanında ailenin ve ananın korunmasına ilişkin hükmüne aykırı bulmuştur⁸⁹⁷.

Çocuklar bakımından Anayasanın 10’uncu maddesinde çocuğun haklarının korunmasına imkân veren ikinci güvence ise bu maddeye 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla eklenen çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağını belirten üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Konuya çocukların temel haklardan ve özgürlüklerden eşit yararlanmasını sağlamak amacı açısından yaklaşıldığında, bu özel hükmün eşitlik ilkesinden doğan iki tür olumlu yükümlülüğü somutlaştırdığı ifade edilebilir. Bunlardan ilki, doğrudan doğruya 10’uncu maddenin birinci fıkrasındaki “ve benzeri sebepler” arasında değerlendirilebilecek “yaşa” ve “çocukluk statüsüne” dayalı ayırım yasağıyla ilgilidir. Anayasa Devlete, her şeyden önce, kanunlarda ve kanunların uygulanmasında çocuk oldukları için çocuklara karşı ayırım yapmaktan kaçınma gibi olumsuz bir ödev yüklemektedir. AİHM de aynı yönde, Sözleşme’nin 14’üncü maddesinde yer alan “diğer nedenler”den hareketle yaşa ve çocukluk statüsüne dayalı ayrımcılığın yasaklandığını kabul etmektedir⁸⁹⁸. Hakkın bu bu

⁸⁹⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 21.5.1981 tarih ve E: 1980/29, K: 1981/22 sayılı kararı.

⁸⁹⁸ *Tyrer v. the United Kingdom*, No. 5856/72, 25.4.1978, parag. 41. Kararda Mahkeme, çocuklara özgü bir cezalandırma yöntemi olarak “bedeni ceza”nın kabul edilmiş olmasını Sözleşme’nin insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutma yasağına ilişkin 2’nci maddesi çerçevesinde ele almıştır.

negatif boyutu yanında yine eşitlik ilkesinden ve yaşa dayalı ayırım yasağından doğan pozitif boyutu olduğu da söylenebilir. AİHM, Sözleşme'nin 14'üncü maddesindeki ayırım yasağında somutlaşan eşitlik ilkesine ilişkin yorumunda, söz konusu ayırım yasağının, yalnızca benzer durumda olanlara eşit davranılması güvencesini değil, farklı durumlarda olanlara farklı davranma yükümlülüğünü de içerdiğini belirtmektedir⁸⁹⁹. Böylece eşitlik ilkesini, eşit durumda olanlara eşit, eşit durumda olmayanlara ise eşitsizlikleri ölçüsünde eşitsiz veya farklı davranılması kuralı olarak yorumlamaktadır⁹⁰⁰. Öyleyse çocukların içinde bulundukları durumlar, temel hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmalarını engelleyen nitelik taşıdığına, çocukların durumlarındaki bu farklılığın göz önünde bulundurularak onlara farklı davranılmasını gerektirir. Bu bağlamda, ihmal ve istismara karşı savunmasız çocukların özel olarak korunması güvencesi de doğrudan doğruya

Ancak çocukların eğitim amacıyla ya da yerleştirilebilecekleri uygun bir kurum bulunmadığı gerekçesiyle ceza kurumlarına yerleştirilmelerinin bir yetişkinin hakları ile kıyaslandığında ayrımcı bir muamele teşkil ettiği iddiası karşısında çocukların eğitilmeleri ya da korunmaları amacıyla yerleştirme tedbirine muhatap olmalarının “nesnel ve makul” bir gerekçe oluşturduğunu be nedenle ayrımcı nitelik taşımadığını kabul etmektedir. Benzer her iki başvuruda da Mahkeme, yalnızca 5'inci maddenin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Mahkeme, kendisi ve potansiyel olarak başkaları için tehlikeli, risk altındaki bir çocuk olan başvurunun, şartlarına uygun yerleştirilebileceği bir kurum bulunmadığı gerekçesi ile kendisine uygun bakım ve konaklama sağlanması amacıyla çocuk suçlulara özgü bir kuruma yerleştirilmesini, Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ilk fıkrasında güvence altına alınan kanunsuz tutuklama yasağının ihlali olarak kabul etmiştir. Başvuranın, herhangi bir suç işlemeyeceği halde, kendisi için uygun bakım ve koruma evi bulunmadığı gerekçesi ile bir ceza kurumuna yerleştirilmesinin, bir yetişkin ile kıyaslandığında çocuk olması nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılması anlamına geldiği için Sözleşme'nin 14'üncü maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ise Mahkeme katılmamıştır. *D.G. v. Ireland* (Appl. No: 39474/98), 16.08.2002, parag. 113-116, Aynı yönde Bkz: *Bouamar v. Belgium*, (Appl. No: 9106/80), 29.2.1988, parag. 25-26, ve 66-67. Çocukların yetişkinlerden farklı hukuka tabi tutulmalarını eğitilmeleri ve korunmaları amacına dayandığı gerekçesiyle nesnel ve makul olduğu için ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde değerlendirmeyen AİHM'nin bu yaklaşımı, çocukların eğitilmeleri amacıyla “gençlik kurumlarına” yerleştirilmeleri işlemlerinin usul bakımından da ayrımcı nitelik taşımaması bakımından denetleyen Amerikan Yüksek Mahkemesinin *re Gault* kararı ile karşılaştırıldığında, çocukların yetişkinlerin sahip oldukları usuli haklardan dışlanmalarının kabulü anlamına geldiği ifade edilebilir.

⁸⁹⁹ AİHM var olan eşitsizliklerin giderilmesi için farklı muamelelerin yapılmamasının da ayrımcılık yasağının ihlali anlamına geldiğini kabul etmektedir. *Enver Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 23065/12), 02.07.2018, parag. 54, 56; *D.H. and Others v. the Czech Republic*, (Appl. No: 57325/00), 13.11.2007, parag. 175, Ayrıca bkz: *Thlimmenos v. Greece*, (Appl. No: 34369/97), 06.04.2000, parag. 43, *Stec and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 65731/01), 12.04.2006, parag. 51. Aynı yöndeki tespit için bkz: *Opuz v. Turkey*, (Appl. No: 33401/02), 09.09.2009, parag. 200, 201.

⁹⁰⁰ AYM, E: 1990/27, K: 1991/2, k.t. 17.1.1991.

eşitlik ilkesinden ve ayırım yasağından kaynaklanan pozitif nitelikli bir hakkın kapsamındadır.

Diğer yandan eşitlik ilkesinin, özel hukuk ilişkilerinde de çoğu kez Devletin olumlu katkısı olmadan korunamayacağı açıktır. Bu nedenle hukuk sisteminin kişiler arasındaki ilişkilerde ayrımcılığa izin vermemesi ve ihlalleri uygun ve etkili hukukî yaptırımlara bağlaması amacını gözetmesi gerekir. Bu noktada, Anayasanın 41'inci maddesinin gerekçesinde de çocuğun korunması bakımından evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilememesi esası benimsenmiştir. Gerekçede “*Bu sonuç, esasen «eşitlik ilkesi»nden de çıkarılabilir. Çeşitli Anayasalarda evlilik dışı çocuklar için sevk edilen hükümlere benzer bir düzenleme bu nedenle gereksiz görülmüştür*” denilmektedir⁹⁰¹. Bu durumda evlilik birliği içinde doğan çocuklarla evlilik birlikteliği dışında doğan çocuklar arasında haklardan yararlanmaları konusunda ayırım yapmaksızın düzenlemeye gidilmesi anayasal bir zorunluluktur. Gerek Anayasa Mahkemesi, gerek AİHM devletin evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocukların farklı hukuka tabi olmalarını eşitlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirmektedir⁹⁰²

Diğer yandan çocuk haklarının önemli bir bölümünü oluşturan çocuğun korunmasını konu alan hakların sağladığı güvencenin yaşama geçirilmesi, sadece anayasa ile güvence altına alınması ve yasama organının da bu kurallara ters düşen yasaları ortadan kaldırmasından ibaret bir sorun değildir. Bu haklarla ilgili alanda yasama organının olumlu bir takım işlere girişmesi, yürütmeyi olumlu edimlerde bulunmakla görevlendiren yeni yasalar çıkarması gereklidir⁹⁰³.

⁹⁰¹ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 450), s. 21. Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, Birleşim 118, 1983, s. 334-424. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118ss0450.pdf.

⁹⁰² Evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocukların miras haklarının farklı düzenlenmesinin nesnel ve makul bir gerekçesi bulunmadığını kabul etmektedir. *Fabris v. France*, (Appl. No. 16574/08), 7.2.2013, parag. 73; *Mazurek v. France*, (Appl. No. 34406/97), 01.05.2000, parag. 55.

⁹⁰³ ÖDEN, “Türk Anayasa Hukukunda Devletin Kadınları Ev-İç Şiddete Karşı Koruma Ödevi”, s. 3.

2. Çocuğun Maddi ve Manevi Varlığının Geliştirilmesi

Çocukluk bir gelişme sürecidir. Bu süreç, yetişkinliğe hazırlanması amacıyla çocuğun desteklenmesini gerektirir. Sürekli gelişen ve gelişimlerini kendi özlerinde taşıdıkları en üst noktaya vardırabilmeleri için desteklenme ihtiyaçları olan çocukların bu nitelikleri, genel insan haklarına ek olarak çocuklara özel haklar tanınmasının dayanağıdır. Benin Anayasası, kişinin “gelişimini kendi özünde taşıdığı en üst noktada tamamlayabilme hakkı”nı düzenlemektedir (md. 9). Şili Anayasası ise toplumun her bir üyesinin kişiliğini manevi ve maddi bakımdan mümkün olan en üst seviyede gerçekleştirme hakkını tanımaktadır (md. 1). Bir dizi anayasa ise, çocukların gelişmekte olan bireyler olmalarından hareketle çocuklara özgü haklar tanımıştır. Örneğin Arnavutluk Anayasası’nın 54’üncü maddesi, Devletin, gençlerin ve ergenlerin tam ve dengeli gelişimini teşvik edecek önlemleri alacağını düzenlemiştir. Angola Anayasası’nın 35’inci maddesi, Devletin aile, eğitim ve sağlıkla ilgili kamu politikalarının, çocuğun fiziksel, zihinsel ve kültürel gelişimlerini garanti altına almanın bir gereği olarak çocuğun üstün menfaatini korumakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Bahreyn Anayasası’nın 5’inci maddesi de “*Devlet gençlerin fiziksel, ahlaki ve entelektüel gelişimine özel önem gösterir*” hükmüne yer vermektedir. Belçika Anayasası’nın 22’nci maddesi ise her çocuğun “*gelişimini destekleyen önlemlerden ve olanaklardan yararlanma hakkı*”nı tanımaktadır. Bunun gibi devletin çocuk ve gençlerin gelişimlerine öncelik vereceğine ilişkin hükme pek çok anayasada rastlamak mümkündür⁹⁰⁴.

Bunun yanında kişiliğini tam ve/veya serbestçe geliştirme hakkı (the full or free development of the individual), herkese tanınan bir hak olarak pek çok anayasada yer

⁹⁰⁴ Bolivya AY md. 58, Kabo Verde AY md. 71, Kolombiya AY md. 44, Dominik Cumhuriyeti AY md. 55, Ekvador AY md. 44, 69, 347, 380, Mısır AY md. 80, El-Salvador, AY md. 32, Gabon AY md. 1, Macaristan AY md. 16, Endonezya AY md. 28B, Kırgızistan AY md. 36, Meksika AY md. 4, Nepal AY MD. 39, Nijer AY md. 24, Norveç AY md. 104, Paraguay AY md. 54, Güney Sudan AY md. 17, İsviçre AY md. 11, Suudi Arabistan AY md. 20,

almıştır⁹⁰⁵. Sosyal bir hak niteliğinde olan çocuğun gelişiminin desteklenmesi hakkından farklı olarak kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı, kişisel hak niteliğinde bir sübjektif kamu hakkıdır. Çocuğa özgü bir hak olarak çocuğun gelişimini açıkça düzenlemiş olan anayasalarda tercih edilen tanıma biçimi dışında/yanında maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını herkese tanıyan anayasal hükümlerden hareketle de çocuğun gelişiminin korunması hakkı korunmaktadır⁹⁰⁶.

Çocuğa özgü bir hak olarak gelişiminin desteklenmesi için gerekli önlemleri alma konusunda devlete sorumluluk yükleyen böyle hükümler, ister Belçika Anayasasında olduğu gibi anayasal hak niteliğindeki bir düzenleme, ister diğer örneklerde olduğu üzere çocuğun gelişiminin desteklenmesi konusunda devlete görev yükleyen, yetki veren düzenleme biçiminde olsun, bu hakkın anayasada tanınması, hakkın gereklerinin yaşama geçirilmesi bakımından kural olarak olumlu edimleri gerektirir. Bu çerçevede yasama organının bu hakkın gereklerini yerine getirmek amacıyla, somut edimleri gösteren yasal düzenlemeler yapması, bu düzenlemeler uyarınca kamu makamlarının görevlerini yerine getirmek üzere iş ve işlemler gerçekleştirmesi, yargı organının ise bu hakkı ihlal eden ya da tehlikeye atan eylemleri yaptırıma bağlaması gerekir. Dolayısıyla çocuğun gelişimini garanti altına alma hakkı, kural olarak devletin olumlu edimlerini gerektiren pozitif nitelikli bir çocuk hakkıdır⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ Bkz: Cezayir AY md. 34, Andora AY md. 20, Bangladeş, AY md. 20, Belarus AY md. 20, Benin AY md. 9, Butan AY md. 9, Bulgaristan AY md. 24, Burundi AY md. 52, Orta Afrika Cumhuriyeti AY md. 2, Şili AY md. 19, Kolombiya AY md. 16, Kongo AY md. 16, Küba AY md. 9, Dominik Cumhuriyeti AY md. 43, Ekvator AY md.66, Estonya AY md. 19, Etiyopya AY md.24, Gabon AY md. 1, Gürcistan AY md. 16, Almanya AY md. 2, Yunanistan 5, Gine AY md. 6, Guyana AY md. 15, Endonezya AY md. 28C, Madagaskar AY Başlangıç, md. 17, Moldova AY Başlangıç, Nepal AY md.39, Nikaragua AY md. 116, Nijer AY md. 17, Panama AY md. 91, Peru AY md. 2, Portekiz AY md. 26, Portekiz Anayasası ayrıca gençlik politikalarının temel amacının gençlerin kişiliklerini geliştirme hakkı olduğunu ifade ederek bu hakkı çocuklara özgü bir hak olarak düzenlemiştir (md. 70), Romanya AY md. 1, Senegal AY md. 7, Sırbistan AY md. 23, İspanya AY md. 10, Togo AY md. 12, Ukrayna AY md. 23, Venezuela AY md. 20, md. 102.

⁹⁰⁶ Kadın haklarına özgü bir çalışmada aynı yöndeki görüş için bkz: ÖDEN “Türk Anayasa Hukukunda Devletin Kadınları Ev-İç Şiddete Karşı Koruma Ödevi”, s. 3.

⁹⁰⁷ U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu (B. No: 2014/19352), 24.5.2018, parag. 46-49.

1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmının⁹⁰⁸ 6'ncı paragrafında, “*Her Türk vatandaşının ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” düzenlenmiştir. Anayasanın 5'inci maddesinin son cümlesi de “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmayı*” Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Maddenin gerekçesinde “*Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir*” denmektedir⁹⁰⁹. Madde ile insanın, maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları sağlamak devlete bir görev olarak yüklenmekte ve Devlet, Anayasal düzeyde sorumluluk altına alınmaktadır⁹¹⁰.

“Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlığını taşıyan 17'nci maddenin ilk fıkrası ise “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” hükmünü içermektedir. Maddenin gerekçesinde kişinin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin “*bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak*” belirlendiği ifade edilmektedir⁹¹¹. Buradan hareketle Anayasa koyucunun, kişinin kişiliğini geliştirmeye ilişkin menfaatlerini, yaşama, maddi ve manevi varlığının bütünlüğünü koruma hakkı ile birlikte Anayasa ile garanti altına alınan insan haklarının en önemlileri olarak kabul ederek ilk sırada düzenlediği değerlendirilebilir. Ozer, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin kullanım alanlarını somutlaştırırken, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarına dayalı özgürlüklerinin, anayasal haklarının konusunun belirlenmesi ve çatışan diğer hakların dengelenmesinde

⁹⁰⁸ Anayasanın 176'ncı maddesi ise, “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının Anayasa metnine dahil*” olduğunu belirtmektedir.

⁹⁰⁹ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı ; 450), s. 3.

⁹¹⁰ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s.544; Mehmet AKAD - Abdullah DiNÇKOL, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2000, s.178 .

⁹¹¹ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı : 450), s. 8.

“pratik uyumlaştırma” ve “dengeleme”ye hizmet edecek bir kanıtlama aracı olarak kullanabileceğine dikkati çekmektedir⁹¹². Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, diğer bütün temel hak ve özgürlüklerin temeli olduğu ve diğer temel hak ve özgürlükler bu haktan türediği dikkate alınarak hemen hemen tüm hakların konularının somutlaştırılmasında ve birbiri ile dengelenmesinde hem bir temel hak, hem de bir yorum ilkesi olarak çok önemli bir işlev üstlenebilir⁹¹³.

Anayasa’nın temel haklar ve ödevler başlığını taşıyan ikinci kısmının, genel hükümler bölümünün genel gerekçesinde “*İnsan hakları konusunda Türkiye’nin imzalayıp onaylamış bulunduğu ve bu sıfatla milli hukukumuzda dâhil sayılan uluslararası andlaşma ve sözleşmeler(in), özellikle 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1950 insan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi(nin) göz önünde*” tutulduğu ifade edilmektedir.

Maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını, kişi onurunun korunmasının bir gereği olarak da güvence altına alan anayasalardan söz etmek gerekmektedir. Çocuklara özgü bir hak olarak çocuğun gelişiminin desteklenmesi hakkını düzenleyen Hindistan Anayasası 49’uncu maddesinin “*Çocuklara, sağlıklı bir şekilde, özgürlük ve onur ortamında gelişmeleri için fırsat ve olanaklar sağlanır*” hükmü, gelişimi için gerekli olanakların sağlanması hakkı ile insan onurunun korunmasının bir koşulu olarak kabul eden yaklaşımın dikkat çekici bir örneğidir⁹¹⁴.

⁹¹² ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”, s. 57, 58.

⁹¹³ Aynı yönde bkz: ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”, s. 58.

⁹¹⁴ Cristopher McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, C. 19, No. 4 (2008), s. 693-694. Bu hüküm Mahkeme tarafından okullarda çocuklara yemek verilmesini emreden kararın dayanağı olarak kullanılmıştır.

İnsan onuru kavramı, herkese özgü bir hak ve bir anayasal ilke olarak pek çok ülkenin anayasasında yer alan bir kavramdır⁹¹⁵. Güney Afrika Anayasası, insan onurunu hem diğer bütün insan haklarının korunmasının temelini oluşturan bir değer, hem de bu güvenceler için bir yükümlülük olarak düzenlemiştir (md. 7, 10, 35, 36).

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 22’nci maddesine göre, “Herkesin, toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenliğe hakkı vardır; ayrıca, onuru ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için zorunlu olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesine de hakkı vardır”.

Gerek 1982 Anayasası, gerekse Federal Alman Anayasası, insan onuruna saygıyı her türlü devlet faaliyetinin en üst prensibi olarak ortaya koymaktadır. Her iki Anayasanın garanti altına aldığı insan onuruna saygı ilkesi ile her insanın ilk temel hakkı olarak anlaşılan kişilik hakkının korunması söz konusudur⁹¹⁶.

⁹¹⁵ Macaristan Anayasası Başlangıç kısmında, “insan varlığının insan onuruna dayandığını” ilan etmektedir. Belçika Anayasasının 23’üncü maddesinde “herkes, insan onuruna yaraşır bir hayat sürme hakkına sahiptir” denilmektedir. Polonya Anayasası da Önsöz’ünde “insanın doğuştan gelen onuruna saygı gösterme” ilkesini kabul etmiştir. Çekya Anayasası, herkesin insan onuru ve kişisel saygınlığının korunmasını talep etme hakkı olduğunu düzenlemiştir (md. 101), Portekiz Anayasasının 1’inci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri sayılırken insan onuru kavramına göndermede bulunulmuştur. Maddede “Portekiz, insanın onuruna ve halkın iradesine dayanan ve özgür, adil ve dayanışmayı temel alan bir toplum kurmaya kararlı egemen bir Cumhuriyettir” denilmiştir. İspanya Anayasası, insan onuru kavramına temel haklar ve ödevler bölümünde 10’uncu maddesinde yer vermiştir. Maddede “insan onuru ihlal edilemez...” denilerek insan onurundan kaynaklanan dokunulmaz bir hürriyet ve güvenlik alanı teminat altına alınmıştır. Endonezya Anayasası 342’nci maddesinde “Devlet, tüm insanlar için bir sosyal güvenlik sistemi geliştirecektir ve insanlık onuruna uygun olarak toplumda yetersiz ve temel sosyal haklardan mahrum olanları güçlendirecektir” hükmüyle, sosyal devlet ile insan onuruna yaraşır yaşam koşulları arasındaki ilişkiyi öne çıkaran bir düzenlemeyi tercih etmiştir. Filipinler Anayasası’nın 13’üncü maddesi de “Kongre, tüm insanların insanlık onuruna haklarını koruyan ve güçlendiren sosyal, ekonomik ve politik eşitsizlikleri azaltan ve ortak yarar için zenginlik ve siyasi gücü eşit şekilde dağıtarak kültürel eşitsizlikleri gideren önlemlerin alınmasına en yüksek önceliği verecektir” hükmüne yer vermiştir. Federal Alman Anayasası 1’inci maddesi, “insan onuru ve insan hakları” başlığını taşımakta, ilk fıkrası “İnsan onuru dokunulmazdır insan onuruna saygı duymak ve korumak tüm devlet organlarının görevidir” hükmünü içermektedir. Kişi özgürlükleri başlığını taşıyan 2’nci maddenin ilk fıkrası ise “Her insan, başkalarının haklarını ihlal etmediği veya anayasal düzene veya ahlak yasalarına aykırı davranmadığı sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir” hükmüne yer vermektedir.

⁹¹⁶ Zafer GÖREN, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 9, Ankara, 1992, ss. 165-184, s. 166.

Günümüzde özellikle Kıta Avrupası ülkelerinin yaklaşımında insan onuru kavramı, devletin yalnızca insanın değerini ihlal eden eylemlerden uzak durma biçiminde negatif yükümlülüğüne değil, aynı zamanda insanın, insan onuruna yaraşır bir yaşam içinde kişiliğini gerçekleştirebilmesi için bir takım ödevleri yerine getirmekle sorumlu tutan pozitif yükümlülükleri bulunduğuna işaret etmektedir. Öğretide kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı veya insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının (1982 AY Başlangıç parag. 6, md. 17) yalnızca kendi yaşamını serbestçe belirleme hakkını değil, aynı zamanda onun içerdiği yetkilerin kullanılmasını da güvence altına alan bir “sübjektif kamu hakkı” olduğu ifade edilmektedir⁹¹⁷.

Anayasanın Başlangıç kısmının altıncı paragrafında yer alan her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu hükmü ile Anayasanın 5’inci maddesinin son cümlesinde yer alan “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmayı*” Devletin temel amaç ve görevleri arasında yer veren hüküm, Devlete yalnızca negatif olarak tecavüzlere karşı koruma yükümü yüklememekte, pozitif olarak kişiye insan onuruna yaraşır bir yaşam için gerekli olanakların sağlanmasını da şart koşturmaktadır. Benzer biçimde Alman Anayasası’nın 1’inci maddesinin ilk fıkrasında “*ona saygılı olmak ve korumak tüm devlet iktidarının görevidir*” cümlesindeki koruma yükümü ile insan onuruna yapılacak saldırılara karşı bir koruma amaçlanmıştır⁹¹⁸.

Bu sonuca aynı zamanda sosyal devlet ilkesinden de ulaşılabilir. Devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin hükmün gerekçesinde “*Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak onun başlıca*

⁹¹⁷ Zafer GÖREN, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 6, Sayı 12, Güz 2007/2, ss.21-37, s. 33.

⁹¹⁸ GÖREN, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, s. 178.

görevleri arasındadır” denilmektedir. Buradan hareketle sosyal devlet ilkesinin de insan onuru ilkesi gibi çocuğun maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli koşulların sağlanmasını garanti eden bir ilke olarak işlev üstlenebileceği değerlendirilebilir.

İnsan onurunun korunması ilkesi aynı zamanda Anayasanın 5’inci maddesinde yer alan devletin, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışması temel amaç ve ödevinin de gayesini ortaya koymaktadır.

1982 Anayasası bağlamında kişiliğini geliştirme hakkının bir diğer anayasal dayanağı, Anayasa’nın 17 ve 20’nci maddelerinde yer verilen özel yaşamın korunması, geliştirilmesi ve saygı gösterilmesini talep hakkına ilişkin düzenlemelerdir.

Özel yaşam kavramı, ilk olarak kişinin kendi bireysel yaşamını başkalarının müdahalesinden uzak olarak serbestçe düzenlemesini ve yaşamasını ifade etmektedir. Bu niteliğiyle özel yaşama saygı hakkı, kişinin özel alanına haksız müdahalede bulunmaması anlamında negatif statü hakkı niteliğine sahiptir. Diğer yandan kişiliğini geliştirme hakkı, yalnızca devletin ya da başkalarının haksız müdahalelerinden korunmayı değil, kendi potansiyelini gerçekleştirebilmesi amacıyla kişinin desteklenmesini ya da gelişimine yönelik engellerin kaldırılmasını talep hakkını da içermektedir. Kişilik, çeşitli unsurlardan oluşmaktadır. Mahkemeler, çocuğun kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi hakkı çerçevesinde bu hakkın öğeleri olarak nitelendirilen değerleri de korumaktadır.

Gelişim hâlindeki kişiler olan ve özlerinde taşıdıkları potansiyellerini gerçekleştirebilmeleri için desteklenmeleri ve olumsuz etkilerden korunmaları gereken çocuklara özgü haklardan biri de “çocuğun gelişimi hakkıdır”. Çocuğa özgü bir hak olarak kabul edilen “çocuğun gelişimi için mümkün olan azami çabanın gösterilmesi hakkı” (ÇHS md. 5, 6), ne 1982 Anayasası’nda ne de AİHS’de açıkça düzenlenmiştir. Çocuğun gelişimi, çocuğun menfaatlerinin öncelikle göz önünde bulundurulduğu ve böylece kişiliğini serbestçe gerçekleştirebileceği bir ortamın ve olanakların kendisine

sağlanmasını ve gelişimine zarar verebilecek olumsuz müdahalelerden korunmasını gerektirmektedir⁹¹⁹. Dolayısıyla bu hak hemen her anayasada yer verilen ve AİHS'nin I No'lu Protokolü'nün 2'nci maddesinde de düzenlenen eğitim hakkını⁹²⁰ aşan boyutlara sahiptir. Çocuğun gelişiminin sürdürülmesi öncelikle kişiliğinin önemli unsurlarının diğer bir ifadeyle, özel yaşam hakkı çerçevesinde yer alan bir takım kişi varlığı değerlerinin korunmasını gerektirmektedir.

AİHM içtihatlarında, “bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi” kavramı, özel yaşama saygı hakkının kapsamında korunmaktadır. Mahkeme, özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceğini kabul etmekte, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle ilişkili kabul ettiği birçok hukuksal çıkarı bu hakkın kapsamında korunmaktadır. Bu bağlamda kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin hukuksal çıkarı da özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınmaktadır⁹²¹. Özel ve aile hayatının korunması, bireyin kendini gerçekleştirmesini ve geliştirmesini, bir başka deyişle aktif bir sübjektif hak anlayışını gerektirir⁹²².

AİHM kararlarından hareketle özel hayat kavramının her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer insanlarla hem de dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten daha geniş bir kavram olduğu sonucuna ulaşılabilir. Mahkeme, özel hayata saygı hakkını, kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğü, etnik kimliği⁹²³, cinsel hayatı ve eğilimleri, kendi kaderini belirleme hakkı ve kişisel

⁹¹⁹ Çocuğun gelişiminin desteklenmesi hakkı aynı zamanda, çocuk haklarının tümünün yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gereken bir ilke niteliğindedir. Bu nedenle çocuk haklarına ilişkin ilkelere ayrılan bölümde etraflıca incelenmektedir.

⁹²⁰ Hüküm hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağını düzenlemektedir.

⁹²¹ *Koch v. Germany*, (Appl. No: 497/09), 19.7.2012, parag. 51; *Halime Sare Aysal Başvurusu* (B. No: 2013/1789), 11/11/2015, parag. 46.

⁹²² Ece GÖZTEPE, “Anayasa Mahkemesi’nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi” **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı 32, 2015, ss. 323-342; s. 338.

⁹²³ Mahkeme 8'inci maddenin yalnızca etnik kimlik hakkını değil, aynı zamanda etnik bir azınlığa mensup kişilerin geleneksel yaşam tarzlarına göre yaşama hakkını da içerdiğini, bir çingenenin karavanını kullanmasının, bir çingene olarak, o azınlığın uzun bir gezici hayat tarzı geleneğini yansıtan etnik

özerklik, soyadı, soy bağı, ana- baba ve çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve sürdürülmesi, sağlıklı bir çevrede yaşama, arama ve el koymadan korunma ve telefon görüşmelerinin gizliliği gibi birçok değişik duruma uygulamaktadır. AİHM çocuklar bakımından ise örneğin ana baba ve yakın akrabalar ile ilişkilerinin korunmasını, soybağı ve kimliklerine ilişkin menfaatlerinin korunmasını özel yaşamın korunması hakkı kapsamında değerlendirmektedir.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde çocuğun gelişimine ilişkin menfaatleri korunmaktadır. Çocuğa ilişkin bu hukuki sorunların karara bağlanması sürecinde, bu menfaatler niteliklerine ve önemlerine bağlı olarak ana babanın ya da kamunun çatışan menfaatleri karşısında öncelikle göz önünde bulundurulmakta ve çatışan diğer menfaatleri etkisiz kılmaktadır. Dolayısıyla çocuğun gelişmekte olan bir kişi olarak, maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkı, menfaatlerinin öncelikle gözetilmesini gerektirmektedir.

AİHM, özel ve aile hayatına saygı hakkından hareketle 8'inci madde çerçevesinde çocuğun kişiliğinin önemli unsurlarına dâhil olan değerlerini korumaktadır. Bu değerlerin ihlali çocuğun gelişimini olumsuz etkileyecek niteliktedir. Nitekim Mahkeme, çocuğun üstün yararına aykırı olarak anne babasından alınmamasını⁹²⁴, ebeveyni ya da diğer aile üyeleri ile kişisel ilişki kurmasını⁹²⁵, çocuğun soy bağıının tesis edilmesini⁹²⁶, evlilik birliği dışında doğan çocuğun haklarını⁹²⁷, yeni doğan bir bebeğin, ebeveyninin izni

kimliğinin ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmiştir. *Ciubotaru v. Moldova*, (Appl. No: 27138/04), 27.4.2010, parag. 59.

⁹²⁴ *R. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10496/83), 8.6.1987, parag. 65; *Eriksson v. Sweden*, (Appl. No: 11373/85); *Johansen v. Norway* (Appl. No: 17383/90), 07/08/1996.

⁹²⁵ *Olsson v. Sweden (No. 1)*, (Appl. No: 10465/83), 24.3.1988, parag. 83; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 67; *Selim Adıyaman Başvurusu*, (B. No: 2013/8846), 9.3.2016, parag. 45.

⁹²⁶ *Mennesson v. France*, (Appl. No: 65192/11), 26.6.2014, parag. 96.

⁹²⁷ Örnek kararlar için bkz: *Marckx v. Belgium*, (Appl. No: 6833/74), 13.6.1979; *Pla and Puncernau v. Andorra*, (Appl. No: 69498/01), 15.12.2004, *Camp and Bourimi v. Netherlands*, (Appl. No: 28369/95), 3.9.2000; *Mazurek v. France*, (Appl. No: 34406/97).

olmadan fotoğraflarının çekilmemesini⁹²⁸, çocuğun üst soyunu bilme hakkını⁹²⁹, engelli bir çocuğa, annesinin isteğine karşı gelerek, hastane personeli tarafından ilaç verilmesinin engellenmesini⁹³⁰, kişinin kökeni ile ilgili bilgiye ulaşmasını⁹³¹ çocukla ebeveyni arasındaki ilişkileri⁹³², koruyucu ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkileri⁹³³, çocuklar ile büyükanne, büyükbaba⁹³⁴, kardeşler⁹³⁵ ve amca, hala⁹³⁶ arasındaki ilişkileri, mutata yerleşim yerinden hukuka aykırı olarak götürülmeme hakkını⁹³⁷, internette pedofil kişilerin hedefi hâline getirilmekten korunmayı⁹³⁸ özel ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde (md. 8) incelemektedir.

Anayasa Mahkemesi de çocuğun üstün menfaatinin sağlıklı bir ortamda gelişmesinin sağlanmasını içerdiğini vurgulamıştır⁹³⁹. Mahkeme, Anayasa'nın 17'nci maddesinin ilk fıkrasında yer verilen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının, AİHM'nin 8'inci maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile kişinin kendisini

⁹²⁸ *Reklos and Davourlis v. Greece*, (Appl. No: 1234/05), 15.1.2009, parag. 38-43.

⁹²⁹ Mahkeme çocuğun üst soyunu bilme hakkının, şahsi kimliğinin önemli bir boyutu olduğunu ve bundan dolayı özel hayat kavramına girdiğini kabul etmiştir. *Anayo v. Germany*, (Appl. No: 20578/07), 21.12.2010, parag. 58, 61.

⁹³⁰ *Glass v. The United Kingdom*, (Appl. No: 61827/00), 9.3.2004, parag. 70-72.

⁹³¹ *Gaskin v. the United Kingdom* davasında Mahkeme kişinin kökeniyle ilgili bilgiye ulaşmasını düzenleyen yol gösterici ilkeyi belirtmiştir: Herkes, bireysel insanlar olarak, kimliklerinin ayrıntılarını saptayabilmelidir. (Appl. No: 10454/83), 07.7.1989, parag. 39.

⁹³² *Berrehab v. the Netherlands*, (Appl. No: 10730/84), 21.7.1988, parag. 21.

⁹³³ *W. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 9749/82), 8.7.1987, parag. 59.

⁹³⁴ *Marckx v. Belgium*, (Appl. No: 6833/74).

⁹³⁵ *Olsson v. Sweden*, (Appl. No: 10465/83), parag. 81; *Boughanemi v. France*, (Appl. No: 22070/93); *Moustaquim v. Belgium*, (Appl. No: 12313/86), 18.2.1991, parag. 41-47; *Mustafa and Armağan Akın v. Turkey*, (Appl. No: 4694/03), parag. 28.

⁹³⁶ *Boyle v. the United Kingdom*, (Appl. No: 16580/90), 9.2.1993, parag. 44-47.

⁹³⁷ *Neulinger and Shuruk v. Sweden*, (Appl. No: 41615/07), 06.07.2010, parag. 139; *Kutzner v. Germany*, (Appl. No: 46544/99), 26.02.2002, parag. 58; *Iglesias Gil ve A. UI. v. Spain*, (Appl. No: 56673/00), 29.4.2003, parag. 56-63; *Sylvester v. Austria*, (Appl. No: 36812/97, 40104/98), 24.4.2003, parag. 67-72; *Carlson v. Sweden*, (Appl. No: 49492/06), 06.02.2009, parag. 70-82; *Serghides v. Poland*, (Appl. No: 31515/04), 2.11.2010, parag. 68-75.

⁹³⁸ *K.U. v. Finland*, (Appl. No 2872/02), 2.12.2008, parag. 40,41.

⁹³⁹ *Angela Jane Kilkenny Başvurusu*, (B. No: 2015/10826), 17/7/2018, parag. 46.

gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini kabul etmektedir. Mahkeme içtihatlarında çocuğun soyadı⁹⁴⁰, soy bağı⁹⁴¹, ebeveyni ile aile yaşamı⁹⁴², yakın akrabaları ile ilişkileri⁹⁴³, ana babasının rızası olmaksızın bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmaması⁹⁴⁴, koruyucu ailesi olan ilişkilerinin haksız yere koparılmaması⁹⁴⁵, çocuğun mutlak ikametene dönüşünün sağlanması⁹⁴⁶, doğal annesi ile aile yaşamının etkin bir biçimde kurulması⁹⁴⁷, Anayasanın 17 ve 20’nci maddelerinde yer alan özel ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde korunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 17’nci maddesinin birinci fıkrasında herkesin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının Sözleşme’nin 8’inci maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini kabul etmektedir⁹⁴⁸. Mahkeme, bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiliğine sıkı

⁹⁴⁰ *Gülbu Özgüler Başvurusu*, Mahkeme’ye göre “bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır”. Cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim hakkı da Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’nın 17’nci maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. *Gülbu Özgüler Başvurusu*, (B. No: 2013/7979), 11.11.2015.

⁹⁴¹ *Mustafa and Armağan Akın v. Turkey*, (Appl. No: 4694/03), parag. 19.

⁹⁴² *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), 2.7.2015, parag. 40; *M.M.E. ve T.E.*, (B. No: 2013/2910), 5/11/2015, parag. 121, *Nurettin Öztalın Başvurusu*, (B. No: 2013/197259, 19.11.2015, parag. 36.

⁹⁴³ *Figen Güneştaş ve Diğerleri*, (B. No: 2014/18376), 26.10.2017, parag. 29; *Sezen Acar Özfidan Başvurusu*, (B. No: 2014/16746), 25/1/2018, parag. 42.

⁹⁴⁴ *Halime Sare Aysal Başvurusu*, (B. No: 2013/1789), parag. 53.

⁹⁴⁵ *İlknur Kızıltoprak Başvurusu*, (B. No: 2015/11579), 18/4/2019.

⁹⁴⁶ *Angela Jane Kilkenney Başvurusu*, (B. No: 2015/10826), parag. 50.

⁹⁴⁷ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 68.

⁹⁴⁸ *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), 25.6.2015, parag. 41; *Gülbu Özgüler Başvurusu*, (B. No: 2013/7979), parag. 37.

surette bağı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğunu, cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim hakkının da Anayasa'nın 17'nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁹⁴⁹.

Aile yaşamına saygı hakkına ilişkin Anayasa'nın 20'nci maddesinin gerekçesinde resmi makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin özel yaşamını ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edilmektedir. Söz konusu düzenleme, AİHS'nin 8'inci maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasadaki karşılığını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 41'inci maddesinin “anayasa hükümlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ilkesi” gereği özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin güvencelerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmektedir⁹⁵⁰.

Çocuklar bakımından ebeveynleri ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı, çocuğun gelişiminin sağlanması bakımından taşıdığı önem nedeniyle, 1982 Anayasası 41'inci maddesinde çocuğa özgü bir hak olarak düzenlenmiştir. Öznesi çocuklar olarak düzenlenen bu anayasal hak, çocuğun aile fertleri ile birlikte yaşama hakkını güvence altına almaktadır. Bu hakkın konusu aile yaşamına saygı yükümlülüğü ile ilişkilidir. ÇHS'nin 8'inci maddesinde çocuğun ailesi olan ilişkileri, kimliğinin esaslı unsurları arasında sayılmış, 9'uncu maddesinde de çocuğun üstün yararı gerektirmedikçe ve yetkili makamlar tarafından alınan ve yargı makamlarının denetiminden geçirilerek hukuka

⁹⁴⁹ AYM, E.2011/34, K.2012/48, k.t. 30.3.2012; AYM, E.2009/85, K.2011/49, k.t.10.3.2011.

⁹⁵⁰ *Gülbu Özgüler Başvurusu*, parag. 39; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 22; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, parag. 36; *Angela Jane Kilkeny Başvurusu*, (B. No: 2015/10826), parag. 67.

uygunluğu tespit edilen bir karara dayanılmadıkça çocukların ana babalarından ayrılmayacağı düzenlenmiştir.

Evlilik içinde doğan çocuklar kendiliğinden ailenin bir parçası sayılır. Çocuğun gelişimini mümkün olan en üst seviyede tamamlayabilmesi için kendi ailesi ile sağlıklı ve güvenli bir ortamda ilişkiler geliştirebilmesi gerekir⁹⁵¹. Çocuğun doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile yaşamı anlamına gelen bir bağ kurulmaktadır. AİHM içtihatlarında çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişkinin aile hayatı kapsamında olabilmesi için ilişkinin biyolojik bir bağa dayanması zorunlu bir şart olmadığı gibi, ulusal hukuk tarafından ebeveynliğin resmi olarak tanınmış olması da aranmamaktadır. Yakın kişisel ilişkilerin varlığı, söz konusu ebeveynin çocuk nezdindeki ebeveynlik rolü ve birlikte geçirdikleri süre gibi bir dizi ölçüt dikkate alınarak bir aile yaşamı olup olmadığı belirlenmektedir⁹⁵².

Anayasa Mahkemesi de, aile yaşamındaki temel ilişkilerden biri olarak ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkiyi kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre evlilik birliği içinde doğan çocuklar kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar ve çocuğun

⁹⁵¹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 9'uncu maddesi, çocuğun, kendi yüksek yararına olduğu durumlar dışında, ana-babasından ayrılmaması ve çocukları ana-babalarından ayırmaya yönelik bütün işlemlerin adil ve usule uygun olması olmak üzere iki temel ilke benimsemiştir. 1982 Anayasası da yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkını tanımıştır (md. 41). Birleşmiş Milletler'in yetkili kurulları "*istismar, ihmal, ana-babanın ayrı yaşaması ve çocuğun nerede yaşayacağına ilişkin bir karar verilmesinin gerekmesi gibi çocuğun ana-babasından ayrılmasının çocuğun yüksek yararına olacağı durumlar dışında, çocuğun ana-babasından ayrılmamasını sağlamak için alınan, yasal ve yargısal içerikte olanlar dâhil bütün önlemler; ayrıca, bu tür kararların hangi yetkililer tarafından alınabildiğini geçerli olan yasa ve usullerle temyiz olanakları gibi konularda*" bilgi vermelerini talep etmektedir. United Nations General Assembly, 64/142. Guidelines for the Alternative Care of Children **A/RES/64/142**, parag. 47.

⁹⁵² *Moretti and Benedetti v. Italy*, (Appl. No: 16318/07), 27.4.2010, parag. 48; *Kopf and Liberda v. Austria*, (Appl. No: 1598/06), 17.04.2012, parag. 37. Mahkeme, biyolojik ebeveyn ile evlilik dışı çocuğu arasında gelişebilecek potansiyel ilişkiyi de korumaktadır. Çocuğun biyolojik ebeveynleri arasındaki ilişkinin niteliği ve biyolojik babanın gerek doğum öncesinde, gerekse de doğumdan sonra çocuğa yönelik ilgisi, bağlılığı gibi ölçütler dikkate alınmaktadır. *Nylund v. Finland*, (Appl. No: 27110/95), 29.6.1999.

doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile yaşamını teşkil eden bir bağ kurulur⁹⁵³.

Hem AİHM⁹⁵⁴ hem de Anayasa Mahkemesi⁹⁵⁵, aile yaşamına saygı hakkının, ebeveyn ve çocukları bir araya getirmeyi de içeren pozitif bir yönünün de bulunduğunu kabul etmektedir. Her iki mahkemeye göre bu alandaki pozitif yükümlülük, kişiler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak amacıyla, hem düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını, hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirir⁹⁵⁶.

Çocuğun aile yaşamına saygı hakkı yalnızca çocukların kamusal makamlarca koruma altına alınmasından kaynaklanan ayrılık durumlarında değil, ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlıklarda da çocuğun bu ilişkilerinin korunmasını gerektirir.

Anayasa Mahkemesi, çocuğun ana babasından biri ile görüşmesinin diğer eşin tutumu tarafından engellenmesi nedeniyle çocuğun ana veya babası ile kişisel ilişki kuramamasını konu alan bireysel başvurularda, anne ve baba arasında ortak yaşamın kurulamaması veya hukuken ya da fiilen sona ermiş olması durumunda aile yaşamının ortadan kalkmadığını, anne, baba ve çocuğun aile yaşamlarına saygı hakkının, belirtilen

⁹⁵³ *Gülbu Özgüler*, (B. No: 2013/7979), parag. 40; *Marcus Frank Cerny*, (B. No: 2013/5126), 2.7.2015, parag. 37; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 23; *N. Ö. Başvurusu*, (B. No: 2014/19725, 19.11.2015, parag. 33.

⁹⁵⁴ *X and Y v. Netherland*, (Appl. No: 8978/80), parag. 23; *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), 23.9.1994, parag. 55; *Berrehab v. the Netherlands*, (Appl. No: 10730/84), parag. 21; *Gluhaković v. Croatia*, (Appl. No: 21188/09), parag. 56-57

⁹⁵⁵ *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 116; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 22; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 36; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 68.

⁹⁵⁶ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 58; *Glaser v. United Kingdom*, (Appl. No: 32346/96), 13/12/2000, parag. 63; *Bajrami v. Albania*, (Appl. No: 35853/04), 12.12.2006, parag. 52; *Phinikaridou v. Cyprus*, (Appl. No: 23890/02), 20.03.2008, parag. 47; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 26; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, parag. 40; *M.M.E. ve T.E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 121, *Nurettin Özaltın Başvurusu*, (B. No: 2013/197259), 19.11.2015, parag. 36.

durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içerdğini kabul etmektedir⁹⁵⁷. Dahası Mahkeme, babanın cezaevinde olması nedeniyle çocuğu ile kişisel ilişki kurması talebinin reddedilmesinin aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan başvuruyu da yine aile yaşamına saygı hakkı kapsamında ele almış, söz konusu hakka getirilen sınırlamanın bireyin menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesini gerektiren kuralın, (demokratik bir toplumda zorunlu olma ölçütü) somut olayda söz konusu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesini gerektirdiğini kabul etmiştir⁹⁵⁸.

Çocuğun kişiliğinin gelişimi için önemli haklardan biri de kendi ebeveyni ile olan soy bağının tesis edilmesidir. Soy bağı, kişinin belli bir aileye aidiyetini de ortaya koyan hukuki bağıdır⁹⁵⁹. Soy bağı, çocuğun korunma, kişisel ilişki kurma, nafaka, miras, yurttaşlık, ad ve yerleşim yeri hakları bakımından belirleyicidir. ÇHS'nin 8'inci maddesi taraf devletlerin “*çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağlarını koruma hakkına yasa dışı müdahalelerde bulunmamakla, çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarından veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması hâlinde, çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunmakla*” yükümlü olduğunu kabul etmiştir.

Anayasa hukukunda aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde korunan menfaatlerden bir diğeri çocuğun soy bağıdır.

⁹⁵⁷ Murat Atılğan Başvurusu, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 25; Marcus Frank Cerny Başvurusu, parag. 39. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Hokkanen v. Finland, (Appl. No: 19823/92), parag. 55; Berrehab v. the Netherlands, (Appl. No: 10730/84), parag. 21; Gluhaković v. Croatia, (Appl. No: 21188/09), parag. 56-57.

⁹⁵⁸ Selim Adıyaman Başvurusu, (B. No: 2013/8846), parag. 61.

⁹⁵⁹ Serkan AYAN, “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt16, Sayı 4, 2012, ss. 19-90, s. 20.

AIHM, kişinin soy bağının kurulmasını isteme ve üst soyunu bilme hakkının şahsi kimliğinin önemli bir boyutu olduğu gerekçesiyle özel hayat kavramına girdiğini kabul etmektedir⁹⁶⁰. Mahkemenin soy bağının kurulmasını konu alan başvurularda çocuğun gerçek baba ile olan soy bağının, hukuki kesinlik ve güven ilkesini tamamen göz ardı etmeksizin, ulusal hukuklarca mümkün olduğunca tesis edilmesinin kolaylaştırılmasını gerektiren bir içtihadi tutum içinde olduğu değerlendirilebilir⁹⁶¹. Bu çerçevede çocuğun soy bağının tespitinde çocuğun menfaatleri ile varsayılan babanın çatışan menfaatleri arasında adil bir dengenin olup olmadığı Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde incelenmektedir. Mahkeme, çocuğun soy bağının belirlenmesine dair menfaatinin, babanın babalık karinesini çürütme hakkını ortadan kaldırmadığını, babalığın iptali davası açılabilmesi için belirli bir süre sınırı öngörülmesinin hukuki kesinlik ve çocuğun kendi kimliğini bilmesi meşru amaçlarını dikkate alarak AIHS'nin 8'inci maddesine uygun olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, evlilik dışı doğan çocuğun, babalığın tespiti için açacağı dava bakımından somut olayın koşulları dikkate alınmaksızın çok katı süre sınırları öngörülmesini AIHS'nin 8'inci maddesine aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir⁹⁶². Görüldüğü gibi çocuğun soy bağının tespit edilmesi menfaati ile baba olduğu iddia edilen kişinin rızası olmaksızın tıbbi müdahaleye maruz bırakılmama menfaatleri arasında çatışma gündeme gelmektedir. Mahkeme kişinin, kimliği hakkında önemli bir gerçeği ortaya çıkarmak için gereken bilgileri edinmesinde Sözleşme ile korunan hayati bir çıkarı bulunduğunu kabul etmektedir⁹⁶³. AIHM, bu iki menfaatin dengelenmesinde, çocuğun üstün yararı ilkesini, babalık davasının taraflarının menfaatleri arasında adil bir denge

⁹⁶⁰ *Mennesson v. France*, (Appl. No: 65192/11), parag. 96; *Anayo v. Germany*, (Appl. No: 20578/07).

⁹⁶¹ *Phinikaridou v. Cyprus*, (Appl. No: 23890/02), parag. 53-54.

⁹⁶² *Phinikaridou v. Cyprus*, parag. 51-54, 65.

⁹⁶³ *Mikulic v. Croatia*, (Appl. No: 53176/99), 04.09.2002. parag. 64; *Canonne c. France*, (Appl. No: 22037/13), 2.6.2015, parag. 25.

kurulmasının bir gereği olarak değerlendirmektedir. Nitekim, aleyhine babalık davası açılan kişinin babalığın tespiti için DNA örneği vermek konusunda işbirliğinde bulunmaması üzerine ilk derece mahkemesinin annenin ifadesi ve baba olduğu ileri sürülen kişinin ısrarla mahkeme önünde hazır bulunmaktan kaçınmasını göz önünde bulundurarak babalığa hükmetmesi sonrasında kararın temyiz mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle önüne gelen uyuşmazlıkta AİHM, davalı tarafı DNA örneği vermeye zorlayan bir yasanın bulunmamasını AİHS'nin 8'inci maddesine aykırı bulmuştur⁹⁶⁴.

Çocuğun özel yaşam hakkı kapsamında korunan bir diğer menfaati, çocuğun soy bağına ilişkin bilgilere erişiminin sağlanması, böylece kimliğinin önemli bir unsuru olan kökeni hakkında bilgi sahibi olmasıdır.

ÇHS 7'nci maddesinde çocuğun “mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme” hakkını düzenlemektedir. Bu hakkın etkin bir biçimde yaşama geçirilebilmesi, ilk olarak çocuğun üst soyuna ilişkin bilgilerin gerçeğe uygun olarak kaydedilmesini gerektirmektedir. ÇHS'nin 8'inci maddesi “çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları”nın korunması ve haksız müdahalede bulunulmaması hakkını” kabul etmiştir.

Çocuğun üst soyunu bilme hakkı da yine özel yaşamına saygı hakkının konusu kapsamında yer almaktadır. Kişinin kökenini bilme hakkını konu alan talepler AİHM önüne getirilmiştir. Mahkeme, kişinin çocukluğu ve erken gelişimine dair gerçekleri bilmesinde hayati bir çıkarı olduğunu kabul etmiştir⁹⁶⁵.

Odièvre davasında doğumdan hemen sonra devletin bakımına bırakılan başvuru, annesinin kimliğinin gizli tutulması talebi nedeniyle öz ailesi hakkında bilgi edinememesi üzerine, annenin kimliğini gizli tutarak doğum yapmasına olanak veren kuralların özel

⁹⁶⁴ *Mikulic v. Croatia*, (Appl. No: 53176/99), parag. 61.

⁹⁶⁵ *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98), 13.02.2003, parag. 40; *Gaskin v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83), parag. 36; *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09), 18.03.2013, parag. 50.

yaşam ve aile yaşamı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Öz kardeşlerinin varlığını öğrenen başvuru, doğumuyla ilgili gizli nitelikteki kayıtların veya doğum belgesinin kopyalarını almak amacıyla başvuruda bulunmuştur. AIHM davayı incelerken öncelikle Sözleşme'nin 8'inci maddesinde geçen "herkes" ifadesinin anne gibi çocuğu da kapsadığını vurgulamış, çocuğun özel hayat kavramından kaynaklanan kendi kökenini bilme hakkının olduğunu, çocuğun kişiliğini geliştirme hakkının Sözleşme'nin genelinde tanınan yaşamsal bir hak olduğunu ifade etmiştir⁹⁶⁶.

Godelli v. Italy davasında ise doğumundan hemen sonra annesi tarafından terkedilen ve devlet korumasına alınarak evlat edindirilen başvuru, annesinin kimliğinin gizli tutulması talebi üzerine kendi kökeni hakkındaki bilgilere erişmesine izin verilmemesi nedeniyle ciddi zarar gördüğünü, üçüncü tarafların menfaatleri korunurken kendi kökenlerinin izini hiçbir şekilde sürmesine izin verilmemesinin 8'inci maddenin ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüştür⁹⁶⁷. AIHM tıpkı *Odièvre* davasında ifade ettiği gibi davayı ele alırken öncelikle Sözleşme'nin 8'inci maddesinde geçen "herkes" ifadesinin anne gibi çocuğu da kapsadığını vurgulamış, çocuğun özel hayat kavramından kaynaklanan kendi kökenini bilme hakkının olduğunu, çocuğun kişiliğini geliştirme hakkının Sözleşmenin genelinde tanınan yaşamsal bir hak olduğunu ifade etmiştir⁹⁶⁸.

Devlet tarafından koruma altına alınan ve devlet bakımı altında bulunan çocukların, bu kurumlarda geçirdikleri süre içerisinde tutulan kişisel bilgilerini içeren kayıtlara erişim hakkının kısıtlanması da özel yaşam hakkı çerçevesinde korunan menfaatlerle ilgili uyumsuzlukları gündeme getirebilmektedir⁹⁶⁹. Nitekim *Gaskin* davasında başvuru, devlet bakımında gördüğü kötü muamele nedeniyle tazminat davası açmak için ihtiyaç

⁹⁶⁶ *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98), parag. 42-43.

⁹⁶⁷ *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09), parag. 35.

⁹⁶⁸ *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09), parag. 47, 50.

⁹⁶⁹ *Gaskin v. The United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83).

duyduğu, devlet bakımı altında geçirdiği süreyi kapsayan olay kayıtlarının kendisine teslim edilmesi konusunda yaptığı başvurunun, bu kayıtların “özel ve gizli” olduğu, dosyasındaki bilgilerin, ancak, o dosyaya katkıda bulunan kişilerin bilgilerin açıklanmasına rıza göstermeleri durumunda kendisine verilebileceğinin beyan edilmesi, bu kişilerin rıza vermeyi kabul etmemeleri sebebiyle belgelerin tesliminin reddedilmesi üzerine AİHM’ne başvurarak özel yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme başvurucunun durumundaki kişilerin, çocukluklarını ve erken gelişimlerini bilmek ve anlamak için gerekli bilgiyi alma hususunda, Sözleşme tarafından korunan hayati bir menfaatleri olduğunu ifade etmiş, diğer yandan bu menfaat ile devlet koruması altındaki çocuklar hakkındaki kayıtları tutan kişilerin kimliklerinin gizliliğinin sağlanmasındaki kamunun objektif ve güvenilir bilgi elde etme menfaati ve üçüncü kişilerin haklarının dengelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. AİHM çatışan bu menfaatlerin dengelenmesinde, devlet koruması altında olan çocuklar hakkında tutulan kayıtlardaki bilgilere erişme talepleri konusunda karar vermekle görevlendirilmiş bağımsız bir birimin kurulmamış olmasını 8’inci maddeden kaynaklanan güvence çerçevesinde gerekli görmüştür⁹⁷⁰.

Çocuğun soy bağının kurulması, yardımcı üreme metotları sonucu dünyaya gelen çocuklar bakımından bir dizi menfaatin birbiri ile dengelenmesi sorununu beraberinde getirmiştir. Taşıyıcı annelik sözleşmesi, sperm bankası, yumurta bankası gibi yardımcı üreme metotları sonucu dünyaya gelen çocukların soy bağlarının kurulmasındaki menfaatleri ile üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatlerinin dengelenmesinde farklı menfaatlere ağırlık verilmekte ve bu konuda Avrupa ülkeleri arasında bir yaklaşım birliği de bulunmamaktadır. Devletlerin tıbbi yardımla dünyaya gelen çocuk ile bu yönteme başvuran ebeveynler arasında soy bağını tanınamaları, aile yaşamına saygı hakkının

⁹⁷⁰ *Gaskin v. The United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83), parag. 49.

ihlali iddialarını gündeme getirmektedir. AİHM, anonim sperm donörlüğü ile dünyaya getirilen çocuğun babası olarak kaydedilme talebinin reddini, bu konuda Avrupa konsensüsü olmadığı için takdir alanının geniş olduğunu kabul ederek 8’inci maddeye aykırı bulmamıştır⁹⁷¹. Benzer biçimde taşıyıcı anneden dünyaya gelen çocuk ile bu yönetime başvuran ebeveynler arasında soy bağının tanınması konusunda henüz bir Avrupa konsensüsü oluşmadığına işaret ederek taraf devletlerin bu alanda geniş bir takdir alanına sahip olduğunu ve 8’inci maddenin bu yönde bir pozitif yükümlülük getirmediğini kabul etmiştir⁹⁷². Ancak, soy bağının bir çocuk bakımından kimliğinin önemli bir parçası olması gerekçesiyle devletin takdir yetkisinin daha dar olduğunu da ifade etmiştir. Mahkeme bu nedenle taşıyıcı annelik yöntemi ile dünyaya gelen çocuklar bakımından özellikle çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiğine ilişkin temel ilkeden hareketle kamunun menfaatleri ile doğrudan ilgili şahısların menfaatleri arasında doğru bir denge kurulup kurulmadığının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, henüz ailenin bir üyesi olarak ortak yaşantının tesis edilmediği çocuklar bakımından aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediğini kabul etmekle birlikte, çocukların bir soy bağının bulunmaması ve bunun ülkeye giriş çıkış, sağlık hizmetlerinden yararlanma, vatandaşlık haklarından yararlanma gibi kişilik haklarını kullanmalarını engellediğini dikkate alarak “özel yaşama saygı hakkı”nın ihlal edildiğini kabul etmiştir⁹⁷³.

Anayasa Mahkemesi, bireyin biyolojik ebeveyni ile soybağı ilişkisi kurabilmesinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir gereği olduğunu belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, bireyin ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların

⁹⁷¹ *X., Y. and Z. v. The United Kingdom*, (Appl. No: 21830/93), 22.4.1997, parag. 44, 52.

⁹⁷² *Mennesson v. France*, (Appl. No: 65192/11), parag. 100; *Labassee c. France*, (Appl. No: 65941/11), 26.6.2014, parag. 79; *Paradiso ve Campanelli v. Italy*, (Appl. No: 25358/12), 24.1.2017, parag. 184.

⁹⁷³ *Mennesson v. France*, (Appl. No: 65192/11), parag. 100; *Labassee c. France*, (Appl. No: 65941/11), parag. 79.

getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakları, maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamındadır⁹⁷⁴.

1982 Anayasası çerçevesinde de çocuğun soyadı, kişiliğinin bir parçası olarak maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan haklarından. Anayasa Mahkemesi, velayet hakkı çerçevesinde çocuğun soyadını belirleme hakkını, aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele almaktadır. Mahkeme, evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadını alacağına ilişkin hükümleri⁹⁷⁵, Anayasa'nın 10 ve 41'inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir⁹⁷⁶. Mahkeme, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunduğunu kabul etmiştir⁹⁷⁷. Anayasa Mahkemesi

⁹⁷⁴ AYM, E.2013/62, K.2013/115, k.t. 10.10.2013; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım*, (B. No: 2014/5974), 26.12.2017, parag. 91.

⁹⁷⁵ Medeni Kanunun 321'inci maddesi; 2525 sayılı Soyadı Kanununun 4'üncü maddesi.

⁹⁷⁶ AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, k.t. 8.12.2011. Mahkeme önüne boşanmadan sonra velayet hakkı kendisine verilen annenin, çocuğunun soyadının kendi bekârlık soyadı ile değiştirilmesi talebiyle yapılan başvuruların velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğunu kabul etmiştir. Bireysel başvurular üzerine verdiği kararlarda ise velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının, başvuruçunun kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebi, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 20'nci maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olarak değerlendirmiştir. *Hayriye Özdemir*, (B. No: 2013/3434), parag. 67-69; *Gülbu Özgüler*, (B. No: 2013/7979), parag. 57-59; *Nurcan Yolcu*, (B. No: 2013/9880), 11.11.2015, parag. 50-52; *Deniz Altınbaş ve Diğerleri*, (B. No: 2014/2033), 26.10.2017, parag. 28. Anayasa Mahkemesi, velayet hakkı kendisine verilen annenin, çocuğunun soyadının kendi bekârlık soyadı ile değiştirilmesi yönündeki taleplerinin derece mahkemeleri önünde kabul edilmemesini şikâyet konusu yaptıkları bireysel başvurulardan ilki olan *Hayriye Özdemir* başvurusunda, evliliğin feshi veya boşanma hâlinde çocuğun soyadının belirlenmesine ilişkin düzenlemenin yer aldığı 2525 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili yargısal süreçten önce yürürlüğe giren 8.12.2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğu için müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 20'nci maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Sonraki başvurularda ise, çocuğun soyadı özelinde cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin söz konusu olduğunu ve bu farklılığı haklı kılacak önemli nedenlerin ortaya konulması gerektiği halde, bu muamele farklılığını haklı gösterecek nitelik ve kapsamda bir gerekçeye derece mahkemeleri tarafından yer verilmediğini gerekçe göstererek Anayasa'nın 20'nci maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10'uncu maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁹⁷⁷ Çocuğun soyadına ilişkin belirlemelerde yalnızca babanın soyadının esas alınmasındaki farklılık karşında, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine nasıl bir olumsuz

Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında yer verilen “maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının”, Sözleşme'nin 8'inci maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini kabul ederek, bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğunu ifade etmiştir.

Cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim hakkı da Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 17'nci maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁷⁸. Bununla birlikte velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının, velayet hakkına sahip annenin kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğunu ve Anayasa'nın 20'nci maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu kabul etmiştir⁹⁷⁹.

AİHM, 8'inci maddede yer alan aile yaşamına saygı çerçevesinde aile yaşamının, yakın akrabalar arasındaki ilişkileri de kapsadığını kabul etmektedir. AİHM'nin çocuklar ile büyükanne/büyükbaba⁹⁸⁰, kardeşler⁹⁸¹, amca, hala ile yeğeni arasındaki ilişkileri⁹⁸²

etkide bulunacağının yargısal makamlarca açıklanmamasını makul bulmamış, haklı nedenlerin bulunup bulunmadığının araştırılmaksızın anneye çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan söz konusu uygulamanın “ölçülü” olmadığını kabul etmiştir. *Nurcan Yolcu Başvurusu*, (B. No: 2013/9880), parag. 49-51.

⁹⁷⁸ AYM, E.2011/34, K.2012/48, k.t. 30.3.2012; AYM, E.2009/85, K. 2011/49, k.t.10.3.2011.

⁹⁷⁹ *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 41, 42,43.

⁹⁸⁰ *Marckx v. Belgium*, (Appl. No: 6833/74).

⁹⁸¹ *Olsson v. Sweden*, (Appl. No: 10465/83), parag. 81; *Boughanemi v. France*, (Appl. No: 22070/93), 24.4.1996, parag. 79; *Moustaquim v. Belgium*, (Appl. No: 12313/86), parag. 36; *Mustafa and Armağan Akın v. Turkey*, (Appl. No: 4694/03), parag. 19.

⁹⁸² *N.Ts. and Others v. Georgia*, (Appl. No: 71776/12), 2.2. 2016, parag. 55; *Boyle v. the United Kingdom*, (Appl. No: 16580/90), parag. 41-47.

özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirdiği ifade edilmişti. AİHM, yakın kişisel ilişkilerin bulunmaması durumunda ana baba dışında kalan diğer kişilerle ilişkileri, AİHS'nin 8'inci maddesi uyarınca aile yaşamına saygı hakkına başvurmaksızın özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir ve çocuğun bu kişiler ile ilişkilerini sürdürüyor olmasının kimliğini tanımlama ya da kişiliğini geliştirme menfaati ile ilişkilendirmektedir⁹⁸³.

AİHM, aile hayatını koruma pozitif yükümlülüğünün boşanma kararı sonucu ayrılmış olan kardeşlerin iletişimini kolaylaştırma görevini de kapsadığını kabul etmektedir. *Mustafa ve Armağan Akın* davasında Mahkeme, kardeşler arasındaki bağı korumanın, ebeveynlerinin takdir ve isteğine bırakılamayacak kadar önemli olduğunu ve devletlerin bu bağı koruma konusunda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu ifade ederek boşanmadan sonra ebeveynleri ile kişisel ilişki kurmalarına ilişkin kararda çocukların birbirleri ile bir araya gelmelerini temin edecek uygun çözümlerin aranmamasını aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir⁹⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi, hala ve amcalar tarafından yapılan çocuklarla kişisel ilişki kurulmasını konu alan başvuruda “aile içinde önemli rolü bulanabilecek büyükanne-büyükbaba gibi yakın akrabalar ve diğer akrabalar ile ilişkilerin “aile hayatı” kapsamında korunabilmesinin, bu kişilerle çocuk arasında yakın kişisel bağların fiilen mevcut olması ve ilişki kurulmasının çocuğun üstün menfaati bakımından önemli olması durumunda mümkün olduğunu kabul etmiştir⁹⁸⁵. Görüldüğü gibi çocuğun kişiliğinin gelişimi bakımından ana babası ile olduğu kadar yakın akrabaları ile ilişkilerinin sağlanması da çocuğun özel yaşamını koruma hakkı çerçevesinde korunan bir menfaattir.

⁹⁸³ *Znamenskaya v. Russia*, (Appl. No: 77785/01), 12/10/2005, parag. 27.

⁹⁸⁴ *Mustafa and Armağan Akın v. Turkey*, (Appl. No: 4694/03), parag. 24.

⁹⁸⁵ *Figen Güneştaş ve Diğerleri*, (B. No: 2014/18376), parag. 30.

Çocuğun aile konutundan yararlanma hakkı da, kişiliğini geliştirme hakkı kapsamında korunan menfaatlerle ilişkilidir. Anayasa Mahkemesi önüne “aile konutu” olarak özümlenen gayrimenkule yönelik talepler, bireysel başvuru yoluyla getirilmiştir⁹⁸⁶. “Aile konutu”, Türk mevzuatında düzenlenmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “aile konutu” başlıklı 194’üncü maddesine göre, eşlerden biri, “diğer eşin açık rızası olmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ya da aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz”. Görüldüğü gibi, konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve çocukların barınmaları ve aile yaşamını ortak çatı altında bir arada sürdürülebilmeleri menfaatlerinin korunması bakımından “hukuken etkin bir güvenceye” kavuşturulmuştur. Hükmün gerekçesinde aile konutu, “*kişilerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan*” olarak nitelenmiştir. Mahkeme, aile konutunun, “çocukların geleceği için güvence” niteliğini özel olarak ifade etmiştir⁹⁸⁷. Dolayısıyla çatışan menfaatlerin dengelenmesinde somut olayın koşulları çerçevesinde çocuğun aile konutundan yararlanmamasının özel yaşam hakkı kapsamında korunan kişiliğini geliştirme hakkına olan olası olumsuz etkilerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Örneğin aile konutunun satılmasının çocuğun barınma hakkını orantısız biçimde yok edeceğinin değerlendirildiği durumlarda, üçüncü kişilerin menfaatleri ile aile konutunun maliki olmayan eşin ve çocukların menfaatlerine ağırlık verilmesi beklenebilecektir.

Kişiliğin geliştirilmesi amacıyla desteklenmeyi talep hakkının çocuklar bakımından özel bir görünümü, eğitim hakkıdır. Pek çok devletin anayasal düzeyde tanıdığı zorunlu ve ücretsiz eğitim hakkı, 1982 Anayasası’nın 42’nci maddesinde kimsenin eğitim ve

⁹⁸⁶ Melahat Karkin Başvurusu, (B. No: 2014/17751), 13.10.2016, parag. 52.

⁹⁸⁷ Melahat Karkin Başvurusu, (B. No: 2014/17751), parag. 52.

öğretim hakkından yoksun bırakılamayacağı biçiminde düzenlenmiştir. AİHS'nin ek 1 No.lu Protokol'ün 2'nci maddesi de hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağını kabul etmiştir.

AİHM, demokratik bir toplumda, eğitim hakkının insan haklarının gerçekleşmesinde vazgeçilmez niteliğini vurgulamış ve eğitimin çağdaş bir devlette en önemli kamu hizmetlerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Pek çok unsurun elverişli olarak bir araya getirilmesi ile gerçekleştirilebilecek eğitim hakkı, devletin kaynaklarının tahsisini gerektirmektedir. Devletlerin tahsis edebileceği kaynakların sınırlı olmasını göz önünde bulunduran Mahkeme, devletin eğitim hakkının kuruluş ve ilkelerini belirlemek konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu ancak var olan eğitim kurumlarına herkesin erişimini sağlamakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir⁹⁸⁸.

Mahkemeye göre Sözleşme çerçevesinde eğitim hakkı, taraf devletlere özel eğitim kurumlarını kurmayı veya söz konusu kurumlara maddi destek sağlamayı zorunlu tutmamakla birlikte, bu türden kurumlar kuran bir Devlet, söz konusu kurumlara etkin bir şekilde girmeyi sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla, belirli bir dönemde var olan eğitim kurumlarına girilmesi, 1 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesinin birinci cümlesinde yer verilen hakkın bir parçasını oluşturmaktadır⁹⁸⁹. Mahkeme, eğitim hakkının herkes tarafından erişilebilir olmasını ve ayırım gözetmeksizin sunulmasını zorunlu görmektedir.⁹⁹⁰

Anayasanın eğitim hakkına ilişkin 42'nci maddesinin gerekçesinde, öğrenim hakkının genel ve sosyal bir hak olarak nitelendirildiği, bu hakkın temel gerçekleşme

⁹⁸⁸ *Velyo Velev v. Bulgaria*, (Appl. No. 16032/07), 27.5.2014, parag. 33.

⁹⁸⁹ *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia*, (Appl. No: 43370/04, 8252/05, 18454/06), 19.10.2012, parag. 137; *Leyla Şahin v. Turkey*, (Appl. No. 44774/98), parag. 134-136.,

⁹⁹⁰ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), 23.05.2016. parag. 64; *Şanlısoy c. Turquie*, (Appl. No: 77023/12), 8.11.2016, parag. 62, 63, *Velev v. Bulgaria*, (Appl. No: 16032/07), parag. 33, *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium*, (Appl. No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 23.7.1968, parag. 4.

yerinin ilköğretim olduğu, bu nedenle zorunlu kılındığı ve parasız eğitim ilkesinin kabul edildiği, kız ve erkek vatandaşlar arasında fark gözetilmemesi gereğine özellikle işaret edildiği, öğrenim ve öğretimin, fert bakımından hak olarak tanınırken devlet bakımından başta gelen ödevlerden sayıldığı, ilköğretim zorunluluğunun temel hedeflerinden birinin, şahsın manevi ve ekonomik kişiliğini elverişli koşullarla geliştirmesine yardım etmek olduğu, ilköğretimin zorunluluğunu, küçüklerin okula devamlarının sağlanmasını ve bu amaçla küçüklerin yasal temsilcilerinin zorlanabilmesini de ifade ettiği, devletin, ilköğretim zorunluluğunun hangi yaştan hangi yaşa kadar devam edeceğini saptayabileceği ifade edilmiştir⁹⁹¹.

AİHM, eğitim hakkının engeli olan, kırsal kesimde yaşayan ya da geleneksel kabuller nedeniyle eğitime erişimleri engellenen kız çocuklarının eğitim hakkına erişimlerinin sağlanması bakımından “tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını” sağlamak üzere beklemekte haklı oldukları -“belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük yüklemeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler” olarak ifade edilen- makul düzenlemeler yapılmasını içerdiğini kabul etmektedir.⁹⁹².

AİHM, eğitim hizmetlerinin çocuğun kişisel gelişimini desteklemek bakımından yeterli olmasını gerekli görmektedir. *D.H. and Others v. the Czech Republic* davasında, Roman çocukların zorunlu olarak yönlendirildikleri okulların, çocukların azınlık olarak yaşadıkları bir toplum içinde gerçek sorunlarını çözmelerine veya sıradan okullara entegre olmalarına ve çoğunluk nüfusu içinde yaşamı kolaylaştıracak becerileri geliştirmelerine yardımcı olmak yerine, zorluklarını belirginleştiren ve sonraki kişisel gelişimlerini tehlikeye atan bir nitelikte olduğunu, bu okullardan gelen öğrenciler için iş

⁹⁹¹ *Çam v. Turkey*, (B. No: 51500/08), parag. 64.

⁹⁹² *Çam v. Turkey*, (B. No: 51500/08), parag. 64; *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia*, (Appl. No: 43370/04, 8252/05, 18454/06), parag. 136.

fırsatlarının daha sınırlı olduğunu göz önünde bulundurarak Sözleşme'nin 14'üncü maddesi ile birlikte, 1 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁹⁹³. Dolayısıyla, çocuğa sunulan eğitim, çocuğun yeteneklerini geliştirmesine ve yetişkinliğe daha donanımlı bir birey olarak hazırlanmasına katkı sağlamalıdır.

Anayasa Mahkemesi de eğitim hakkının ilk, orta ve yükseköğrenim seviyelerini kapsadığını⁹⁹⁴, belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına etkili bir biçimde erişimin sağlanmasını güvence altına aldığını⁹⁹⁵ ve devlete bireyin eğitim ve öğrenim almasını engellememe şeklinde bir negatif ödev yüklediğini⁹⁹⁶ ifade etmiştir.

Mahkemeye göre, eğitim hakkının sunulması ve eğitimin içeriğinin belirlenmesi, dezavantajlı çocukların eğitim hakkından yararlanmaları bakımından uygulanması gereken yöntemleri belirlemek devletlerin takdirindedir. Daha önce de ifade edildiği üzere AİHS çerçevesinde, var olan eğitim kurumlarına erişimin engellenmemesi ya da erişimi mümkün kılmak üzere gerekli tedbirlerin alınmaması korunmaktadır. Bunun sonucu olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi'ne eğitim hakkı çerçevesinde taşınabilecek uyuşmazlıklar ancak “belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına etkili bir biçimde erişimin sağlanmasının” engellenmemesi ile sınırlıdır. Bunun dışında ÇHS'nin 29'uncu maddesinde düzenlenen eğitim hakkının, “*çocuğun kişiliğinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi*” kapsamında kalan taleplerin, ekonomik, sosyal hak niteliğinde olduğu ve bu çalışmada çocuk haklarının niteliği başlığı

⁹⁹³ *D.H. and Others v. the Czech Republic*, (Appl. No: 57325/00), parag. 207.

⁹⁹⁴ *Hikmet Balabanoglu Başvurusu*, (B. No: 2012/1334), 17.9.2013, parag. 28; *İhsan Asutay Başvurusu*, (B. No: 2012/606), 20.2.2014, parag. 34).

⁹⁹⁵ *Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2013/583), 10.12.2014, parag. 68; *U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu* (B. No: 2014/19352).

⁹⁹⁶ *Adem Ögüt ve Diğerleri*, (B. No: 2014/20527, 22.11.2017, parag. 44; *Yüksel Baran Başvurusu*, (B. No: 2012/782), 26.6.2014, parag. 36.

ile güvence sistemine ilişkin başlık çerçevesinde incelenecek olan farklı bir anayasal koruma rejimine tabi olduğu ifade edilmelidir.

ÇHS çerçevesinde ise “eğitim hakkı” ile “*her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine sahip olma*” hakkı (ÇHS md. 27), çocuğun gelişiminin mümkün olan en üst noktaya erişmesi ihtiyacını karşılamaya yönelmiş haklardır. ÇHS, çocuğun güçsüzlüğünden hareketle çocuğun tehlikeli ve ekonomik sömürü niteliğindeki işlerde çalıştırılmasını yasaklarken çocuğun çalıştırılmayacağı işleri “*eğitimine zarar veren ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte işler*” olarak belirlemiştir. Görüldüğü üzere ilk bakışta çocuğun korunmasını amaçlayan ve çocuğun güçsüzlükle özdeşleşen doğasına dayandırılacak haklar dahi, onun gelişimini güvence altına alma amacını da barındırmaktadır. Sözleşme’nin yaklaşımında çocuğun korunmasını amaçlayan hakların yöneldiği değer, dolaylı olarak çocuğun gelişiminin sağlanmasıdır. Sağlıklı beslenme, sağlıklı bir çevrede yaşama, kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakları da çocuğun maddi ve moral gelişimini sağlamayı amaçlayan haklar arasındadır. Öğretide, Sözleşme’nin dayandığı temel ilkenin “gelişme hakkı” olduğu ifade edilmektedir⁹⁹⁷.

ÇHS’de ise eğitim hakkı çocuğun mümkün olan en ideal gelişimini gerçekleştirmeyi amaçlayan bir hak olarak tanımlanmaktadır. ÇHS’nin eğitim hakkına ilişkin 28’inci maddesinin, devletlere “*eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için elde edilir hale getirme*” yükümü getirmesi, 29’uncu maddesinde düzenlenen “*Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi*” hakkı, “*çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun,*

⁹⁹⁷ AKILLIOĞLU, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, s. 4.

tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması” hakları hep çocuğun yetişkinliğe tam donanımlı olarak hazırlanması, sahip olan potansiyelini tam olarak gerçekleştirmesine imkân veren olanakların kendisine sunulması ihtiyacı nedeniyle tanınan haklardır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de *Ginsberg v. New York* kararında, çocuklara pornografik materyallere satışını yasaklayan eyalet yasasının Anayasaya aykırı olmadığına dair kararında, çocukların çocukluk döneminde zararlı yayınlardan korunması ihtiyaçlarına dayanmıştır⁹⁹⁸.

AIHS çerçevesinde kural olarak ana babanın kendi dini ve felsefi inançlarına göre çocuklarını yetiştirme haklarına saygı biçiminde negatif yükümü gerektiren bu hak, Mahkeme tarafından eğitimin verilme usulü bakımından çocukların maddi ve manevi bütünlüklerinin korunmasını da kapsayacak biçimde yorumlanmıştır. Nitekim Mahkeme, okulda disiplin amacıyla çocuklarına bedensel ceza uygulanmasını kabul etmeyen ebeveynin, çocuklarını bu cezaya muhatap olmadan eğitim almasını sağlayabilecekleri bir okul bulunmamasını, Sözleşmenin ihlali olarak kabul etmiştir⁹⁹⁹.

Yetişkinliğin ulaşılabilecek en son nokta, en üst hedef olduğu ve bireyin gelişiminin bu son noktaya, yetişkinliğe ulaşarak noktalanaacağı anlayışının terk edilerek, insanın gelişim ve olgunlaşma yolundaki serüveninin süreklilik göstermesi gereken bir çaba olduğu yönündeki psiko-sosyal yaklaşım, çocukluğun da başlı başına bir değer olarak kabul görmesini beraberinde getirmiştir¹⁰⁰⁰. Fiziksel ve moral açıdan güzel geçirilen bir çocukluk döneminin, insan yaşamının geri kalan bölümünün niteliğini belirlediğinin çocuk ve çocukluğu konu alan davranışsal bilimlerin verileri ile ortaya konması da,

⁹⁹⁸ *Ginsberg*, 390 U.S. 629, 642 n.10 1968, Willard M. GAYLIN, “The Prickly Problems of Pornography”, **Yale Law Journal**, Vol. 77, 1968, ss. 579-597, s. 592-593.

⁹⁹⁹ *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, (Appl. No: 7511/76; 7743/76), 25.2.1982, parag. 37, 38.

¹⁰⁰⁰ ARCHARD, **Children, Rights and Childhood**, s. 44.

çocuğun esenlik ve saadetini sağlamayı amaçlayan hakların tanınmasını gündeme getirmiştir¹⁰⁰¹.

ÇHS’de yer alan çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için “mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliği” (Başlangıç kısmı), devletlerin çocuk kitaplarının üretimini ve yayılmasını teşvik etme yükümü (17-2/c), çocuğun dinlenme, boş zamanı değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence (etkinliklerinde) bulunma hakkı (md 31-1), çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkı (md. 32-1), esenliğine herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı korunma hakkı (md. 36), gelişiminin korunmasının güvence altına alınması amacıyla tanınan haklardır. Bu haklar çocuğun maddi ve manevi gelişiminin mümkün olduğunca desteklenmesi konusundaki menfaati göz önünde bulundurulmasını gerektirmekte ve anayasada herkese tanınan hakların, çocuklara uygulanırken dikkate alınması gereken ilkelere de ışık tutmaktadır.

Çocuğun kişiliğini geliştirme hakkı, buraya kadar incelenen menfaatleri yanında, gelişimini kendi potansiyelini mümkün olduğunca gerçekleştirmesine olanak verecek bir çevrede yaşama hakkı, gelişimini en ideal ölçüde tamamlamasına olanak verecek eğitim olanaklarından yararlanma hakkı gibi haklarına da saygı gösterilmesini gerektirir. Çocuğun gelişimi için ideal bir ortam sağlanmasını konu alan bu nitelikli edimlerin, medeni kişisel hakların korumasını aşan genellikle ekonomik, sosyal, kültürel hak, çocuğun ideal gelişimine imkân verecek bir kent ortamında yaşama gibi yer yer üçüncü kuşak haklara ilişkin unsurlar taşıdığı değerlendirilebilir. Nitekim, çocuğun gelişimini

¹⁰⁰¹ Söz konusu yaklaşım öğretideki en önemli temsilcileri Woodhouse, Buss ve Dailey’dir. Özellikle bkz: DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”; BUSS, “Constitutional Fidelity Through Children’s Rights”.

kişisel potansiyelini mümkün olan en üst seviyede gerçekleştirmesi amacıyla desteklenmesi menfaatinin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunması mümkün olmamakla birlikte, gelişimini mümkün olan en ideal seviyeye eriştirmesini desteklemeyi amaçlayan menfaatlerinin, sosyal hukuk devleti niteliğinden hareketle (AY md 5) ve başta sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı (AY md. 56) olmak üzere diğer sosyal nitelikli haklara dayanılarak korunması mümkündür.

ÇHS'nin 6'ncı maddesi, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabanın gösterilmesi hakkını, 24'üncü maddesi, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanımaktadır. 1982 Anayasası da 56'ncı maddesinde herkese "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını" tanımakta, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin ve herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamanın Devletin görevi olduğunu düzenlemektedir. 59'uncu maddesinde ise Devletin her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri almakla ve sporun kitlelere yayılmasını teşvik etmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu hükümler çocuğun gelişimini destekleyecek mümkün olan en iyi çevre ve sağlık koşullarında olmasının sağlanması konusunda devletin yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Bu hükümlerin kapsamında kalan menfaatlerin gereklerinin yerine getirilmesi Anayasa'nın ekonomik, sosyal kültürel haklara ilişkin rejimine tabidir. Dolayısıyla bu nitelikteki taleplerin bireysel başvuru yolu çerçevesinde korunamayacağı değerlendirilebilir.

Bu haklara yönelik tehditlerin ağırlığının, Anayasanın 17 ya da 20'nci maddelerinde düzenlenen çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü, özel ve aile yaşamı

hakkı çerçevesinde korunan menfaatlerini ihlal edecek ciddilik ve ağırlığa erişmediğinin değerlendirildiği durumlarda Anayasa'nın 148'inci maddesinde öngörülen kısıt nedeniyle bireysel başvuru usulü çerçevesinde korunması mümkün değildir. Ancak çocuğun kişiliğini mümkün olan en ideal ölçüde geliştirmesi hakkı Anayasanın 17 ve 20'nci maddeleri ve AİHS'nin 2, 3, ve 8'inci maddelerine çerçevesinde korunamayacaksa da, Anayasanın sosyal hukuk devleti olduğunu kabul eden hükümleri ile ekonomik ve sosyal haklar bölümünde yer alan hükümlere dayanılarak bir koruma arayışına gidilmesi ve anayasada düzenlenen diğer anayasal başvuru yolu olan norm denetimi usulü çerçevesinde korunmasının mümkün olduğu değerlendirilebilir. Dolayısıyla çocuğun maddi ve manevi varlığının gelişimini Anayasa'nın 17'nci maddesinin ilk fıkrası çerçevesinde korunabilmesi için gereken şiddet eşiğini aşmayacak ölçüde etkileyen çevre kirliliği ya da olumsuz sağlık koşulları, kent koşulları, beslenme ve barınma yetersizlikleri, eğitim olanaklarının yetersizliğinden kaynaklanan ihlaller ancak anayasa yargısında norm denetimi usulü çerçevesinde Anayasanın ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kısmında yer alan güvencelere dayanarak korunabilir¹⁰⁰².

Çocuğun incinebilir kırılgan doğası nedeniyle tanınan haklar arasında belli bir ağırlığa ulaşan çevresel kirliliğe karşı Anayasa'nın 17'nci maddesi çerçevesinde maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile AİHS'de yer alan özel yaşama saygı hakkı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı çerçevesinde korunması hakkının kabul edildiği bir önceki başlık çerçevesinde ifade edilmişti. Ancak çocuğun gelişimini olumsuz etkileyen çevrenin bozulmasının meydana gelmemesi talebi Anayasanın 59'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek” kapsamında yer alan edimleri gerektirmektedir. “Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı”ndan farklı olarak, çevresel bozulmanın meydana gelmemesini

¹⁰⁰² Bu korumaya ilişkin usul, bu çalışma çerçevesinde “Çocuk Haklarının Genel Koruma Rejimi” başlığı altında ele alınacaktır.

talep hakkı, AİHS kapsamında güvence altına alınan hak ve özgürlüklere dâhil değildir. *Kyrtatos* davasında Mahkeme, ne 8'inci maddenin ne de Sözleşme'nin diğer bir maddesinin doğanın genel olarak korunmasını sağlamak bakımından bir güvence sağlamadığını ifade etmiştir¹⁰⁰³. Bu nedenle çocuğun gelişimini destekleyecek mümkün olan en iyi sağlık, çevre koşullarına erişme hakkının, Anayasanın 56'ncı maddesinde düzenlenen sosyal hak niteliğinde bir hak olarak Anayasa'nın 65'inci maddesinde yer alan sınırlama çerçevesinde korunduğu, bu niteliğiyle bireysel başvurulara da konu edilemeyeceği, ancak norm denetimi davalarında ileri sürülebileceği ifade edilebilir.

3. Çocuğun Özerk Kişi Olarak Konumunun Güçlendirilmesi

Hukuk önünde yaş küçüklüğü tarih boyunca, belli hakları kullanamamak anlamına gelmiştir. Çocuklar bir yetişkinin sahip olduğu kabul edilen yetkinlik düzeyine sahip olmadıkları gerekçesiyle oy kullanma, görüşlerini açıklama, kendi özel yaşamlarını yönlendirme, ikametgâhını belirleme, seyahat etme, çalışma hakkı gibi hakların alanından dışlanmışlardır. Bu yaklaşım anayasa hukukunda da kabul edilmiş bir yaklaşımdır. Nitekim pek çok anayasa çocukları toplumun eşit önemde aktif üyeleri olarak kabul etmeyi reddederek korunma ve gelişiminin desteklenmesi haklarını tanımayı yeğlemiştir. Pek çok anayasa çocukları politik karar alma süreçlerinin dışında tutmaktadır. Bu yaklaşımın bir gereği olarak, çocukların siyasal karar alma ve demokratik hükümetin serbest işleyişine katkı sunması gereken siyasi partilere üye olma hakları kısıtlanmıştır. Nitekim 1982 Anayasası'nın 68'inci maddesinin ilk fıkrası, "*parti üyesi olabilmek için onsekiz yaşını doldurmuş olmak gerekir*" hükmüyle çocukların siyasal parti üyelik haklarını tanımamış, bu konuda yasama organının hak tanıma yetkisini de ortadan kaldırmıştır. "*Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları*" başlıklı 67'nci

¹⁰⁰³ *Kyrtatos v. Greece*, (Appl. No: 41666/98), 22.08.2003, parag. 52. Benzer nitelikli kararlar için bkz: *Fadeyeva v. Russia*, (Appl. No: 55723/00), 30.11.2005, parag. 68; *Hatton and others v. United Kingdom*, (Appl. No: 36022/97), parag. 96.

maddesi, üçüncü fıkrasında yer alan “*Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptir*” hükmüyle ise, on sekiz yaşından küçükleri oy kullanma hakkından dışlamıştır. Benzer düzenleme, Arnavutluk Anayasası’nın 45, Alman Anayasası’nın 38, Angola Anayasası’nın 54, Ermenistan Anayasası’nın 48, Bangladeş Anayasası’nın 122, Belarus Anayasası’nın 64, Belçika Anayasası’nın 61, Bulgaristan Anayasası’nın 42’nci maddesinde de yer almaktadır ve bu örnekleri çoğaltmak mümkündür¹⁰⁰⁴. Andora Anayasası’nın 24, Macaristan Anayasası’nın 23, İtalya Anayasası’nın 48, Moritanya Anayasası’nın 3, Sırbistan Anayasası’nın 52’nci maddesi ise oy kullanmak için rüşt yaşına erişmiş olma ya da yetişkin olma şartını aramaktadır. Bu ülkelerde çocukların seçme hakkı doğrudan anayasa ile kısıtlanmamakla birlikte, rüşt yaşının tespiti konusunda yasama organı yetkili kılınmıştır. Fransa Anayasası’nın 3’üncü maddesi, “*Ergenliğe ulaşmış ve medeni ve siyasi haklarına sahip olan tüm Fransız vatandaşları kanun tarafından öngörüldüğü gibi oy kullanabilir*” demektedir. Yunanistan Anayasası 29’uncu maddesi ilk fıkrasında “*Oy kullanma hakkına sahip olan Yunan vatandaşları, örgütlenmesi ve faaliyeti demokratik hükümetin serbest işleyişine hizmet etmesi gereken siyasi partilere özgürce katılabilir. Henüz oy hakkı kazanmamış olan vatandaşlar, partilerin gençlik bölümlerine katılabilirler*” hükmüyle rüşt yaşından önce, gençlerin siyasi partilerin gençlik örgütünde siyasal faaliyetlere katılma hakkını tanımıştır. Anayasal eğilim bu yönde olmakla birlikte günümüzde gençlerin gelişim seviyelerine uygun olarak siyasal katılım haklarının ve hatta oy

¹⁰⁰⁴ Oy kullanabilmek için 18 yaşın tamamlanması şartına yer veren anayasalar için örnek olarak bkz: Burundi AY md. 8, Çin AY md. 34, Kongo Demokratik Cumhuriyeti AY md. 5, Kongo Cumhuriyeti AY md. 6, Kosta Rika AY md. 90, Gürcistan AY md. 45, Çekya AY md. 18, 56, Finlandiya AY md. 14, İrlanda AY md. 12, Litvanya AY md. 34, Lüksemburg AY md. 52, Makedonya AY md. 22, Malta AY md. 57, Meksika AY md. 34, Moldova AY md. 38, Hollanda AY md. 54, Yeni Zelanda AY md. 12, Norveç AY md. 50, Polonya AY md. 62, Portekiz AY md. 49, Romanya AY md. 36, Rusya AY md. 60, Slovenya AY md. 43, Güney Afrika Cumhuriyeti AY md. 43, İsveç AY md. 4, İsviçre AY md. 36, Avusturya Anayasası’nın 23A ve 26’ncı maddeleri gerek Avrupa Parlamentosu gerek ulusal parlamento seçimlerinde oy kullanma yaşını 16 olarak belirlemiştir. Küba Anayasası’nın 132’nci maddesinde oy kullanma yaşı 16 olarak belirlenmiştir. Brezilya Anayasası’nın 14’üncü maddesi, oy kullanma yaşını 17 olarak belirlemiştir.

kullanma haklarının tanınması talepleri öne çıkmaktadır. Örneğin yaşları 18 ve 27 arasında değişen bir grup genç tarafından kurulan ve Almanya da faaliyet gösteren “The Foundation for the Rights of Future Generations” adlı sivil toplum örgütü, bağımsız olarak gerçekleştirebilme yetkinliğine eriştikleri andan itibaren gençlerin oy kullanma haklarının tanınmasını savunmaktadır¹⁰⁰⁵.

Çocukların yerleştirildikleri ikincil statünün bir sonucu olarak yalnızca toplumsal düzeydeki konularda değil kendileriyle ilgili konularda da görüşlerini ifade etme hakları geleneksel olarak kısıtlanmıştır. Ancak günümüzde bu eğilimin değişmekte olduğunu ifade etmek de mümkündür. Çocuk haklarına ilişkin konularda yakın tarihlerde değiştirilen bir dizi anayasa, kendi hukukuna ilişkin konularda çocuğun görüşünü açıklama hakkını, çocuğa özgü bir hak olarak tanımaktadır. Nitekim Ermenistan Anayasası’nın 37’nci maddesi, *“Yaşı ve olgunluğu göz önünde bulundurularak kendisi ile ilgili konularda görüşünü özgürce ifade etme hakkı”*nı tanımaktadır. Aynı yönde Belçika Anayasası’nın 2014 yılında değiştirilen 22’nci maddesi de çocuğun *“kendisini etkileyen tüm konularda yaşına ve olgunluk seviyesine uygun olarak gerekli önem verilerek görüşlerini ifade etme hakkını”* tanımaktadır. Benzer içerikli hükme Mozambik Anayasası’nın 47’nci maddesinde ve İrlanda Anayasası’nın 42A maddesinde de yer verilmiştir. Kolombiya Anayasası’nın 44’üncü maddesi ise, çocuğun kendisine ilişkin konularda olmak kaydına yer vermeksizin *“görüşünü serbestçe açıklama hakkını”* tanımaktadır. Ekvador Anayasası’nın 39’uncu maddesi ise *“Devlet, gençleri ülkenin gelişmesinde stratejik aktörler olarak tanır”* buyruğuyla, “gençlerin” toplum içindeki stratejik önemini vurguladıktan sonra düşünce açıklama ve dernek özgürlüklerine sahip olduklarını kabul etmektedir. 45’inci maddesinde ise çocuklar bakımından *“Devlet, ifade*

¹⁰⁰⁵ <https://www.intergenerationaljustice.org/topics/voting-age/> Erişim tarihi: 4.7.2019.

ve dernek kurma özgürlüğünü, öğrenci konseylerinin serbest faaliyetlerini ve öğrenci derneklerini garanti eder” hükmüne yer vermektedir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 17’nci maddesinin birinci fıkrasında yer verilen “maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının”, Sözleşme’nin 8’inci maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini ifade etmektedir¹⁰⁰⁶. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuruna karşılık gelen, vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı kişilik haklarının (1982 AY md. 12) içerdiği hususlar, herkes gibi çocuğun da maddi ve manevi varlığına ilişkindir. Buradan hareketle çocuğun, diğer hakları ve menfaatlerinin gerekleri ile dengelenmek kaydıyla, yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak kendine ilişkin kararların alınmasına katılım ve yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak görüşlerine önem atfedilmesi hakkında yararlanabileceği ifade edilebilir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12’nci maddesi, çocuğun görüşüne kendisini etkileyen her konuda, yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken önemin verilmesi hakkını tanımaktadır. Bu hak çocuğun görüşlerini dinleme ve bu görüşlere gerekli ağırlığı vererek göz önünde bulundurulmasını sağlama hususunda açık bir hukuki yükümlülük getirir. Bu yükümlülük, kendisini etkileyen tüm hususlarda çocuğun görüşlerini talep etmek ve bu görüşleri değerlendirip gerekli ağırlığı vermek için gerekli mekanizmaları yaşama geçirmek biçiminde iki kademeli bir olumlu edim ile gerçekleştirilebilir¹⁰⁰⁷. Herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu düzenleyen Anayasası’nın 12’nci, herkesin “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına” sahip olduğunu düzenleyen 17’nci ve herkesin “özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına” sahip

¹⁰⁰⁶ Hayriye Özdemir Başvurusu, (B. No: 2013/3434), parag. 41-43.

¹⁰⁰⁷ CRC/GC/12), parag. 19.

olduğunu düzenleyen hükümleri gereğince herkes gibi çocukların da yaş ve gelişim seviyeleri göz önünde bulundurulmak kaydıyla kişilik hakları ile ilgili konularda karar verme haklarının tanınmasını gerektirir.

Türk anayasa hukuku bakımından “herkes” gibi “kişi” olan çocukların görüşlerini açıklama hakkı, herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğunu düzenleyen Anayasa’nın 26’ncı maddesinde tanınan güvence çerçevesinde korunur. Bu hak aynı zamanda AİHS’nin 10’uncu maddesinde herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu ve bu hakkın “*kanaat özgürlüğünü, haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü*” kapsadığını ifade eden hükmün koruma alanı ile ilişkilidir.

AİHS’de öncelikli olarak devletin müdahalede bulunmamakla yükümlü olduğu düşüncelerini açıklama, inanç ve kanaat özgürlüğü ile toplanma özgürlüğüne ilişkin hükümlerde, bu hakların sağladığı güvencelerden çocukların da yararlanabileceğine ilişkin açık bir atıf olmamakla birlikte Sözleşme’nin ilk maddesinde yer alan devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, AİHS’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla yükümlü tutan hükmünden hareketle çocukların da yararlanabilmesinde bir engel bulunmamaktadır. AİHM’nin yaklaşımında bu haklardan çocukların yararlanmalarını yasaklamaya yönelik bir yargısal tutumdan söz etmek mümkün değildir. *Christian Democratic People’s Party v. Moldova* davasında AİHM, çocukların da toplanma hakkını kullanabileceğini açıkça ifade etmiştir¹⁰⁰⁸.

AİHM çocuğun ebeveyni ile olan ilişkilerinin düzenlenmesi ve velayete ilişkin kararların alınması sürecinde çocuğun görüşünün alınmasını, çocuğun menfaatlerinin korunmasına ilişkin bir usuli hak olarak kabul etmektedir. Diğer yandan AİHM önüne

¹⁰⁰⁸ *Christian Democratic People’s Party v. Moldova*, (Appl. No: 28793/02), 14.05.2006, parag. 74.

kişisel ilişki kurulması ve velayete ilişkin uyuşmazlıklar dışında çocuğun görüşünün alınması hakkının ihlaline ilişkin bir uyuşmazlık henüz gelmemiştir.

ÇHS sistematğinde ifade özgürlüğü hakkı ile katılım hakkı ayrı iki hak olarak düzenlenmiştir. Bu iki hak güçlü bir bağlantıya sahip olmakla beraber farklı konulara sahiptirler. ÇHS çerçevesinde ifade özgürlüğü görüş sahibi olma ve bunu ifade etme ve bilgiyi arama ve alma hakkı ile ilgilidir. İfade özgürlüğü devlete, çocuğun sahip olduğu görüşlerini hukuka aykırı olarak sınırlandırmama edimini yüklemektedir. Bu niteliğiyle Anayasa'nın 26'ncı maddesinde herkese tanınan ifade özgürlüğü hakkı ile örtüşmektedir. Bu hakkın, devlete getirdiği yükümlülük, bu görüşlerin ifade edilmesine müdahaleden ve görüşlerin edinildiği ve açıklandığı araçlara erişmeyi yasaklamaktan kaçınılmasıdır.

Çocuğu ilgilendiren konular hakkındaki görüşlerin ifade edilmesi hakkı ve hayatını etkileyen eylemler ve kararlara dâhil olma hakkı ise, çocuğun kendisini etkileyen tüm eylemlere ve karar verme sürecine katılımının kolaylaştırılması için gerekli hukuki çerçeve ve mekanizmaların sağlanmasını ve ifade edildikten sonra bu görüşlere gerekli ağırlığın verilmesini güvence altına almaktadır. Böylece bu hak, çocukların görüşlerini ifade etmeleri için çocuğa yönelik bir saygı ortamının yaratılması, aynı zamanda çocukların ifade özgürlüğü haklarını kullanma kapasitelerinin artırılmasına katkıda bulunur¹⁰⁰⁹.

Çocukların ifade özgürlüğünün önündeki engeller, mevzuattan çok, çocuğa yönelik geleneksel tutumlardan kaynaklanmaktadır. Çocukların görüşüne önem verilmemesine zemin hazırlayan geleneksel tutumların ortadan kaldırılması, özellikle çocuklar ile ilgili idari kararların alınmasında ve yargı süreçlerinde çocukların görüşlerinin alınmasını zorunlu kılan usullerin öngörülmesini gerektirir. En önemlisi de çocuğun katılım hakkını kullanabilmesi, hem görüşünü açıklaması istenen konu, hem de tercihinin etkileri diğer

¹⁰⁰⁹ CRC/GC/12, parag. 81.

bir deyişle kararının hukuki sonuçları hakkında önceden bilgi sahibi olmasını gerektirir. Dolayısıyla çocuğun görüşünü ifade etme ve kendi hakkında alınacak kararlara katılım hakkı, çocuk için bilgi edinme hakkının etkin olarak tanınmış olmasını zorunlu kılar.¹⁰¹⁰.

AİHS’de bu hakların çocuklar tarafından kullanılabilmesi için herhangi bir olumlu edime işaret edilmemekle birlikte AİHS’nin ilk maddesinde yer alan taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’de açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanması konusunda devletleri yükümlülük altına alan hüküm, çocukların ifade özgürlüğünden etkin olarak yararlanmalarının sağlanmasına yönelik pozitif yükümlülüklerin dayanağıdır. 1982 Anayasası bakımından ise, Başlangıç kısmı, 2, 5, 12’nci maddelerinde, herkesin “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ve devleti herkesin hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlama konusunda yükümlü tutan hükümler, çocukların ifade özgürlüğünden etkin olarak yararlanmalarının sağlanmasına yönelik yükümlülüklerin Türk hukuku bakımından anayasal dayanaklarıdır.

ÇHS’de ifade özgürlüğü (md. 13) yanında din ve vicdan özgürlüğü (md.14), dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüğü (md. 15), özel yaşam, aile, konut ve iletişimin dokunulmazlığı (md. 16), bilgiye erişim özgürlüğü (md. 17), çocukların hakları arasında sayılmıştır. Bu hakların her biri kişinin özerk bir birey olarak kabul edilmesini gerektiren haklardandır. Diğer yandan Sözleşme bu hakların çocuklar bakımından ancak yasayla zorunlu kılınan ve demokratik bir toplumda gerekli olan ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni ve yararına olarak ya da kamu sağlığı ve ahlâkın ya da başkalarının hak ve

¹⁰¹⁰ Romanya’da 2004 yılında kabul edilen çocuğun korunması ve gözetimi hakkındaki yasada, çocuğun görüşünün yaşına ve olgunluğuna uygun olarak dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca çocuğun görüşünün alınması hakkının, yetkili makamın alabileceği kararların sonuçları ve çocuğun yapabileceği bildirimlerin sonuçları hakkında bilgi alma hakkını gerektirdiği ifade edilmiştir. Çocuğun görüşünü ifade etme hakkını, bilgi edinme hakkı ile birlikte tanıyan söz konusu yasa, çocuğun görüşünü ifade etme hakkının yaşama geçirilmesi ile devletin karara ilişkin bilgileri çocuğa sağlaması yükümü arasındaki bağlantıyı açıkça ortaya koymuştur. 272/2004 No’lu Kanun, madde 24(4) and (3)’den aktaran O’DONNELL, “The Right of Children to be Heard”, s. 7.

özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir. Bu hakların çocuklar bakımından ayrıca, çocuğun maddi ve manevi varlığının ve gelişiminin korunması amacıyla da sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir.

Hem AİHS’nde, hem de AİHM içtihatlarında devletin müdahalede bulunmama yükümünün kabul edildiği ifade özgürlüğü ve düşünce, kanaat ve vicdan özgürlüklerinin yaşama geçirilmesi bakımından pozitif edimlere işaret edilmemektedir. Ancak devletin olumlu katkısı olmaksızın görüşlerini açıklama hakkından yararlanmaları olanaksız olan çocukların katılım hakkının gerek Anayasa gerekse AİHS çerçevesinde dayanaklarının bulunduğu değerlendirilebilir.

Gerek Anayasa, gerekse AİHS’nde bu hakların çocuklar tarafından kullanılabilmesi için herhangi bir olumlu edime işaret edilmemekle birlikte AİHS’nin ilk maddesinde yer alan “taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’de açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama” yükümü ile Anayasa’nın Başlangıç kısmı, 2, 5, 12’nci maddelerinde, devlete kişilerin hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlama konusunda yükümlü tutan hükümler, çocukların ifade özgürlüğünden etkin olarak yararlanmalarının sağlanmasına yönelik pozitif yükümlülüklerin Türk hukuku bakımından anayasal dayanaklarıdır.

D. Çocuk Haklarının Tasnifi ve Çocuk Hakları Kataloğu

Çocuğun maddi ve manevi varlığının korunmasını, gelişiminin desteklenmesini ve özerk karar alma yetkinliğinin gelişim seviyesine uygun olarak tanınmasını konu alan çocuk haklarının, hangi hakları kapsayacağı tartışmalıdır. İnsan hakları kavramında olduğu gibi çocuk hakları için belirli bir listenin kabul edilmesi tartışılabilir. Ancak bu liste hiçbir zaman tüketici olmayacak, farklı toplumlarda ve zaman içinde listede yer alması önerilen hakların içeriği konusunda tartışmalar ya da öneriler hep var olacaktır.

Çocukların karşı karşıya kaldıkları yeni şartlarla birlikte ortaya çıkan yeni tehlikelerin etkisiyle “doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyet” (Sözleşme-Başlangıç) ile bağdaşmayacak uygulamalar hep yeni çocuk haklarını beraberinde getirecektir. Bu kapsamda bugün bile, Sözleşme’nin kabulünden sonraki dönemde, internet ortamından çocuğun mahremiyetini tehdit eden unsurlara karşı korunma hakkı, insan genetiği üzerinde olumsuz etkilere neden olan nano-nöro kimyasallara maruz kalmama hakkı, ana babasından devraldığı kendine özgü genlerinin değiştirilmemesi hakkı, klon insan olarak dünyaya gelmeme hakkı, üstün gen yaratma uygulamalarına maruz kalmama hakkı gibi haklardan söz edilmektedir¹⁰¹¹.

Bu nedenle bu çalışmada çocukların hangi spesifik haklara sahip olabileceklerini tek tek belirlemek yerine, bir hakkın çocuk hakkı olarak belirlenmesinde başvurulabilecek genel bir ölçüt önermek amaçlanmıştır.

Öğretide çocukların sahip olması önerilen haklar çeşitli şekillerde sınıflandırılmıştır. Veerman, herkese özgü haklar için de kullanılan aktif-pasif, pozitif-negatif, medeni ve siyasal haklar-ekonomik-sosyal kültürel haklar, özgürlük hakları-sosyal haklar biçiminde farklı ölçütlerden hareketle bir dizi sınıflandırma önermiştir¹⁰¹². Akıllıoğlu, çocuğun devlet karşısındaki konumunu ve çocukluk dönemindeki

¹⁰¹¹ Öğretide, yeni tehditlerin beraberinde getirdiği yeni hak taleplerinin, dördüncü kuşak hakların ortaya çıkmasına neden olduğu ifade edilmektedir. Bu hakların yansıdığı ulusüstü belgeler, 1997 tarihli “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, 1998 tarihli “İnsan Klonlanmasının yasaklanması Protokolü” ve 2002 tarihli “Organ ve Doku Nakli Protokolü”dür. Bu belgelerden hareketle “kişisel bütünlük hakkı” başlıklı yeni bir hakka anayasalarda yer verilmesi; söz konusu hükmün formülü için de, 2000 yılında kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın üçüncü maddesinden yararlanılabileceği önerilmektedir. UYGUN, **Devlet Teorisi**, s. 568-569. 3’üncü maddenin metni şu şekildedir: 1) Herkesin kendi fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne saygı duyulmasını isteme hakkı vardır.

2) Tıp ve biyoloji bilimleri alanlarında, aşağıdaki hususlar özellikle gözetilmelidir:

- İlgili kişilerin, yasalarda belirtilen işlemler için özgür ve bilinçli olarak izinlerinin alınması,
- Üstün gen yaratma uygulamalarının, özellikle insan seleksiyonunu amaçlayanlarının yasaklanması,
- İnsan vücudunun ve onun bölümlerinin ticari kazanç kaynağı durumuna getirilmesinin yasaklanması,
- İnsan klonlanmasının yasaklanması.

¹⁰¹² VEERMAN, **The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood**, s. 19-25.

gereksinimleri ile ilişkisini esas alınarak bu hakları, “temel kişi hakları”, “ekonomik ve sosyal haklar”, “özellikle üzerinde durulan haklar” olarak sınıflandırmakta¹⁰¹³, çocuğun temel kişi hakları olarak ayrımcılık yasağı, yaşama hakkı, işkence yasağı, isim ve vatandaşlık, kimliğini koruma hakkı, görüş ve düşünce açıklama ve bilgi alma hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, dernek, barışçıl toplanma özgürlükleri, özel yaşam, aile, konut ve haberleşme hakları; ekonomik ve sosyal hakları olarak sağlık hakkı, sosyal güvenlik, yeterli yaşam düzeyine erişme hakkı ve eğitim hakkı; özellikle üzerinde durulan hakları olarak ise çocuğu ana-babadan ayırma yasağı, evlat edinme, çocuk istismarının önlenmesi, oyun ve dinlenme hakkına ver vermektedir¹⁰¹⁴. Benzer bir yaklaşımı benimseyen Akyüz de çocuk haklarını, çocuğun kişisel temel hakları, çocuğun ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ve özel olarak korunması gereken çocukların hakları olarak sınıflandırmaktadır¹⁰¹⁵.

Özgün bir yaklaşım ortaya koyan Roger ve Wrightsman haklar karşısında çocuğun iradesine verilen öneme göre hakların konularının yeni nitelikler kazanacağını ifade etmişlerdir. Roger ve Wrightsman çocuk haklarının çocuğa yönelik “bakım yükümü”nün (nurturance orientation) öne çıkarıldığı ya da “çocuğun kendi kararlarını alması”nın (self-determination) desteklendiği iki farklı yaklaşımda çocuğa tanınan hakların farklılık kazanacağını kabul ederek bir tasnife gitmişlerdir¹⁰¹⁶. Çocuğa yönelik bakım ve gözetim yükümünün öne çıkarıldığı haklar yaklaşımında, çocuk adına çocuk için faydalı olduğu değerlendirilen hizmetler, çocuk dışındaki karar vericiler tarafından belirlenip çocuğa sunulmaktadır. Bu niteliğiyle ataerkil (paternalistic) bir nitelik taşımaktadır. Çocuğun

¹⁰¹³ AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 6-13.

¹⁰¹⁴ AKILLIOĞLU, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 6-13.

¹⁰¹⁵ Akyüz’ün bu sınıflandırmayı benimsediği sonucuna Çocuk Hukuku adlı eserinin sistematüğinden hareketle ulaşılabilir. Akyüz tarafından yapılan bu sınıflandırma için bkz: AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 344, 360, 427.

¹⁰¹⁶ ROGERS – WRIGHTSMAN, “Attitudes Toward Children’s Rights”, s. 63.

kendi kararlarını almasını temel alan yaklaşımda ise yaşamının farklı alanlarında kendi başına karar alabilme yetkisi tanınmaktadır. Roger ve Wrightsman çocuğun özerkliğine ilişkin iki farklı yaklaşımda, çocukların sağlık, eğitim-bilgi edinme, ekonomik, güvenlik ve korunma, yasal-yargısal-siyasal olmak üzere beş farklı alana ilişkin menfaatlerinin korunması için konu bakımından farklı hakların gündeme geleceğini ifade etmektedir. Örneğin sağlık alanında çocuğun korunması gereken bir varlık olduğu yaklaşımında ücretsiz sağlık hizmeti alma hakkı önem kazanırken, çocuğun irade özerkliğinin kabul edildiği bir yaklaşımda ana babasının onayına gerek duymaksızın çocuğa tedaviye izin verme veya reddetme hakkı tanınacaktır. Eğitim-bilgi edinme alanında, ilk yaklaşımda kaliteli eğitim hakkı söz konusu iken ikinci yaklaşımda okula devam edip etmeme konusunda karar verebilme ya da devam etmek istediği okulun türünü seçebilme hakkının söz konusu olacağını ifade etmişlerdir. Ekonomik alanda ilk yaklaşımda çocuğun eşit işte eşit ücret hakkı ve gelişimine zarar verebilecek işlerde çalıştırılmaktan korunması hakkı gündeme gelirken, çocuğun özerkliğini temel alan yaklaşımda çocuğun tek başına bağlayıcı sözleşmeler yapma hakkı gündeme gelmektedir. Güvenlik ve korunma alanında ilk yaklaşımda çocuğun güvenliğine uygun üretilen ürünlerin sağlanması hakkı söz konusu iken ikinci yaklaşımda çocuğun bağımsız yerleşim yeri edinme hakkı gündeme geldiğine işaret etmektedirler. Görüldüğü üzere Roger ve Wrightsman tarafından önerilen modelde çocuğun menfaatlerine ilişkin aynı konuda iki farklı yaklaşım çerçevesinde tanınan hakların konusu farklılık göstermektedir. Bu tasnif, çocuk haklarının konusunu, çocuğa yönelik yaklaşımın belirlediğini ortaya koyması bakımından önemlidir.

Wald ise çocuk haklarını, “dünyaya karşı haklar” (rights against the World), “yetersiz bakımdan korunma hakkı” (protection from inadequate care), “yetişkinlerin hukuki statüsü tanınması hakları” (right of children to fuller adult legal status), “ebeveyne karşı haklar” (rights versus parents) olarak dördü bir sınıflandırma çerçevesinde incelemekte bu kategorilerden yalnızca yetişkin hukuki statüsü tanınması konulu haklar

ile ebeveyne karşı hakları, çocuğun bir yetişkinin iradesine tabi olmasını gerektiren geleneksel hukuksal-sosyal statüsünde değişimi gerektirdikleri için “çocuk hakkı” olarak nitelendirmektedir¹⁰¹⁷.

Wald tarafından, yeterli beslenme, tıbbi bakım, konut, yoksulluktan kurtulma, güvenli bir toplumda yaşama, ayrımcılığa maruz bırakılmama gibi haklar, “dünyaya karşı haklar” (rights against the World) olarak sınıflandırılmaktadır. Çocukların refahının ve esenliklerinin korunması bakımından yaşamsal önemde olan bu haklar, Wald tarafından da ifade edildiği üzere çocukların sosyal-hukuksal statülerinde bir yenilik önermemektedir.¹⁰¹⁸ İlk olarak bu haklar pozitif hukuk tarafından yetişkinlere tanınıp da çocuklardan esirgenen haklar değil, aksine özel olarak korunması gerekenler statüsünde sayıldıkları için çocuklara evleviyetle tanınan haklardır. Bu haklar, çocuğun korunması ve kayırılması gereken bir varlık olduğu ve temel gereksinimlerinin yetişkinler tarafından sağlanması gerektiği kabulüne dayanmakta ve çocuklara daha fazla “özerklik” (autonomy) ya da “kendi hukukuna ilişkin konularda karar verme yetkisi” (self-determination) tanınmasını ele almaksızın çocukların yoksulluktan kurtarılması ve tıbbi bakım hakkı tanınmasıyla ilgilenmektedir. Özel olarak korunma ihtiyaçları nedeniyle çocuklara tanınan bu haklar, klasik hak anlayışında mahkemeler tarafından verilen bir kararlar uyulması yaptırıma bağlanabilen haklar olarak kabul görmemekte, yasamaya yönelen talepler olarak nitelenmektedir¹⁰¹⁹. Wald, çocukların mevcut sosyal-hukuksal statülerinde bir değişikliği gerektirmedikleri, çocuklar gibi dezavantajlı durumdaki

¹⁰¹⁷ WALD, “Children’s Rights: A Framework for Analysis”, s. 260 vd.

¹⁰¹⁸ WALD, “Children’s Rights: A Framework for Analysis”, s. 260.

¹⁰¹⁹ WALD, “Children’s Rights: A Framework for Analysis”, s. 261. Ancak burada bu hakların hukuki tanımaya kavuşturulmuş olması şartıyla mahkemeler tarafından hakkın gereklerinin yerine getirilmesi konusunda bağlayıcı kararlara konu olabileceği konusundaki değerlendirmelerden söz etmek gerekmektedir. Bkz. Frank I. MICHELMAN, “In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls’ Theory of Justice”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 121, 1973, ss. 962-1019, s. 962, 966, 997.

yetişkinler tarafından da ihtiyaç duyulan gereksinimlere karşılık geldikleri için bu gruptaki hakların çocuk hakkı olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir.

Dünyayı çocuklar için daha yaşanabilir bir yer hâline getirme çabalarının ürünü olan ve çocuğun refahının korunmasını amaçlayan bu hakların tanınmış olmasının, çocuğun kendi hukukunu belirleyemeyeceği yönündeki klasik sosyal-hukuksal statüsünde bir değişiklik öngörmediği açıktır. Ayrıca bu tür talepler, çocukların kendi kendilerine yetemedikleri ve yetişkinlerin bakım ve rehberliğine ihtiyaç duyduklarını kabulünden hareketle tanınan haklardır.

Wald tarafından “yetersiz bakımdan korunma hakkı” (protection from inadequate care) olarak sınıflandırılan haklar ise çocuğun yetişkinlerden özellikle ebeveynlerden kaynaklanan zararlara karşı devlet tarafından etkin olarak korunmasını konu alan haklardır. Bu haklar, çocukları hak ve özgürlüklerin korumasından eşit yararlanma hakkından yoksun bırakan ve/veya onların ideal gelişimlerine müdahale eden eylemler olarak tanımlanan çocuk ihmal ve istismarından korunmasını amaçlamaktadır. Bu haklar devleti, çocuk yetiştirme konusunda belli standartlar oluşturma ve bu standartlara uyulmaması durumunda çocuğun korunması amacıyla belli edimleri yerine getirmekle yükümlü tutmaktadır. Dolayısıyla bu kategoride yer alan haklar, çocuğun yetiştirilmesi konusunda ebeveynlerin uyması beklenen kurallara uyulup uyulmadığının çocuğun korunması adına devlet tarafından denetlenmesini gerektirmektedir. Bu haklar, ebeveynin ve devletin, çocuğun yetiştirilmesi konusunda uygun rolünün ne olduğu ve devletin çocukların korunması amacıyla ailenin özerkliğine ve kişilerin aile yaşamına saygı hakkına müdahalesinin meşru kabul edilebilecek düzeyi ile ilgilidir. Çocuğun bakımı konusunda aileye yapılan eğitim ve danışmanlık desteği, çocuğun ihmeline karar verildiğinde, aileden alınarak başka bir aile yanına ya da kuruma yerleştirilmesi kararları, çocuğun korunması bakımından önemli olmakla birlikte bu kategoride yer alan haklar da

çocuğun toplumsal-hukuksal statüsünü etkilememektedir¹⁰²⁰. Çocuğun korunması amacıyla alınan kararlar, bir yetişkinin çocuğa yönelik kararlarının, bir başka irade (kamu otoritesi) tarafından denetlenmesi ve gereken durumlarda kamu iradesinin, ebeveyn yerine geçmesi anlamına gelmektedir. Genellikle çocuğa içinde bulunduğu durumu beğenip beğenmediğini sorgulama ya da seçme hakkı vermek yerine, çocuk adına karar verilmektedir. Üstelik çocuğun korunması amacıyla ailesinden alınıp başka aile ya da kurum bakımına yerleştirildiği durumlarda da çocuğun ihmal ve istismara uğradığı örnekler de azımsanmayacak sayıdadır.

Çocuğun korunması hakları, yalnızca çocuğun ihmal ve istismardan korunmasını konu almamaktadır. Wald çocuğun korunması adına yetişkinlere sınırlanmayan bazı hakların çocuklar bakımından sınırlanması da bu kategoride değerlendirmektedir. Bu kategoride zorunlu eğitim, çalışma yasağı, çocuğun korunması adına alkollü içecek ve sigara tüketiminin yasaklanması, cinsel içerikli metaryalleri satın almasının yasaklanması konulu uygulamalar yer almaktadır. Bu düzenlemeler, çocuğun korunması amacıyla kabul edilen ve çocuğun özerkliğini kısıtlayan uygulamalardır.

Çocuğun geleneksel olarak yetişkinlere özgü kabul edilen haklardan da yararlanmalarına ilişkin hakları Wald farklı bir kategori olarak ele almış ve bu hakları “yetişkin hukuksal statüsü tanınması anlamına gelen haklar” olarak sınıflandırmıştır. Çocukların yeterli olgunluk ve kavrama seviyesine erişemedikleri gerekçesi ile klasik haklardan yararlanmaları yerine, çocuğu korumayı amaçlayan özel haklar tanınması yaklaşımının reddedilmesi bu hakları beraberinde getirmiştir. Çocuklara özgü yaptırımların uygulanması sürecinde adil usullere tabi olma hakkı (due process)¹⁰²¹,

¹⁰²⁰ WALD, “Children’s Rights: A Framework for Analysis”, s. 264, 265.

¹⁰²¹ Bu yeni yaklaşımda, çocuğun okuldan uzaklaştırılması kararı verilmesinde de, çocukların herkes için kabul edilen adil yargılama usullerine tabi tutulmaları gerektiği kabul edilmektedir. *In re Gault*, 387, U.S.1(1967).

protesto ve gösteri yürüyüşü haklarının¹⁰²² çocuklara da tanınması, klasik medeni ve kişi haklarından çocukların daha geniş ölçüde yararlanmalarının kabul edilmesi ile gündeme gelen haklar bu grupta yer almaktadır. Bu yaklaşımın etkisiyle oy kullanma, evlenmeye rıza gösterme, bağlayıcı sözleşme yapabilme yaşının düşürülmesi yönünde yasalar kabul edilmektedir. Ancak mahkemeler ve yasama organları, geleneksel olarak yetişkinlere özgü kabul edilen bazı hakların çocuklara tanınması konusunda tutarlı bir yaklaşım ortaya koyamamışlardır. Çocuklara hangi yetişkin haklarının ne ölçüde tanınması gerektiği konusunda tutarlı bir ilkenin belirlenmemesi, aynı durumdaki reşit olmayan yetişkin bir çocuğun “eşit muamele görme hakkı” bakımından da sorunları beraberinde getirmektedir. Örneğin çocuklar, vücut dokunulmazlığı hakkı karşısında bir yetişkinle eşit korumaya sahip kabul edilmedikleri için okullarda hala cismani cezaya maruz bırakılmaktadır¹⁰²³.

Wald son olarak çocuğun ebeveyne karşı haklarından söz etmektedir. Tarihsel olarak ana babanın yetki alanında olan bazı kararların, ana babadan alınarak çocuğun yetkisine verilmesini öngören haklar bu kategoride yer almaktadır. Özellikle ana babanın rızası olmaksızın tıbbi bakım hizmeti alma hakkı, bununla ilişkili olarak hamileliğin devamı ya da sonlandırılması konusunda tıbbi yardım alma hakkına bu kategoride yer vermektedir.

Gerek Roger ve Wrightsman gerek Wald tarafından önerilen sınıflandırma, çocukların toplumsal-hukuksal statülerinde değişimi gerektiren ve çocuklara daha fazla

¹⁰²² *TINKER v. Des Moines School Dist.*, 393, U.S. 503, (1969).

¹⁰²³ Wald bu konuda tutarlı yargısal ilkeler belirlenmesinin kolay olmadığını ifade etmekle birlikte, anayasa hukuku bakımından yaşa dayalı ayrımcılık sorununa da dikkat çekmektedir. Gerçekten yaşa dayalı ayrımcı bir düzenlemeye ilişkin anayasa hukuku bakımından temel soru, yaşa dayalı belirli bir sınıflandırmanın, belirli bir yaşın altındaki kişilerin kapasitelerindeki farklılıklarla veya çocukların özel ihtiyaçları ile rasyonel olarak ilişkili olup olmadığıdır. Yasama organı, yaşa dayalı bir düzenleme yaparken bu hususu dikkate almakla yükümlüdür. Benzer biçimde Anayasa Mahkemesi de yaşa ilişkin sınıflandırmanın, devletlerin çocukların farklı muamelelerine ilişkin düzenlemeyi haklı kılabacak zorlayıcı nedenlerin ve çok önemli kamusal yararların varlığına ilişkin daha ağır bir ispat yükünü karşılamasını gerektiren “şüpheli sınıflandırma” niteliğinde olup olmadığını da belirlemelidir. Eşitlik ilkesine uygunluğun denetiminde Amerikan Yüksek Mahkemesince geliştirilen şüpheli sınıflandırma doktrini için bkz: ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 317.

özerk karar alma yetkisi tanınmasını amaçlayan yaklaşımı temel almaktadır. Çocuğun bir yetişkinin iradesine mutlak olarak tabi olmasını reddeden yaklaşımdan hareketle çocuk hakları sınıflandırılmaktadır.

Freeman, “refah hakları”, “koruyucu haklar”, “sosyal adalet ilkesinden kaynaklanan haklar” ile “çocukların daha özgür olma iddiasına dayanan ve yaşamlarına ilişkin daha fazla özerklik sağlamayı amaçlayan haklar” olmak üzere dörtlü bir ayrım önermektedir¹⁰²⁴. Campell ise çocuğun haklarını “kişi olmasından kaynaklanan haklar”, “çocuk olması nedeniyle sahip olduğu haklar”, “suçlu çocuğun hakları”, “geleceğin yetişkini olması nedeniyle sahip olduğu haklar” biçiminde dörtlü bir sınıflandırma çerçevesinde ele almaktadır¹⁰²⁵. Bir başka görüş, “korunma hakları” ve “kendi fikirlerini ileri sürme hakları” olarak ikili bir tasnif önermektedir¹⁰²⁶. Bu ikili sınıflandırmanın basit olmakla beraber çocuk haklarının temel konularını önemli ölçüde kapsadığı ifade edilebilir. Nitekim çocuk haklarının hangi haklardan oluşması gerektiği konusu, temelde çocukların korunmalarının garanti edilmesi ile kendi kaderini tayin etme kapasitelerini artırmak arasındaki çelişmeye dayanmaktadır.

Çocukların “korunma hakları”, doğuştan gelen bağımlılık ve savunmasızlıkları nedeniyle hem fiziksel hem de psikolojik olarak beslenmeye, sevgiye ve bakıma olan gereksinimlerinden kaynaklanır. Bevan’a göre bu haklar, kötü muameleden korunma ve çocuğun korunmasını gerektiren durumlarda, aileye ve çocuğun yaşamına ölçsüz devlet müdahalesine karşı korunma hakkını içermektedir. Bevan’ın çocuğun özerkliğine dayalı olarak nitelendirdiği haklar, bedensel bütünlük hakkı, ifade özgürlüğü ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve kendi hukukunu ilgilendiren karar alma hakları gibi herkese özgü hakların çocukları da kapsadığının kabul edilmesiyle gündeme gelen haklardır. Bu

¹⁰²⁴ FREEMAN, **The Rights and Wrongs of Children**, s. 40.

¹⁰²⁵ CAMPBELL, “The Rights of the Minor”, s. 2.

¹⁰²⁶ Hugh Keith BEVAN, **Child Law**, Butterworths, London, 1989, s.11.

hakların kabul edildiği bir hukuk düzeninde cismani cezaya maruz bırakılamayacaklar, herkes gibi dernek kurabilecekler, görüşlerini ifade edebileceklerdir.

Çocuk hakları, koruduğu menfaatten hareketle de sınıflandırılmıştır¹⁰²⁷. Çocuğun menfaatleri, ilk olarak kırılğan, incinebilir bir varlık olan çocuğun maddi ve manevi varlığının korunmasını gerektirmektedir. Çocuğun fiziksel, duygusal ve entelektüel yönlerinin koruması çocuğun temel gereksinimidir (basic interest). Çocuğun temel fiziksel, duygusal, bilişsel gereksinimlerinin minimal düzeyde karşılanması, çocuğun temel hakları (basic rights) olarak nitelendirilebilir¹⁰²⁸. Bu haklar ilk olarak ebeveyne yöneltilen haklardır. Bu menfaatlerin korunmasında ilk ve doğal olarak ana baba sorumludur¹⁰²⁹.

İkinci olarak çocuklar gelişim hâlindeki bireylerdir. Çocuğun sahip olduğu potansiyeli en üst düzeye çıkarması konusunda haklı beklentisi bulunmaktadır. Çocuğun sahip olduğu kendine özgü yeteneklerin mümkün olan en üst düzeyde geliştirilmesi ihtiyacı (developmental interest), çocuğun gelişimsel haklarına (developmental rights) karşılık gelmektedir¹⁰³⁰. Çocuğun gelişiminin sağlanması konusunda desteklenmesinden doğal olarak ebeveyn sorumludur. Ancak çocuğun aynı zamanda sahip olduğu potansiyelini en üst düzeyde gerçekleştirmesini engelleyecek sosyal ve ekonomik yapıdan kaynaklanan olumsuzluklardan korunma konusunda haklı beklentisi vardır. Bu noktada devlet çocuğun sahip olduğu maddi ve manevi gelişimi için eşit fırsatlara sahip olmasında sorumluluk sahibidir¹⁰³¹. Eekelaar çocuğun gelişimsel haklarının gerçekleştirilmesi konusunda devletin fırsat eşitliği yaratma ve toplumsal-ekonomik

¹⁰²⁷ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 170.

¹⁰²⁸ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 171.

¹⁰²⁹ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 171.

¹⁰³⁰ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 1244.

¹⁰³¹ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 1244.

yapıdan kaynaklanan eşitsizlikleri azaltma, her bir çocuğu bireysel yetenekleriyle ilgili en üst başarıya erişmesini teşvik etme yükümlülüğünü kabul etmektedir¹⁰³².

Üçüncü bir ayrım olarak çocukların bir yetişkinin otoritesi tarafından kontrol edilmeksizin kendi eğilimlerine göre kendi yaşam tarzını seçme ve sosyal ilişkilere girme özerkliğinin tanınması gereksiniminden (autonomy interest) söz edilebilir. Gerçekten çocuğun özerk ve tam donanımlı bir yetişkin olabilmesi, çocukluk döneminde belli kararların alınmasına katılımının sağlanması, yaşı ve olgunluk seviyesi ile uyumlu olarak aşamalı bir özerklik tanınmasını gerektirmektedir. Diğer yandan Eekelaar, çocuğun özerkliğinin tanınması gereksinimi ile temel ve gelişimsel haklarının çelişmesi olasılığından hareketle özerklik ya da öz belirlenim diyebileceğimiz haklarının, temel hakları ve gelişimsel hakları ile dengelenmesi gerektiğine dikkat çekmekte ve haklar çatışmasında iki kategori hakların özerklik haklarına göre önceliğe sahip olduklarını ifade etmektedir¹⁰³³.

Eekelaar'ın bu tasnifinin çocuğun korunan menfaatlerinin konusuna göre yapılmış bir ayrım çerçevesinde formüle edildiği görülmektedir. Çocuğun temel menfaatlerini koruyan hakları, en temel kişi haklarını korumayı amaçlayan, ilk olarak ebeveynlerin sorumlu olduğu, ebeveynin ihmali ya da kusuru durumunda kamu otoritelerine sorumluluk yükleyen haklardır. Gelişimine ilişkin menfaatlerini koruyan hakları ise mali kaynakların daha adil dağılımını gerektiren, daha geniş kamu kaynaklarının tahsisi ile yaşama geçirilebilecek haklardır. Sağlık hakkı ve eğitim hakkına bu kategoride yer vermektedir. Çocuğun özerkliğinin tanınmasını konu alan haklar ise, çocuğun yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılım hakkı, ebeveyni ya da yasal temsilcisinden bağımsız olarak hukuki ya da tıbbi danışma alma hakkı, haklarının korunması amacıyla tek başına yargısal ya da yargısal olmayan

¹⁰³² EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 171.

¹⁰³³ EEKELAAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 171.

mercilere başvuru hakkı, dini inanç ve kanaat özgürlüğü hep bu kategoride yer alan haklardır.

Görüldüğü üzere öğretide çocuğun statüsüne ilişkin yaklaşım esas alınarak ve çocukların yararlanabileceği hakların konularından hareketle hemen hemen birbiri ile örtüşen sınıflandırmalar yapılmıştır. İnsan hakları gibi dinamik ve sürekli genişleyen bir içeriğe sahip çocuk haklarına ilişkin kesin sınırlar öngörme iddiası taşımaksızın, bu hakların konuları, koruduğu menfaatler, çocuğun toplumsal-hukuksal statüsüne etkileri, haklara ilişkin edimlerinin niteliği gibi çeşitli ölçütlerden hareketle farklı tasnifler kuşkusuz önerilebilir. Öğretide de bu yönde çalışmalar dikkat çekicidir ve fikir vermesi amacıyla aktarılmıştır.

Bu çalışma çerçevesinde çocuk hakları, çocuğa özgü menfaatleri koruyan haklar olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla çocukların korunmasını, gelişiminin desteklenmesini ve özerkliğinin tanınmasını amaçlayan haklar biçiminde konularından hareketle bir sınıflandırma benimsenmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere bu sınıflandırma çocuk haklarının tanınma aşamalarını da yansıtmaktadır.

Çocuğun ihmal ve istismardan, yetersiz beslenmeden, sağlıksız koşullardan, suça sürüklenmesinden, madde ve manevi gelişimini olumsuz etkileyebilecek etkenlerden korunmasını amaçlayan haklar “korunma hakları” olarak sınıflandırılabilir. Bu haklar çocuğun zayıf, incinebilir ve bağımlı statüsü nedeniyle özel olarak korunması gerektiği düşüncesiyle ve sosyal devlet ilkesinden hareketle tanınan haklardır.

“Gelişimsel haklar” ise çocukluk döneminin gelişim ile özdeşleşen bir dönem olmasından hareketle tanınan haklardır. Çocuğun maddi ve manevi varlığını geliştirmesi amacıyla tanınan eğitim, spor ve kültürel faaliyetlere katılma hakları böyle haklardır. “Katılım hakları” ise, çocuğun öncelikle özerk bir hak öznesi olarak kabul edilmesi ve ebeveyninin ya da kanuni temsilcisinin kararlarına mutlak tabii olmasını gerektiren statüsünün sorgulanması ile gündeme gelen haklardır.

Katılım hakları, çocuğun özerk kişiliğinin bir sonucu olarak kendi hukukunu etkileyen kararların alınmasına katılımının sağlanmasını amaçlayan haklardır. Çocuğun katılım hakları olarak ise görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özen gösterilmesi hakkı, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi hakkı, kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkından söz edilebilir.

Elbette bu haklardan her biri, bir diğer kategoride yer almasını gerektirecek unsurlara da sahiptir ve kesin bir ayırımdan söz etmek mümkün değildir.

Çocuk Hakları Komitesi ise farklı bir sınıflandırmayı esas almıştır. Taraf devletlerce sunulacak periyodik raporlara ilişkin “Genel Esaslar”da çocuk haklarını konularından hareketle medeni hak ve özgürlükler, aile çevresi ve alternatif bakıma ilişkin haklar, çocuğun şiddetten korunmasına ilişkin haklar, engellilik nedeninden kaynaklanan ve temel sağlık ve refah hakları, eğitim, boş zamanları değerlendirme ve kültürel faaliyetlere ilişkin haklar ile özel koruma önlemlerine gereksinim duyan çocukların hakları olmak üzere altılı bir sınıflandırmaya gitmiştir¹⁰³⁴.

Sözleşme 4’üncü maddesinde, ekonomik, sosyal, kültürel hak niteliğindeki çocuk haklarından söz etmektedir ve devletlerin bu hakları gerçekleştirmek için eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak tüm önlemleri almakla yükümlü olduklarını düzenlemektedir. Komite ise Raporlama İlkeleri’nde ekonomik, sosyal, kültürel haklar

¹⁰³⁴ Committee on the Rights of the Child, “Treaty-Specific Guidelines Regarding the Form and Content of Periodic Reports to be Submitted by States Parties under Article 44), parag. raph 1 (b), of the Convention on the Rights of the Child”, 3.3.2015, **CRC/C/58/Rev.3**, parag. 28-40. Güncel metin için bkz:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/download.aspx?symbolno=crc/c/58/rev.3 (Erişim tarihi: 10.2.2019). Raporlama İlkeleri ilk olarak Komite’nin, 30 Ekim 1991 tarihli “Initial reporting guidelines on the Convention; **CRC/C/5**” belgesinde yer almıştır. Söz konusu İlkeler Komite tarafından gözden geçirilerek güncellenmektedir. İlkelerle ilişkin ilk metin için bkz: https://digitallibrary.un.org/record/137523/files/CRC_C_5-EN.pdf (erişim tarihi: 10.2.2019).

biçiminde bir kategoriye yer vermemiştir. Komite'nin bu tutumu, hakların gerçekleştirilmesine ilişkin yükümlülükler bakımından haklar arasında bir ayrıma gitmeyi uygun bulmadığı, Sözleşme'de yer alan hakların tamamının yaşama geçirilmesi için gerekli tüm önlemlerin alınmasının önemini kabul ettiği biçiminde yorumlanabilir. Nitekim biraz önce sayılan altı kategoride yer alan her bir hakkın gereklerinin yerine getirilmiş (*fulfil*) sayılması için devlet tarafından alınması gereken önlemlere ilişkin oldukça kapsamlı bir liste hazırlayan Komite, medeni-kişisel hak olarak nitelendirdiği haklar için dahi geniş bir olumlu edim listesine yer vermiştir.

II. ÇOCUK HAKLARININ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği

İnsan hakları, korudukları ya da düzenledikleri konularına göre ve hukuki belgelerde de benimsenmiş biçimiyle “kişisel ve siyasal haklar” ve “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” olarak ikili bir tasnif çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu ayrım, salt kuramsal düzeyde kalmayan ve pek çok ulusal ve ulusüstü belgede de benimsenen bir ayırımdır¹⁰³⁵. ÇHS de, taraf devletlerin “*Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak, ... eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak*” gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu düzenlemiş ve çocuk hakları bakımından, kişisel haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar biçimindeki ayrımı benimsemiştir (md. 4). Ayrıca ekonomik, sosyal ve kültürel hak nitelikli çocuk haklarının yaşama geçirilmesinde devletin sorumluluğu mali olanakları ile ilişkilendirilmiştir. Bu başlık çerçevesinde öncelikle çocuk haklarının niteliği konusunda genel bir değerlendirmenin ardından öznesinin hassas ve incinebilir durumuyla özdeşleşen çocuğun sosyal ve hukuksal statüsüyle ilişkili nedenlerin, “aynı konulu bir temel hak” ile bir “çocuk hakkının niteliği üzerinde sahip

¹⁰³⁵ 1966 tarihli “İkiz Sözleşmeler” olarak bilinen uluslararası sözleşmelerin aynı yılda kabul edilmeleri nedeniyle bu isimle anılmaları, bu savı doğrulamaktadır.

olduğu etki”nin değerlendirilmesine girişilecektir. Ayrıca anayasa hukuku bakımından devletlerin kaynaklarının tahsisini gerektiren haklar oldukları kabul edilen sosyal, ekonomik ve kültürel hak nitelikli çocuk haklarının yerine getirilmesinde devletin yükümlülüklerinin kapsamı konusu ele alınacaktır.

Kişi özgürlükleri ve siyasal haklar, iktidar ve diğer kişiler karşısında bireyin güvenliğini ve özerkliğini sağlayan haklar biçiminde tanımlanmaktadır¹⁰³⁶. Daha geniş olarak kişinin kendini geliştirmesine olanak tanıyan haklar da bu nitelikteki haklardan kabul edilmektedir. Bu haklara örnek olarak maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, düşünce özgürlüğü, ifade ve iletişim özgürlüğü, toplanma ve dernek özgürlükleri ile katılım hakları sayılmaktadır¹⁰³⁷. Anayasa Mahkemesi de bu görüşü kabul etmekte, Anayasanın 17’nci maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile ilişkili görmektedir¹⁰³⁸. Devlet ve toplumdan önce geldiği kabul edilen bu haklar, kişinin kendisi üzerinde serbest tasarrufu, düşünce ve davranışlarını serbestçe belirlemesini konu alan haklardır. Birinci kuşak haklara karşılık gelen ve gerçekleşmesi ilke olarak siyasal iktidarın müdahale etmemesi koşuluna bağlanan bu haklardan herkesin yeteneklerine göre yararlanabileceği kabul edilmektedir¹⁰³⁹.

Ekonomik ve sosyal bakımdan güçsüz konumdaki sınıfların siyasal ve toplumsal eşitsizliklere karşı tepkilerinin sonucu gündeme gelen sosyal haklar ise, devlet tarafından bireylerin ihtiyaçlarını gidermek için sağlanan korumayı ifade etmektedir. Sosyal haklar için, “*insan haklarının, bireyin bir topluluğun üyesi sıfatıyla ve topluluğun diğer*

¹⁰³⁶ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 41.

¹⁰³⁷ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 41.

¹⁰³⁸ Halime Sare Aysal Başvurusu, (B. No: 2013/1789), parag. 47; A.D. Başvurusu, (B. No: 2014/7967), parag. 82.

¹⁰³⁹ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 269.

üyeleriyle ilişkisi bağlamında sahip olduğu ve bireyin sosyal statüsü ile ilişkilendirilebilecek olan özel bir kısmı” biçiminde bir tanım önerilmektedir¹⁰⁴⁰. Bu anlamıyla sosyal haklar ekonomik, sosyal ya da hukuksal statüleri nedeniyle görece güçsüz olanlara ilişkin haklardır¹⁰⁴¹. Bu grubun özel bir unsurunu çocuklar oluşturmaktadır. Bazı çocuklar bakımından ise görece güçsüzlüğe ilişkin statüler toplanabilmektedir. Nitekim yoksul, engelli ve kırsal kesimde yaşayan bir kız çocuğunun ilişkili olduğu statülerinin yol açtığı savunmasız, kolay incinebilir durum, haklarının korunması için daha yoğun edimlerde bulunmasını isteme hakkına zemin hazırlamaktadır.

Temel hakların yaşama geçirilmesini amaçlayan edim karşısında bireyin statüsü esas alınarak yapılan ayrıma da değinmek gerekmektedir. Kişilere tanınan hak ve özgürlükler Jellinek’in sınıflandırması ile negatif statü hakları, aktif statü hakları ve pozitif statü hakları olarak ayrılmaktadır. Bu sınıflandırmanın temelinde, statü kavramı ve bireyin devlet karşısındaki konumu yatmaktadır. Bireyin devlet karşısındaki konumu, insan haklarına ilişkin olarak bireyin devletten beklediği edimin niteliği konusunda da belirleyicidir.

Negatif statü haklarının, kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hak ve özgürlükler olduğu, kişiyi devlet müdahalesine karşı güvence altına alarak siyasal iktidar karşısında koruduğu kabul edilir¹⁰⁴². Kişi dokunulmazlığı, kişi hürriyeti, özel hayatın gizliliği, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü gibi hak ve özgürlükleri içeren negatif statü hakları, 1982 Anayasasında “kişinin hakları ve ödevleri” başlığı altında toplanmıştır.

¹⁰⁴⁰ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 32.

¹⁰⁴¹ Sosyal hakları, “toplum hayatında özel şekilde korunması gerekenlerin hakları” biçiminde subjektif ölçütü temel olarak tanımlayan görüş için bkz: TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 33.

¹⁰⁴² KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s. 6.

Kişisel haklar, burjuva devriminin ürünü olarak ortaya çıkan ve Jellinek'in sınıflandırması çerçevesinde “negatif statü hakları” olarak nitelendirilen haklardır. Bireyci doktrinin ürünü olarak ortaya çıkan bu hakların, bireyi özellikle devlete karşı koruyan haklar oldukları kabul edilmektedir. Bu nedenle kişisel haklar devlete, kişinin alanına müdahalede bulunmama ödevi yükler¹⁰⁴³. Kişi dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, özel hayatın gizliliği gibi haklarla kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan kişisel haklar; din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü gibi hak ve özgürlüklerle bireyin manevi ve entelektüel varlığını güvence altına almaktadır. Bu hak ve özgürlükler 1982 Anayasasında, “kişinin hakları ve ödevleri” başlığı altında düzenlenmiştir. İnsan onurunun korunması açısından yaşamsal öneme sahip olan bu hak ve özgürlüklerin bir kısmı, “insan haklarının sert çekirdeği¹⁰⁴⁴” ya da “çekirdek alan¹⁰⁴⁵” olarak nitelendirilmekte ve olağanüstü hâllerde bile sınırlandırmaya tabi tutulamamaktadır. Yaşama hakkı, işkence yasağı, din, düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlanamama, suç ve cezaların geriye yürümezliği ve masumluk karinesi gibi hak ve ilkeler bu niteliktedir.

Buna karşın pozitif statü hakları, devletin olumlu bir müdahalesi olmadan gerçekleşemeyecek haklardır. Kişiler bu haklarını, ancak devletin aktif müdahalesi ve eylemlerinin katkısı ile kullanabilir. Sosyal güvenlik hakkı, çalışma hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, yeterli beslenme hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, eğitim hakkı gibi ekonomik ve sosyal nitelik taşıyan pek çok hak bu kategoride değerlendirilmektedir.

Konularına göre insan haklarının ikinci kategorisini oluşturan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, genel olarak Jellinek'in pozitif statü haklarına karşılık gelen ve toplumun

¹⁰⁴³ GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 125.

¹⁰⁴⁴ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 122.

¹⁰⁴⁵ GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 147-148.

güçsüz kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürebilmeleri için devletin önlemler alması ya da doğrudan edimlerde bulunması şeklinde olumlu müdahalesiyle gerçekleşebilen haklardır¹⁰⁴⁶. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların önemli bir bölümü bakımından ortak olan özellik, yerine getirilebilmeleri için tüm insan haklarının asli yükümlüsü olan devlete, diğer hakların çoğuna göre daha aktif bir rol biçmesi ve hakların yerine getirilmesinde daha yoğun mali kaynak tahsisini gerektirmesidir¹⁰⁴⁷. Ancak, öğretilerde bu yönde bir genelleme eleştirilmekte ve devletin aktif tutum takınması zorunluluğunun tüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için geçerli olmadığı gibi yalnızca ekonomik, sosyal ve kültürel haklara özgü bir nitelik olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁴⁸.

İkinci kuşak haklar olarak nitelendirilen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ortaya çıkışının temelinde, toplumsal ve ekonomik yaşamda bireylere bu haklar aracılığıyla bir asgari yaşam düzeyinin sağlanması ve birinci kuşak haklar olarak beliren kişisel ve siyasi haklar için maddi bir temel oluşturulması amacı yatmaktadır¹⁰⁴⁹. Sosyal haklar; devlet tarafından kişiye, sosyal durumunu düzeltmek amacıyla tanınmış olan haklardır¹⁰⁵⁰. Sosyal hakların işlevi ve ayırt edici özelliği, sosyal eşitsizlikleri azaltmaya hizmet etmeleridir¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁶ Faruk PEKİN, **Demokrasi, Sendika Özgürlüğü ve Sosyal Haklar**, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1985, s. 16; MAPULANGA-HULSTON, “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights”, s. 32.

¹⁰⁴⁷ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 32.

¹⁰⁴⁸ UYGUN, **Devlet Teorisi**, s. 535; DONNELLY, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, s. 43; ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 39; Bertil Emrah ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2008, Sayı 1, ss. 199-233, s. 204.

¹⁰⁴⁹ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 28.

¹⁰⁵⁰ Bahri SAVCI, **İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara, 1953, s. 38-39.

¹⁰⁵¹ Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, Tıpkı 18. Bası, İstanbul, 2019, s. 197. Sosyal hakların işlevinin, sosyal ve ekonomik dengesizlikleri azaltmak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. PEKİN, **Demokrasi, Sendika Özgürlüğü ve Sosyal Haklar**, s. 16,

1982 Anayasası'nın 5'inci maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında *"kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma"*ya yer verilmiştir. Sosyal haklar bu amaç ve görevlerin yerine getirilmesinin araçlarındandır¹⁰⁵². Devlet, kişilere tanımış olduğu sosyal haklar dolayısıyla, kişiler lehine birtakım olumlu edimleri yerine getirmekle yükümlüdür¹⁰⁵³. Ekonomik hakların ise bir yandan tatmin edici bir yaşam düzeyinin sağlanması için gerekli yetkileri bireye sağlarken, diğer yandan bireyin sosyal ve ekonomik özgürlüğü için temel oluşturdukları kabul edilmektedir¹⁰⁵⁴. Kültürel haklar, Habermas'ın deyişiyle, tüm bireylerin, kendi bireysel kimliklerini geliştirmeleri ve yaşatmaları bakımından önemli saydıkları cemiyetlere katılma, iletişim araçlarına ulaşma, gelenek ve göreneklerini yaşama gibi olanaklardan yararlanmalarını eşit olarak güvence altına alma amacına hizmet eden haklardır¹⁰⁵⁵. Görüldüğü gibi, kültürel haklar yalnızca belli statüdeki kişilere değil, azınlık ya da çoğunluk grup içinde yer alıp almadığına bakılmaksızın herkese tanınan haklardır.

1982 Anayasası, sosyal ve ekonomik haklar kapsamında, ailenin korunması ve çocuk hakları, eğitim hakkı, çalışma yaşamına ilişkin haklar, sosyal güvenlik hakkı,

¹⁰⁵¹ ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 28.

¹⁰⁵¹ SAVCI, *İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)*, s. 38-39.

¹⁰⁵¹ TANÖR - YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku ve Sosyal Haklar*, s. 16.

¹⁰⁵² Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 197.

¹⁰⁵³ SAVCI, *İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)*, s. 38-39.

¹⁰⁵⁴ Asbjørn EIDE, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", içinde: Asbjørn EIDE – Catarina KRAUSE – Allan ROSAS (Ed.), *Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook*, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 2001, ss. 9-28, s. 18.

¹⁰⁵⁵ Jürgen HABERMAS, "Religious Tolerance-The Pacemaker for Cultural Rights", *Philosophy*, No. 79, 2004, ss. 5-18, s. 16.

sağlık, çevre ve konut hakları, gençliğin korunması biçiminde, çoğunlukla devlete olumlu ödev yükleyen haklara yer vermiştir.

Aktif statü hakları ise, en kısa biçimiyle katılma hakları olarak nitelendirilebilir. Bu haklar, kişilerin (çoğunlukla vatandaşların) seçme-seçilme haklarında olduğu gibi siyasal yaşama aktif katılma haklarını içerir. Bu haklar bakımından devletin yüklendiği edim hem pozitif hem de negatif niteliğe bürünebilmektedir. Örneğin devlet, özgür bir seçim ortamının gerçekleştirilebilmesi için bir yandan bireylerin aday olmalarını, propaganda yapmalarını engellemek gibi negatif bir yüküm altına girerken, diğer yandan da siyasi partilere ekonomik yardımda bulunmak, dürüst ve adil bir seçimin gerçekleşebilmesi için gereken önlemleri almak gibi pozitif edimleri yüklenmek zorunda kalabilmektedir. Bu aşamada belirtmek gerekir ki çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesi hakkı, yalnızca şahsına ilişkin konularda değil, içinde yaşadığı toplumu ilgilendiren meselelere ilişkin kararların alınması sürecine de katılımının sağlanmasını gerektiren bir haktır. Bu hak her şeyden önce, çocuğun toplumun eşit önem ve değerinde bir üyesi, yaş ve olgunluk seviyesine göre toplumsal meselelere ilişkin konularda görüşü alınması gereken bir paydaşı olarak kabul edildiği bir hukuksal-sosyal statünün garanti edilmesini gerektirmektedir¹⁰⁵⁶. Bu niteliğiyle hak, aktif statü hakları arasında yer almaktadır¹⁰⁵⁷. AIHM, hükümetin okullarda Rusça öğretimini zorunlu kılan politikasını protesto etmek üzere gerçekleştirilen kamuya açık toplantıya çocukların da dâhil olmak üzere herkesin

¹⁰⁵⁶ Sara L. AUSTIN, “Children’s Participation in Citizenship and Governance”, içinde: Barry PERCY - SMITH – Nigel THOMAS (ed.), **A Handbook of Children and Young People’s Participation Perspectives from Theory and Practice**, Taylor & Francis e-Library, 2009, ss. 245–253, s. 245; Joachim THEIS, “Children as Active Citizens An Agenda for Children’s Civil Rights and Civic Engagement”, içinde: Barry PERCY - SMITH – Nigel THOMAS (ed.), **A Handbook of Children and Young People’s Participation Perspectives from Theory and Practice**, Taylor & Francis e-Library, 2009, ss. 343–355, s. 355.

¹⁰⁵⁷ THEIS, “Children as Active Citizens An Agenda for Children’s Civil Rights and Civic Engagement”, s. 344.

katılabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁵⁸. Çocuğun toplumsal meselelere ilişkin kararların alınmasında görüşünün alınması hakkı, çocuğun ifade özgürlüğünün tanınmasını, böylece devletin müdahaleden kaçınması biçiminde negatif boyutu bulunmakla birlikte çocukların katılım haklarını kullanabilmeleri, konu hakkında çocuğun bilgilendirilmesi, çocuğun görüşünü açıklamasına yardımcı ve destek olacak usullerin belirlenmesi, gerektiğinde çocuğa danışmanlık hizmeti verilmesi gibi edimleri gerektirdiğinden, çocuğun katılım hakları, ağırlıklı olarak devletin pozitif edimlerini gerektirir.

1982 Anayasası'nın siyasi haklar olarak düzenlediği haklar, Jellinek'in haklar sınıflamasında "aktif statü hakları"na karşılık gelir. Bu hak ve özgürlükler, kişilerin devlet yönetimine katılma ve siyasal faaliyette bulunması ile ilgili haklardır. Bu hak ve özgürlükler, kural olarak, ancak vatandaşlar tarafından kullanılabilir. Bu haklardan bir kısmının öznesi olabilmek için genellikle belli bir yaş sınırı öngörülerek, öngörülen yaşa henüz erişmeyen çocukların bu hakları kullanamayacağı kabul edilmektedir. 1982 Anayasasında, "siyasi haklar ve ödevler" başlığı altında toplanan bu haklar, vatandaşlık hakkı, seçme ve seçilme hakkı, siyasi parti özgürlüğü, kamu hizmetlerine girme hakkı, dilekçe hakkı ve kamu denetçisine başvuru hakkı gibi hak ve özgürlüklerden oluşur. Türk hukukunda yararlanıcıları bakımından herhangi bir yaş sınırı öngörülme-yen dilekçe ve kamu denetçisine başvuru hakkını çocukların da kullanabilmesinde bir engel bulunmamaktadır.

Negatif statü haklarının, devletin olumsuz bir tutum takınmasıyla sağlanabileceği, pozitif statü haklarının ise, devletin müdahalesi ile gerçekleştirilebileceğini vurgulayan bu sınıflandırmanın, her hak bakımından her koşulda geçerli olamayacağı

¹⁰⁵⁸ *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, (Appl. No: 28793/02), parag. 74. Sözleşme'nin 11'inci maddesinde düzenlenen toplanma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası, 7 yaşından itibaren okullarda Rusça eğitiminin zorunlu olmasını öngören yasa hazırlığını protesto etmek üzere Hristiyan demokratik toplum Partisi tarafından organize edilen gösteriye, diğer gerekçeler yanında yasak olmasına rağmen çocukların da katılmasına izin verildiği gerekçesi ile söz konusu partinin faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması üzerine gündeme gelmiştir.

değerlendirilebilir¹⁰⁵⁹. Diğer yandan belli bir hakkın medeni, kişisel ya da ekonomik, sosyal, kültürel hak olarak nitelendirilmesi o hakkın koruma kapsamında yer alan tüm talepler bakımından geçerli olmayabilmektedir. Eğitim hakkı bu özelliği en fazla öne çıkan haklardan biridir. Nitekim eğitim hakkı kapsamında yer alan parasız ilköğretim hakkı; sosyal hak niteliğinde ve devletin olumlu edimini gerektiren bir hak iken, çocuğun ve ana babanın eğitimin türünü seçme hakkı kişisel hak niteliğiyle, devletin müdahalede bulunmama biçimindeki negatif edimini gerektiren bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer biçimde adil yargılanma hakkının, klasik negatif haklar arasında sayılmasına karşın, özellikle çocuklar bakımından tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için devlete çok sayıda olumlu edimi de yüklediği ifade edilmelidir. Aynı ilke çocuğun soy bağının korunması hakkı bakımından da özel olarak önem kazanmaktadır. Devletlerin çocuğun soy bağını haksız olarak değiştirmeme negatif yükümlülükleri yanında, çocuğun mümkün olan en kısa zamanda ailesine mensubiyetinin tanınmasını sağlamak üzere kimliğine ilişkin hususların kaydedilmesi, soy bağına ilişkin gerçeklerin ortaya çıkarılması amacıyla etkili bir hukuk sistemi kurulması gibi yükümlülükleri de aynı hakkın pozitif edimler gerektiren yönüne işaret etmektedir¹⁰⁶⁰.

Gemalmaz'ın da belirttiği gibi, kamusal otoritelerin müdahale etmemesi nitelendirmesiyle belirlenmeye çalışılan negatif haklar listesi içindeki haklar da aslında hak sahiplerinin onlardan yararlanabilmesi için, devletin çeşitli biçimlerdeki müdahalesi ve katkısını gerektirir¹⁰⁶¹. Hatta bütün insan haklarının devletin her iki tür edimini birlikte

¹⁰⁵⁹ ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 39.

¹⁰⁶⁰ *Mikulic v. Croatia*, (Appl. No: 53176/99), parag. 61.

¹⁰⁶¹ GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 568. Örneğin “işkenceye karşı korunma hakkı” devletin vücut bütünlüğüne müdahaleden kaçınmasını gerektirdiği gerekçesiyle tipik bir negatif hak olarak nitelendirilmektedir. Ancak işkencenin yaygın ve sistematik olarak uygulandığı bir ülkede kişinin işkenceden korunma hakkı, devlete negatif bir edimden çok daha fazlasını yükleyebilir. Böyle bir müdahalenin olmamasını sağlamak, kolluk kuvvetlerinin eğitim ve denetimiyle ilgili olarak devletin pozitif edimlerini gerektirir.

gerektirdiği değerlendirilebilir¹⁰⁶². Bir hakkın devlete yüklediği edimin pozitif ya da negatif niteliğinin görece daha ağır olması, yere ve zamana göre değişiklik gösterebilir¹⁰⁶³. Bunlara ek olarak AİHM'nin de kabul ettiği üzere mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi unsurlar da devletin pozitif önlemlerinin kapsamını etkilemektedir¹⁰⁶⁴. AİHM, özellikle aile içi şiddet mağduru olan çocukların ve diğer savunmasız kişilerin, kişi dokunulmazlığı hakkının ağır şekilde ihlal edildiği durumlara karşı, devlet tarafından etkin önleyici tedbirler alınmak suretiyle korunmaları gerektiğini pek çok kararında ifade etmektedir¹⁰⁶⁵. Dolayısıyla devletin yoğun pozitif edimlerini ve mali kaynaklarını gerektiren ve 1982 Anayasası sisteminde sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenen çocuğun korunmasını konu alan pek çok hak tanınmıştır (md. 41, 50, 56, 58, 59, 61). Anayasa Mahkemesi, bu hükümleri kendini koruma yeteneğinden yoksun çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile doğrudan ilgili olduğu için Anayasanın kişinin hakları ve ödevleri bölümünde yer alan özellikle 17'nci ve 20'nci maddede düzenlenen hakların pozitif yönlerini gösterdiğini kabul etmektedir.

AİHM, İrlanda hukukunda sadece ceza yargılamalarında hukuki yardım hakkı kabul edilmesi nedeniyle boşanma davası sürecinde bir avukat aracılığıyla kendisini temsil ettirme imkânı bulamamasının AİHS'nin 6'ncı maddesinin ihlali anlamına geldiğinin ileri sürüldüğü, *Airey v. Ireland* davasında, kişilere ücretsiz adli yardım sağlamanın devletin sosyal nitelikli ödevlerinden olduğu ve bu tür haklardan kaynaklanan

¹⁰⁶² DONNELLY, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, s. 43.

¹⁰⁶³ UYGUN, "İnsan Hakları Kuramı", s. 34.

¹⁰⁶⁴ Mahkeme, kaldığı bakım evinin yöneticisinin üvey oğlu tarafından tecavüze uğrayan Y'nin zihinsel engeli nedeniyle şikâyet başvurusu yapması nedeniyle babası X tarafından yapılan başvurunun, 16 yaşından büyüklerin şikâyet başvurusunu bizzat yapmalarını öngören yasa nedeniyle reddedilmesi üzerine gündeme gelen davada, başvuruçunun zihinsel engeli göz önünde bulundurulduğunda, bu nitelikli kişiler aleyhine işlenen cinsel bütünlüğüne yönelik fillerin cezasız kalmasına yol açacağını, devletin 8'inci maddeden kaynaklanan yükümlülüklerinin etkin ceza yargılamasına olanak vermeyi de kapsadığını ifade etmiştir. *X and Y v. the Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 28. Ayrıca bkz: *Ireland v. The United Kingdom*, (Appl. No: 5310/71), 10.09.2018, parag. 130.

¹⁰⁶⁵ *M. G. v. Turkey*, (Appl. No: 646/10), 22.3.2016, parag. 76. *Opuz v. Turkey*, (Appl. No. 33401/02), , parag. 159,

yükümlülüklerin gerçekleştirilmesinin devletin sosyal ve ekonomik gelişmesine bağlı olduğu, gerçekleştirilmelerinin süreç alacağı, İrlanda'nın Sözleşme'yi imzalarken, 6'ncı maddede yer alan ceza davalarında adli yardım hakkına ilişkin maddede yer alan yükümlülüğe ilişkin çekince beyan etmiş olduğunu bu çekincenin evleviyetle hukuk davalarında adli yardım hakkını kapsadığı savunmasını dikkate almamış, Sözleşme'nin temel olarak ekonomik, sosyal nitelikleri hakları tanımadığını ifade etmekle birlikte, Sözleşmede tanınan haklardan her birinin sosyal ve ekonomik yönünün olabileceğini kabul etmiştir¹⁰⁶⁶.

Günümüzde, devletin negatif edimini gerektirdiği kabul edilen kişisel, siyasal hakların yalnızca devletin karışmamasıyla (negatif bir tutum takınmasıyla) gerçekleşemeyeceği, aksine, bazı durumlarda devletin pozitif ediminin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Klasik hakların devlete pozitif edim yükleyebileceği AİHM içtihatlarında da benimsenmiştir. AİHM, içtihatlarında temel aldığı pozitif yükümlülükler doktriniyle, Sözleşme'de düzenlenen hakların etkili biçimde korunması bakımından taraf devletlerin olumlu edimlerinin önemine vurgu yapmaktadır¹⁰⁶⁷. Negatif-pozitif yükümlülük ayrımı yerine, AİHM'nin benimsemiş olduğu, insan haklarına saygı (respect), insan haklarını koruma (protect) ve insan haklarını yerine getirme (fulfill) şeklindeki üçlü sınıflandırmanın daha işlevsel olduğu açıktır. Buna göre, “saygı gösterme yükümlülüğü, negatif bir yükümlülük iken koruma ve yerine getirme yükümlülükleri ise devletin olumlu edimlerini gerektiren pozitif yükümlülüklerdir”¹⁰⁶⁸. AİHM özellikle yaşam hakkı ile vücut dokunulmazlığı haklarına yönelen kasıtlı olmayan ihlallerin

¹⁰⁶⁶ *Airey v. Ireland*, (Appl. No: 6289/73), 9.10.1979, parag. 29-30.

¹⁰⁶⁷ AİHM tarafından her bir hak bakımından geliştirilen pozitif yükümlülükler doktrini hakkında bkz: Alistair R. MOWBRAY, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Hart Publishing, Oxford, 2004.

¹⁰⁶⁸ David HARRIS – Michael O'BOYLE – Ed BATES – Carla BUCKLEY, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi, 2013, s. 19-22.

önlenmesinde Sözleşme'nin 2'inci maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğün, “etkin bir yargı sistemi” kurmak olduğunu vurgulamaktadır¹⁰⁶⁹. Mahkemeye göre, etkin bir yargı sisteminden söz edebilmek için, adli soruşturmanın, bir yandan ölümün hangi koşullarda meydana geldiğini aydınlatmaya, diğer yandan sorumluları tespit etmeye imkân vermesi gerekir¹⁰⁷⁰.

Diğer yandan öznenin “çocuk” olduğu durumlarda hak karşısında devletin yükümlülüğünün niteliğindeki “fark”ın kavranmasının kolay olmadığı ifade edilebilir. Bütün insan hakları devletin her iki tür edimini birlikte gerektirebileceği gibi¹⁰⁷¹, bir hakkın devlete yüklediği edimin pozitif ya da negatif niteliğinin görece ağırlığı, yere ve zamana göre de değişiklik gösterebilir¹⁰⁷². Çocuk haklarının “öznesinin incinebilir, hassas niteliğinden” kaynaklanan özel konumu da, hakkın devlete yüklediği edimin pozitif ya da negatif niteliğinin görece ağırlığını etkilemektedir. Bu çalışma çerçevesinde ortaya konulduğu üzere aynı konudaki temel haklar ile kıyaslandığında çocuklara özgü haklar, devlete yüklenen edimlerin konusu ve dolayısıyla niteliği bakımından önemli farklara sahip olabilmektedir. Yine anayasalarda sosyal hak olarak düzenlenen çocuğun korunması konulu hakların yerine getirilmemesi, klasik hak kabul edilen yaşam hakkının ya da maddi ve manevi varlığının korunmasını konu alan haklarının ihlal edilmesine neden olacaktır¹⁰⁷³. Nitekim çoğunlukla anayasaların sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenen çocuğun korunmasını konu alan haklarla ilişkili yükümlülükler,

¹⁰⁶⁹ *Akdemir and Evin Turkey* (Appl. No: 58255/08) ve 29725/09, parag. 50.

¹⁰⁷⁰ *Süleyman Ege c. Turquie*, (Appl. No: 45721/09), 25.6.2013, parag. 53; *Berü c. Turquie*, (Appl. No: 47304/07), 11.4.2011, parag. 40-41; *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), 10.4.2012, parag. 38, 43, 46; *Calvelli and Ciglio v. Italy*, (Appl. No. 32967/96), parag. 53; *Asiye Genç v. Turkey*, (Appl.No. 24109/07), 27.1.2015, parag. 83-84.

¹⁰⁷¹ DONNELLY, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, s. 43; Center for Economic, Social and Cultural Rights, **Economic, Social and Cultural Rights: A Guide to the Legal Framework**, Center for Economic, Social and Cultural Rights, New York, 2000, s. 8.

¹⁰⁷² Oktay UYGUN, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, Korkut TANKUTER (Ed.), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 13-44, s. 34.

¹⁰⁷³ *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 74.

konusu bakımından çocuğun yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları ile örtüşmektedir. Çocuğun maddi ve manevi varlığının ve gelişiminin desteklenmesini ve korunmasını konu alan haklar da çoğunlukla anayasaların sosyal haklar bölümünde düzenlenen eğitim hakkı yanında, her bir somut olay bağlamında klasik haklar arasında kabul edilen ve anayasaların medeni ve siyasal haklar bölümünde düzenlenen maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi (1982 AY. md. 17), özel yaşama saygı gösterilmesi, kişinin kişiliğini dilediği gibi geliştirmesi (1982 AY. md. 20), düşünce özgürlüğü, din inanç ve kanaat özgürlüğü¹⁰⁷⁴ (1982 AY. md. 25), haber veya fikir alma ya da verme özgürlüğü (1982 AY. md. 26), çocuğun kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılma hakkı, çocuğun özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi gibi haklarının konusu ile örtüşebilmektedir. AİHM, geçirdiği bir kaza sonucu bağımsız hareket yeteneğini kaybeden üniversite öğrencisinin, fakülte içindeki derslik ve laboratuvarlara erişimine olanak verecek yapısal düzenlemelerin eklenmesi konulu talebinin üniversite yönetimi tarafından reddedilmesi üzerine gündeme gelen başvuruda, eğitime erişiminin fiziki sakatlığından kaynaklanması ve dersliklere girmesine olanak sağlayan tadilatların yapılmamasının 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesi ile Sözleşme’nin 14’üncü maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasını ele alırken, Sözleşme’nin 8’inci maddesine ilişkin güvencelerin yorumlanmasına temel teşkil eden “kişisel özerklik kavramının” 1 No’lu Protokol’ün 2’inci maddesinde güvence altına hakların yaşama geçirilmesinde göz önünde bulundurulmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁷⁵. Anayasa Mahkemesi de aynı yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme, kusurlu davranışları ile evlilik birliğinin haksız

¹⁰⁷⁴ AİHM, bir dini inancı benimsemeyen öğrencinin din/ahlak dersi notlarına giriş yapılmamasını, böylece genel ortalamasının diğer öğrencilerle kıyaslandığında düşük kalmasını, Sözleşme’nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin 9’uncu maddesi ile ayrımcılık yasağına ilişkin 14’üncü maddesi çerçevesinde incelemiştir. Bkz: *Grzelak v. Poland*, (Appl. No: 7710/02), 22.11.2010, parag. 84-85.

¹⁰⁷⁵ *Enver Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 23065/12), parag. 65.

olarak sonlanmasına neden olan annesi aleyhine kişilik haklarının ihlali nedeniyle açtığı tazminat davasının reddedilmesi üzerine çocuğun Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvuruyu, Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenlemenin, AİHS'nin 8'inci maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması hakkına karşılık geldiğini ve somut olayda başvurucunun haksız fiil nedeniyle aile birliğinin bozulmasına ilişkin şikâyetlerinin Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁰⁷⁶.

İnsan haklarının sınıflandırılmasına yönelik denemelerden biri de, ortaya çıktıkları tarihsel dönemleri dikkate alarak, insan haklarını kuşaklara ayıran tasniftir. Klasik haklar olarak da adlandırılan birinci kuşak haklar, kişi özgürlükleri ile siyasal hakları içermekte olup¹⁰⁷⁷, Jellinek'in insan hakları sınıflandırmasındaki negatif ve aktif statü haklarına karşılık gelmektedir.

İnsan haklarının ikinci kuşağı, Jellinek'in sınıflandırmasında pozitif statü haklarına karşılık gelen ekonomik, sosyal ve kültürel hakları içermektedir. İkinci kuşak hakların özelliği, bireylerin öznel gereksinimlerinin sağlanmasına yardımcı olmasıdır. Böylece bu haklar, negatif özgürlükleri eşitlikle bağdaştırmak¹⁰⁷⁸ ve sosyal eşitliği ve adaleti sağlamak¹⁰⁷⁹ amaçlarına yönelmiş haklardır.

¹⁰⁷⁶ *Defne Su Poçulu Başvurusu*, (B. No: 2015/7477), 18.4.2019, parag. 35, 36, 41.

¹⁰⁷⁷ İbrahim KABOĞLU, **Dayanışma Hakları**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1996, s. 6.

¹⁰⁷⁸ TUNAYA, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, s. 207.

¹⁰⁷⁹ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 92.

Üçüncü kuşak olarak nitelendirilen haklar, farklı yazarlar tarafından “dayanışma hakları”, “halkların hakları”, “kolektif haklar”, “grup hakları” olarak adlandırılmışlardır. Kaboğlu, başlıca dört hakkı bu kategoriye sokar. Bu haklar, çevre hakkı, insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı, barış hakkı ve gelişme hakkıdır. Bu hakları ilk olarak ortaya atan Fransız hukukçu Karel Vasak’ın listesi de oldukça benzerdir: siyasal, ekonomik ve kültürel yönden kendi yazgısını belirleme hakkı, ekonomik ve sosyal gelişme hakkı, ortak insanlık mirasından yararlanma ve bu mirasa katılma hakkı, barış hakkı, sağlıklı ve dengeli çevre hakkı, insani amaçlı afet yardımı hakkı¹⁰⁸⁰. Görüldüğü üzere toplumsal ve uluslararası dengesizlik ve çatışmalar, dayanışma haklarının hukuk öncesi temelini oluşturmuştur¹⁰⁸¹. Çocuğun hayatta kalma ve gelişme haklarının gerçekleştirilmesi, özellikle toplumsal ve ulusalüstü topluluklar arasındaki dengesizlikler, savaş-barış çelişkisi, sınai ve teknolojik gelişmelerin çevrede yol açtığı zararlar karşısında çocuk lehine daha da ağırlaştırılmış yükümlülükleri gerektirir. Bu yükümlülükler, çocuğun hayatta kalma ve gelişme hakkının gerçekleşmesinin, savaşız bir dünyada, sürdürülebilir bir çevrede, her toplumun üyelerinin en temel ihtiyaçlarının mutlak surette karşılanmasını olanaklı kılan doğal kaynakları üzerinde egemenliğinin kabul edildiği ve korunduğu bir sosyal-siyasal bilinci gerektirir.

Üçüncü kuşak haklar arasında kabul edilen “kentsel haklar¹⁰⁸²” da çocuğun “katılım hakkı” ile “dinlenme, boş zamanı değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence (etkinliklerinde) bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkı” (ÇHS

¹⁰⁸⁰ Alan DUBEN, **İnsan Hakları ve Demokratikleşme: Yerel Yönetimlerin ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü**, WALD İnsan Hakları Serisi, Kent Basımevi, İstanbul, 1994, s. 19-21.

¹⁰⁸¹ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 45.

¹⁰⁸² Mahmut GÜLER, “Kentsel Haklar, Kapitalizm ve Katılım”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 66, Sayı 1, 2011, ss. 49-71; İlhan TEKELİ, “Kentleşmeye Kapital Birikim Süreçleri Açısından Bakmanın Sağladığı Açıklama Olanakları”, **Defter Dergisi**, Cilt 5, 1988, ss. 128-138; İlhan TEKELİ, “Kente Karşı İşlenen Suç mu? Yoksa Kentlinin Gasp edilen Hakkı mı?”, **Bozkurt Güvenç’e Armağan**, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara, 1994, ss. 463-473; İlhan TEKELİ, “İnsan Haklarının Yerleşmeye ve Mekana İlişkin Boyutları”, içinde: Ferzan YILDIRIM (ed.), **İnsan, Çevre, Kent**, Demokrasi Kitaplığı Yayınevi, İstanbul, 2002, ss. 15-29.

md. 31) ile örtüşmektedir. Çocuğun oyun hakkı, kültürel ve sanatsal yaşama katılma hakkı, kişiliğini geliştirebileceği olanaklara sahip olduğu, insan haklarını temel alan bir kentleşmeyi gerektirmektedir¹⁰⁸³. Azınlık ya da yerli ırklara mensup çocuklar bakımından kültürel kimliğine saygı hakkı da (ÇHS md. 30), çocuğun ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılmasını men eden halkların hakkı niteliğinde bir haktır. Bu niteliğiyle üçüncü kuşak haklar arasında değerlendirilebilir.

İnsan hakları kavramı dinamik bir kavramdır. Herhangi bir belgede yazılı metinlerle sınırlı olmaması, öteden beri sürdürülegelen mücadelelerle yeni boyutlar kazanmaya devam etmesi, bilimsel gelişmelerin, değişen teknik koşulların ortaya çıkardığı tehditlerin ve sorunların, insanlığın kendini, içinde yaşadığı toplumu ve çevreyi yeniden anlamlandırma çabaları, insan haklarına bu dinamizmi doğal olarak kazandırmaktadır. Bunun anlamı, insan hakları olarak ileri sürülen haklar listesinin, değişen zamana ve yaşanan gelişmelere bağlı olarak değişip gelişebilmesidir¹⁰⁸⁴. Bu dinamizmin bir göstergesi olarak dördüncü kuşak haklardan söz edilmekte ve insan geninin korunması hakkı, gelecek nesillerin korunması hakkı gibi haklar ile nano teknoloji ve gen teknolojilerinin insan onuruna aykırı müdahalelerinden korunma hakkı bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁰⁸⁵. Bu hakların konuları, çocuk hakları kataloğunun da zenginleşmesini beraberinde getirecektir.

B. Öznenin “Çocuk” Olmasının Hakların Niteliğine Etkisi

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareketle görüldüğü üzere bir temel hakkın devlete yüklediği edimin niteliğini etkileyen unsurlardan biri de hakkın öznesinin

¹⁰⁸³ TEKELİ, “İnsan Haklarının Yerleşmeye ve Mekana İlişkin Boyutları”, s. 22.

¹⁰⁸⁴ Anıl ÇEÇEN, **İnsan Hakları**, Üçüncü Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 2000, s. 3.

¹⁰⁸⁵ UYGUN, **Devlet Teorisi**, s. 498.

statüsüdür. Kişinin “çocuk” olmasından kaynaklanan statüsü de haklarının gerçekleştirilmesi için alınması gereken önlemlerin niteliğini etkilemektedir¹⁰⁸⁶. Savunmasız ve kırılgan yapıları nedeniyle özel olarak korunması gereken çocukların haklarının korunması, özel önlemler alınmasını gerektirir. Çocuklar bakımından kimi haklarının yaşama geçirilmesine yönelik edimlerin niteliği, aynı hakkın “herkes” bakımından yaşama geçirilmesi için devletten beklenen edimlerin niteliğinden farklılık gösterebilir. Nitekim “herkes” bakımından, negatif hak olarak kabul edilen kişi dokunulmazlığı hakkı, çocuğun ihmal ve istismardan korunması amacıyla devletin öncelikle pozitif edimlerini gerektirdiği için, çocuklar bakımından ağırlıklı pozitif statü hakkı niteliğine bürünmektedir. Yine yetişkinler bakımından negatif statü hakkı niteliğinde olan düşünceyi açıklama özgürlüğü, çocuğun düşüncesini açıklamasını sağlamak amacıyla, konu hakkında bilgilendirilmesi ve çocukların ilişkide bulunduğu aile, okul, yatılı kurumlar, iş yeri, medya ortamlarında, görüşlerini açıklamaları konusunda etkin önlemler ve kolaylıklar sağlanması ve mekanizmalar kurulması konusunda, pozitif nitelikli edimleri gerektirmektedir. Yine örneğin çocukların düşüncelerini açıklama haklarının ihlali durumunda şikâyet edebilecekleri çocuklara özgü idari, adli kurumların ve usullerin kabulü de yine pozitif nitelikli edimleri gerektirmektedir¹⁰⁸⁷.

Yetişkinler bakımından klasik hak olarak nitelenen bazı haklar, çocukların özel olarak korunma ve gelişimlerinin güvence altına alınması ihtiyaçları nedeniyle korunmalarını ve desteklenmelerini konu alan boyutları da içerir. Çocuğun kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, zorla çalıştırılma yasağı gibi hakları bu niteliktedir.

¹⁰⁸⁶ Aoife NOLAN, **Children’s Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts**, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2011, s. 13.

¹⁰⁸⁷ BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 137.

Yetişkinler bakımından genel olarak negatif statü hakkı niteliğindeki yaşam hakkının da özellikle yaşamının ilk yıllarındaki çocuklar bakımından, devletin pozitif edimlerini gerektirdiği açıktır¹⁰⁸⁸. Çocuğun doğum öncesi ve doğum sonrası dönemde temel sağlık hizmetlerinden yararlandırılması, yeterli beslenmesinin sağlanması, terkedilmeye karşı korunması, doğumdan sonra nüfus siciline kaydolmasının sağlanması, çocuğun yaşam hakkının korunması bakımından söz konusu olan pozitif edimlerdenidir. Bu nedenle özellikle küçük çocuklar için yeterli sağlık hizmeti alma ve beslenme haklarının garanti edilmesi, yaşam hakkının korunması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla çocuğun yaşam hakkı konusunda devlet tarafından alınması gereken önlemlerin kapsamı genişlemektedir¹⁰⁸⁹. Bu önlemler çoğunlukla sosyal haklara ilişkin anayasal düzenlemelerle ilişki içindedir. AİHM, Sözleşme’de düzenlenmemiş olmasına rağmen sağlık hizmetlerinin sunulmasından kaynaklanan yaşam hakkı ihlallerini, yaşam hakkı ile ilişkisi nedeniyle denetlemektedir. Örneğin *Asiye Genç v. Turkey* başvurusunu¹⁰⁹⁰ yaşam hakkına ilişkin 2’nci madde yönünden incelemiştir. Mahkeme hastaneler arasında koordinasyon sağlanmaması ve başvuru doktorlardan hiçbirinin

¹⁰⁸⁸ HIV virüsünün anneden bebeğine geçmesini önlemek için kullanılan “Nevirapine” adlı ilacın sadece pilot bölgelerde bulundurulmasına uygulaması, bir davada Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Mahkeme, Anayasa’nın “herkesin sağlık hizmetlerine erişim hakkına erişim hakkına sahip olduğu hükmü (md. 27) karşısında devlet hastanelerinde doğan ve kamusal desteğe gereksinim duyan bebekler ve anneleri için “Nevirapine” uygulamasının yaşamsal değer taşıdığını; sonuç olarak da devletin, hayat kurtaran temel bir tıbbi müdahaleden kişinin men edilmesinin etkisine üstün tutulabilecek yeterli seviyede inandırıcı ve makul gerekçelere sahip olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, ilacın kullanımının kolaylaştırılması için devlete gerekli tedbirleri alması yönünde emredici bir hüküm vermiştir. Karar, sosyal hakların dava yoluyla korunmasına dair önemli bir örnek niteliğindedir. *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15 bkz: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html> Erişim tarihi: 1.4.2019. Serkan YOLCU, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, s. 185; ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, s. 219.

¹⁰⁸⁹ ÖZMERT, “Erken Çocukluk Gelişiminin Desteklenmesi-I: Beslenme”, s. 179; Elif N. ÖZMERT, “Erken Çocukluk Gelişiminin Desteklenmesi-III: Aile”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, Cilt 49, Sayı 3, 2006, ss. 256-273, s. 256.

¹⁰⁹⁰ Daha önce de ele alınan bu dava başvurusunun prematüre doğan oğlunun doğumdan kısa bir süre sonra solunum güçlüğü çekmeye başlaması üzerine 110 km. uzaklıktaki yeni doğan yoğun bakım ünitesi bulunan bir hastaneye sevk edilmesi, ancak sevk edildiği hastane tarafından yeni doğan ünitesinde boş yer bulunmaması nedeniyle hastaneye kabul edilmemesi neticesinde ambulansa yaşamını yitirmesi üzerine gündeme gelmişti. (B. No: 24109/07).

bebeğin sorumluluğunu almaması neticesinde meydana gelen ölüm olayının, sadece yer bulunmaması ile gerekçelendirilemeyeceğine, söz konusu bölgede yer alan hastanelerdeki araç ve gereçlerin niceliği ve durumunun yeterli kabul edilemeyeceğine, bu durumun devlet hastanesi hizmetinin ya da daha genel anlamda sağlık koruma sisteminin uygun bir şekilde düzenlenmediği ve işleyişinin yeterli düzeyde sağlanmadığını gösterdiğine işaret etmiştir. Buradan hareketle başvuranın oğlunun uygun acil tedaviden yoksun bırakılmasının, kişinin hayatını tehlikeye sokacak şekilde tıbbi bakımdan yoksun bırakılma anlamına geldiğini kabul etmiştir¹⁰⁹¹.

Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da bu yöndedir. Mahkeme, Anayasanın 148'inci maddesi uyarınca Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları incelemekle yetkili olmakla birlikte, sağlık hizmetleri çerçevesinde yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan yaşam hakkı ya da maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlali iddialarını incelemektedir. Mahkeme, AİHM'ye paralel bir yargısal tutumla, yaşam hakkı kapsamında ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamlarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemesini gerekli görmektedir¹⁰⁹². Örneğin gerekli tetkik ve incelemeleri yapmamaları ve uygulanan ilaç tedavisinin yetersiz kalması nedeniyle 9 yaşındaki kızının yaşamını yitirmesinden sorumlu olduğunu iddia ettiği doktorların soruşturma izni verilmemesi nedeniyle yargılanmadığı iddiasıyla yapılan başvuru üzerine Mahkeme, devletin yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsadığını ifade etmiştir. *Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş Başvurusunda* ise, başvuruçuların diğer şikâyet

¹⁰⁹¹ *Calvelli ve Ciglio v. Italy*, (Appl. No: 32967/96), parag. 49, *Sevim Güngör v. Turkey*, (Appl. No: 75173/01), 14.4.2009.

¹⁰⁹² *Turgay Çamlı Başvurusu*, (B. No: 2012/1266), parag. 37.

konuları yanında, hastanede bulunan tüm solunum cihazlarının başka hastalar için kullanılmakta olduğu, bu durumun bir sonucu olarak Alper Okumuş'un tedavisi için kullanılabilecek bir solunum cihazının olay anında hastanede mevcut olmadığına anlaşıldığını tespit ederek, sağlık hizmetlerini hastaların yaşamlarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenleme yükümüne işaret eden maddi boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰⁹³. Böylece Mahkeme, yaşam hakkının korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerin sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsadığını, Anayasa'nın 56'ncı maddesinde yer alan yükümlülüğün hareketle sağlık hizmetlerinin hastaların yaşamlarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesinin zorunlu olduğunu kabul etmiştir. Görüldüğü üzere, Mahkemeye göre yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülük sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır. Anayasa'nın 56'ncı maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, devletin “*herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini*” sağlayarak yerine getireceğinin kurala bağlandığını göz önünde bulundurmaktadır. Böylece Mahkeme, Anayasa'nın kişi

¹⁰⁹³ *Alper Okumuş Başvurusu*. (B. No: 2013/4086), 20.4.2016, *Mahkeme'nin Alper Okumuş başvurusunda, yaşam hakkının korunmasına yönelik pozitif edimleri, etkili bir yargısal sistem kurma yükümü biçiminde bir usulü yüküm ve sağlık hizmetlerini hastaların yaşamlarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenleme yükümü biçiminde bir maddi yüküm olarak ikili bir ayrım çerçevesinde ele alması AİHM'nin yargısal tutumu ve önceki bireysel başvurularda da benimsediği içtihatları ile örtüşmektedir. Mahkeme, yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif edimlerin maddi boyutu olarak nitelendirdiği, “sağlık hizmetlerini hastaların yaşamlarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenleme” yükümünü somutlaştırırken, o anda hastanede Alper Okumuş için kullanılabilecek “solunum cihazının bulunmamasının Alper Okumuş'a etkisi”, “hastanede uzman doktor bulunmaması” hususlarına işaret etmiş ancak Alper Okumuş'un bu eksiklerden etkilenip etkilenmediği hususlarında sürmekte olan dava henüz kesinleşmediğinden, anılan aşamada dava dosyasındaki bilgi ve belgelere göre değerlendirme yapmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle yaşam hakkının maddi boyutu hakkında bir karar veremediğini ifade etmiştir. Diğer yandan “solunum cihazı eksikliği, yeterli sayıda uzman doktor bulunması gibi hususlar, niteliği gereği devletin mali kaynaklarının tahsisini gerektiren yükümlülüklerdir. AİHM de aynı şekilde *Asiye Genç v. Turkey* davasında, söz konusu bölgede yer alan hastanelerdeki araç ve gereçlerin niceliği ve durumunun yeterli kabul edilemeyeceğini göz önünde bulundurarak sonuca ulaşmıştır. Dolayısıyla, yaşam hakkının pozitif yönünün maddi boyutu hem AİHM, hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında “hastanelerdeki araç ve gereçlerin niceliği ve durumunun yeterliliğini”de gerektirmektedir. parag. 92,93.*

hak ve özgürlükleri kısmında düzenlenen bir hakkın yerine getirilmesindeki yükümlülüklerin kapsamının tespitinde sağlık alanında yürütülen faaliyetlerin niteliğinden kaynaklanan ihlalleri de dikkate almakta Anayasa'nın ekonomik ve sosyal haklar kısmında yer alan 56'ncı maddesine atıf yapmaktadır¹⁰⁹⁴.

Sağlık hizmetlerinin sunulmasındaki özellikle tesislerin ve personelin yetersizliğinden kaynaklanan kişinin yaşam, maddi ve manevi varlığı ihlalleri karşısında devletin sorumluluğunun çerçevesini belirlemede, Anayasa Mahkemesi'nin AİHM ile kıyaslandığında 1982 Anayasası sisteminde açık bir anayasal dayanağa sahip olduğu için daha elverişli bir konumda olduğu değerlendirilebilir¹⁰⁹⁵. Bizzat Anayasa, Devletin yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlüğünün sağlık hizmetleri alanındaki çerçevesini düzenlemiştir. Devletin bu alandaki pozitif yükümlülükleri, bu görevlerin yerine getirilmesini gerektirir. Anayasa Mahkemesi de, çok yerinde bir içtihadi tutumla Anayasa hükümlerinin birbiri ile olan ilişkilerini dikkate almış ve Anayasanın 17'nci maddesinde yer alan hakkın gereklerinin yerine getirilmiş kabul edilebilmesi için 56'ncı maddeden kaynaklanan yükümlülüklerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁹⁶.

Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ise devletin kasıtlı ve hukuksuz şekilde ölüme sebebiyet vermekten kaçınmasının yanı sıra kendi hukukuna tabi kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü gündeme getirmektedir.

¹⁰⁹⁴ *Turgay Çamlı Başvurusu*, (B. No:2012/1266), parag. 37; *Ahmet Acartürk Başvurusu*, (B. No: 2013/2084, 15.10.2015, parag. 51.

¹⁰⁹⁵ AİHM, hakların yerine getirilmesinde taraf ülkeler hukuk sistemlerinde ortak bir kriterin oluşmadığını değerlendirdiği hâllerde, hakkın yerine getirilmesi amacıyla tercih edilecek usulün tespiti konusunda taraf devletin takdir yetkisinin bulunduğunu kabul edebilecektir. 1982 Anayasası ise yaşam hakkının korunması için sunulması gereken sağlık hizmetlerinin sunumunda Devletin “herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak ... amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek”le yükümlü olduğunu ayrıca, “sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kur”abileceğini düzenlemiştir.

¹⁰⁹⁶ *Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu*, (B. No: 2015/4662), parag. 80.

AIHM, yaşam hakkının korunmasının haksız müdahalede bulunmama yükümü yanında yakın ve öngörülebilir tehlikelere karşı korumayı da içeren pozitif yönünün bulunduğunu, bu edimlerin kapsamının mağdurun çocuk olması durumunda genişleyeceğini kabul etmektedir. Örneğin Mahkeme; yaşam hakkının korunması hakkının, öğrencilerin, özellikle savunmasız olan ve yetkililerin özel denetimi altında bulunan küçük çocukların, sağlığını koruma yükümlülüğü taşıyan okul yetkililerinin yükümlülüklerinin kapsamının genişlemesini gerektirdiğini kabul etmiştir¹⁰⁹⁷. Yedi yaşındaki bir öğrencinin, kar yağışı nedeniyle okulun erken dağılmasından sonra okul yönetiminin okulun erken dağıldığını ücretsiz ulaşım sağlayan belediye otobüs idaresine haber verilmemesi nedeniyle otobüs gelmediği için eve yalnız dönmeye çalışırken donarak hayatını kaybetmesine ilişkin davada Mahkeme, “potansiyel riskleri en aza indirmek ve öğrencileri korumak amacıyla okul yetkililerinden temel tedbirler alınmasının beklenebileceğini” ifade etmiştir¹⁰⁹⁸.

Görüldüğü üzere AIHM’nin yaklaşımında çocuğun yaşam hakkının korunması bakımından alınması gereken önlemlerin kapsamı, çocuğun incinebilir kırılgan doğası ve henüz muhakeme yeteneğinin gelişim aşamasında olması nedeniyle genişlemektedir. Bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir. Mahkemeye göre devlet tarafından işletilen tehlikeli faaliyetler söz konusu olduğunda çocuklar, bedensel veya zihinsel engelliler ya da benzeri durumda olan diğer kişiler bu tür tehlikeli faaliyetlere karşı korunmaya diğer kişilere göre daha fazla muhtaçtır. Ayrıca çocuklar, yetişkinlerin sahip olduğu muhakeme yeteneğine sahip olmadıklarından özel olarak korunmaya muhtaçtır. Kendilerine yönelen tehlikeye karşı yetişkinlerden gösterilmesi beklenen

¹⁰⁹⁷ *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu v Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 35.

¹⁰⁹⁸ parag. 41.

asgari özeni sergilemelerini çocuklardan beklemek haklı değildir¹⁰⁹⁹. Mahkeme, devletin çocukların yetişkinlerin sahip olduğu muhakeme yeteneğine sahip olmadıklarını göz önünde bulundurarak faaliyet yürütmesini gerekli görmekte ve devletin yaşamı koruma yükümlülüğü açısından yapılacak olan değerlendirmede, çocukların bedensel ve ruhsal gelişimlerinin gerektirdiği önlemlerin alınmasını beklemektedir¹¹⁰⁰. Mahkeme'ye göre, kamusal makamların “Yaşamı koruma yükümlülüğü açısından yapılacak olan değerlendirmelerde çocuklar, bedensel veya zihinsel engelliler ya da benzeri durumda olan diğer kişilerin durumlarını dikkate alması” gerekir¹¹⁰¹.

Çocukların yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin bireysel başvurularda da Mahkeme, yaşamı korumaya yönelik alınması gerekli tedbirlerin niteliğini belirlerken çocukların söz konusu özelliklerini gözetmiş ve buna göre bir sonuca varmıştır. Türkiye-İran sınırında sınır güvenliğini temin amacıyla oluşturulan mayınlı bölge yakınında hayvan otlatırken ağır yaralanan onüç yaşındaki çocuğun başvurusunu Anayasa'nın 17'nci maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı bakımından ele almış ve yetkililer tarafından alındığı belirtilen önlemlerin ve nöbetçi askerin uyarılarının sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek olan başvuru ve arkadaşlarının mayınlı sahaya girmesini engelleyemediğini ve dolayısıyla yaşam hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir¹¹⁰². Mahkeme, özel korunmaya muhtaç olduklarında şüphe bulunmayan

¹⁰⁹⁹ Dokuz yaşında bir çocukken demir yolunda bulunan yüksek gerilim hattındaki kablolardan kaynaklanan elektrik akımına kapılarak ağır bir şekilde yaralanması ve bu yaralanma sonucunda bedensel engelli kalmasından kaynaklanan bireysel başvuruda Mahkeme, çocukların bir yetişkinin sahip olduğu muhakeme yeteneğine sahip olmaması nedeniyle özel olarak korunması gerektiğini kabul etmektedir. *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, (B. No: 2014/5973), 13.9.2017, parag. 64. Aynı yönde bkz. *Selman Tumor ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2015/18754) 12.9.2019, parag. 48.

¹¹⁰⁰ *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, (B. No: 2014/5973), parag. 65.

¹¹⁰¹ *Selman Tumor ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2015/18754), parag. 49.

¹¹⁰² *Salih Ülgen ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2013/6585), parag. 46. Benzer yönde *Adem Ülgen ve Diğerleri*, (B. No: 2013/6581, 25/2/2015, parag. 42. Kararda Mahkeme, yetkililer tarafından alındığı belirtilen önlemlerin ve nöbetçi askerin uyarılarının sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek olan başvuru ve arkadaşlarının mayınlı sahaya girmesini engelleyemediği, koyun sürüsünün dahi tel örgüleri aşabildiği, dolayısıyla başvurulardan Adem Ülgen'in yaralanmasına

çocuklara ancak yetişkinlerden beklenebilecek davranışları sergileme yükümlülüğü yükleyeceğine işaret ederek böyle bir kabulün çocukların hayatta kalması için mümkün olan azami çabayı göstermesine ilişkin yüküm ile hiçbir şekilde bağdaşmayacağını vurgulamıştır¹¹⁰³.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, henüz kendilerini koruma yetenekleri yeterince gelişmeyen çocukların maddi ve manevi varlıklarının korunması hakkının, yetişkinlere göre daha yoğun tedbir alınmasını gerektirdiğini kabul ettiği anlamına gelmektedir.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı, Anayasa'nın 5'inci maddesi ile birlikte ele alındığında devlete pozitif yükümlülükler de yükler¹¹⁰⁴. Söz konusu pozitif yükümlülükler çerçevesinde alınması gereken tedbirler her somut olayın özgün koşulları çerçevesinde belirlenmelidir¹¹⁰⁵. Mahkemeye göre mağdurun çocuk olduğu durumlarda koruma önlemlerinin kapsamı genişlemektedir¹¹⁰⁶. Mahkeme, başvurucunun 9

neden olan mayın patlamasının meydana gelmemesi için alınması gerekli güvenlik tedbirlerinin somut olayda yeterli düzeyde bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

¹¹⁰³ Hüseyin Münüklü Başvurusu, (B. No: 2014/5973), parag. 66.

¹¹⁰⁴ A.B. ve B.B. Başvurusu, (B. No: 2015/7161), parag. 54. Mahkeme'ye göre Anayasa'nın 17'nci maddesiyle insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarlara Anayasa'nın farklı maddelerinde yer verilmiştir. Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8'inci maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunması hakkına karşılık gelmektedir. (Halime Sare Aysal Başvurusu, (B. No: 2013/1789), parag. 47; A.Z.Ö. Başvurusu, (B. No: 2014/546), parag. 62.

¹¹⁰⁵ A.Z.Ö. Başvurusu, (B. No: 2014/546), parag. 63.

¹¹⁰⁶ Gürkan Kaçar ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/11855), 13/9/2017, parag. 69. Mahkemeye göre "ifade edilmesi gereken bir diğer husus da çocuklar, bedensel veya zihinsel engelliler ya da benzeri durumda olan diğer kişilerin bu tür tehlikeli faaliyetlere karşı korunmaya diğer kişilere göre daha fazla muhtaç olduklarıdır. Başka bir ifadeyle çocuklar ve zihinsel engelliler, yetişkinlerin sahip olduğu muhakeme yeteneğine sahip olmadıklarından özel olarak korunmaya muhtaçtır. Çocuklardan ve zihinsel engellilerden olaylara ve özelde kendilerine yönelen tehlikeye karşı yetişkinlerden gösterilmesi beklenen asgari davranışları sergilemelerini beklemek mümkün değildir. Söz konusu yükümlülük, özellikle çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve failerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar, çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı

yaşındayken bir demir yolu hattının yakınında bulunduğu sırada trenlere enerji sağlayan elektrik kablolarından kaynaklanan elektrik akımına kapılarak ağır biçimde yaralanması sonucu sol dizinin altının amputé edilmesi, sol el ve kolunda fonksiyon bozukluğu meydana gelmesi üzerine yaptığı bireysel başvuruyu yaşam hakkı çerçevesinde ele almış, Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkının, yalnızca kasti ve hukuka aykırı olarak ölüme sebebiyet vermekten kaçınması biçiminde negatif yükümlülüğü değil aynı zamanda kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirlerin alınmasına dair pozitif yükümlülükleri gerektirdiğini hatırlattıktan sonra¹¹⁰⁷ söz konusu yükümlülüğün kapsamını çocuklar bakımından değerlendirmiştir. Mahkeme, çocukların bedensel veya zihinsel engelliler ya da benzeri durumda olan diğer kişilerin bu tür tehlikeli faaliyetlere karşı korunmaya diğer kişilere göre daha fazla muhtaç olduklarını ifade ederek kamu makamlarının “tehlike içeren faaliyetleri yürütürken” insan davranışlarına ilişkin öngörülerinde, çocukları ve özel korunmaya muhtaç olan diğer kişileri özellikle dikkate almaları ve buna göre belirleyecekleri elverişli idari tedbirleri derhal uygulamaya koymaları yükümüne işaret etmiştir¹¹⁰⁸. Görüldüğü üzere Mahkeme, hakkın öznesinin çocuk olduğu durumlarda pozitif yükümlülüklerin kapsamının genişlediğini kabul etmektedir.

Benzer biçimde, çalışma yaşamına ilişkin haklardan çalışma özgürlüğü, çalışma yaşamına katılmak isteyen hiç kimseye engel olmaması biçiminde negatif statü hakkı boyutuna sahipken (AY. md. 48), çalışma hakkı (AY. md. 49), kadınlar bakımından, kadın istihdamını kolaylaştırıcı önlemlerin alınmasını, özellikle çalışan kadınlar bakımından doğum izni, süt izni, çocuk yuvalarının kurulması gibi yükümlülükleri

cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almasına özellikle vurgu yapılmaktadır.” Ayrıca bkz: AYM E: 2015/43, K: 2015/10, k.t. 12.11.2015, parag. 16.

¹¹⁰⁷ Hüseyin Münüklü Başvurusu, (B. No: 2014/5973), parag. 34, 47.

¹¹⁰⁸ Hüseyin Münüklü Başvurusu, (B. No: 2014/5973), parag. 63-64.

gerektirmesi nedeniyle, pozitif statü yönü öne çıkan bir hak niteliği kazanmaktadır. Çalışma hakkının devlete yüklediği edimin ölçüsü çocuklar söz konusu olduğunda daha da genişlemekte, “*çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma*”sı devlete bir ödev olarak yüklenmektedir (ÇHS md. 32). Görüldüğü üzere çalışma hakkı, kadın bakımından çalışma yaşamına katılması için destekleyici önlemlerin alınması niteliğindeki pozitif nitelikli edimleri gerektirirken, çocuklar söz konusu olduğunda çocuğun belli alanlarda çalışmasının yasaklanması da dâhil olmak üzere çocuğun çalışma yaşamında korunmasını amaçlayan pozitif edimlerin genişlemesini gerektirmektedir.

Anayasanın “*zorla çalıştırma yasağı*” başlıklı 18’inci maddesinin “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır*” hükmünün bir gereği olarak çocukların sömürüye ve zorla çalıştırmaya karşı korunma hakları güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer alan “*Küçükler ... çalışma bakımından özel olarak korunurlar*” hükmüne yer veren 50’nci maddesi ise çocuklar bakımından, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağını ve angaryanın yasak olduğunu hükme bağlayan 18’inci maddede yer alan güvencenin, pozitif görev yönüne ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. AİHM de çocuklar söz konusu olduğunda, zorla çalıştırılmaya karşı korunma hakkını güvence altına almaya yönelik pozitif edimlerin genişlediği görüşündedir¹¹⁰⁹. Nitekim Togo vatandaşı olan başvurucunun, yol masrafları karşılığında bir süreliğine Bay ve Bayan D için ev işlerinde yardımcı statüsünde çalıştıktan sonra Fransa’da daha iyi bir eğitim alabileceği bir okula yerleştirileceği vaadiyle Fransa’ya getirilmesi ancak Fransa’ya varmasından sonra pasaportu kendisinden alınarak ülkede kanunlara aykırı olarak bulunması ile korkutularak hizmetçi olarak çalıştırılması, takip

¹¹⁰⁹ *Siliadin v France*, (Appl. No: 73316/01), parag. 148.

eden dönemde Bayan B'ye kiralanması, Bayan B'nin evinde de bir ücret ödenmeksizin hafta sonları da dâhil olmak üzere çalıştırılması üzerine gündeme gelen başvuruda Mahkeme, çocukların köle statüsünde çalıştırılması veya zorla çalıştırılması yasağının kapsamına ilişkin önemli saptamalarda bulunmuştur¹¹¹⁰. Başvurucu ceza kanundaki bu fiillerin tanımına ilişkin düzenlemelerin yoruma açık olması nedeniyle kendi durumundaki mağdurların zorla çalıştırılma ya da zorunlu çalıştırılmaya tabi tutulmasını önlemekten uzak olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen kölelik ve zorla çalıştırma yasağı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesine engel olduğunu ileri sürmüştür¹¹¹¹. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen zorla çalıştırılma yasağı, özellikle mağdurun yaş ve göçmenlik statüsü dikkate alınarak daha geniş koruma önlemleri alınmasını gerektirir¹¹¹².

C. Öznenin Çocuk Olmasının Sosyal ve Ekonomik Haklardan Doğan

Yükümlülüklerle Etkisi

Devletin çocuk hakları karşısındaki konumu her bir çocuk hakkının niteliğine göre farklılık göstermektedir. Klasik hak niteliğindeki çocuk hakları karşısında daha çok hak

¹¹¹⁰ Ulusal mahkemeler hukuk yargılaması sonucunda, başvurunun göçmen olmasından ve başkalarına bağımlı statüsünden kaynaklanan hassas durumunu göz önünde bulundurarak sömürüye maruz bırakıldığını kabul etmiş ve faillerin Bayan Siliadin'in emeğinin tüm karşılığını ödemelerini de kapsayan tazminata hükmetmişlerdir. Ayrıca kendisine yasal oturum hakkı verilmesi böylece okula devamının sağlanması da dâhil olmak üzere bir dizi giderimde bulunulmuştur. Bununla birlikte, evden ayrılmasının tamamen yasaklanmamış olması ve isteseydi kaçabilecek durumda olması karşısında başvurunun maruz kaldığı muamelenin Fransız ceza hukukunda yaptırıma bağlanan kölelik, hizmetçilik ve zorla veya zorunlu çalıştırma seviyesinde olmadığı gerekçesiyle failler aleyhine ceza yargılaması sonunda ceza verilmemiştir.

¹¹¹¹ Mahkeme öncelikle daha önceki kararlarında kabul ettiği üzere kişilerin İLO Sözleşmelerine, Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına dair Ek Sözleşme ile BM ÇHS'ye atıfla "özellikle çocuklar ve korunmasız diğer bireylerin, bu tür ciddi kişisel bütünlük ihlallerine karşı etkili bir caydırıcılık konusunda Devletin korunmasına hak kazanacağını" vurgulamıştır. Bu kararlar için bkz: *X and Y v. the Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 21-27; *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 22083/93, 22095/93), parag. 62-64; *A. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 22-24. Karar No: (100/1997/884/1096).

¹¹¹² Siliadin kararında Mahkeme, daha önce pek çok davada olduğu gibi, pozitif yükümlülüklerle ilgili olarak devletin, bir bireyin haklarının bir başkası tarafından ihlal etmesi söz konusu olduğunda yeterli bir cezai yaptırım getirilip getirilmediğini inceleme konusu yapmıştır. Mahkeme'nin gerekçesinde, mevcut ceza kanununun çocukları istismar edenlerin başarılı bir şekilde kovuşturulmasının sağlanması için yeterli olmadığını belirtmiştir. parag. 148.

ve özgürlükleri zedelememe ile yükümlü olan devlet, sosyal ve ekonomik hak niteliğindeki çocuk hakları karşısında somutlaştırma ve sağlama işlevini üstlenecektir¹¹¹³.

Kişisel, siyasal haklar ile ekonomik, sosyal, kültürel haklar arasında varlığı ileri sürülen farklardan biri de, ülkelerin sahip oldukları mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünün, maliyetli haklar olan ekonomik, sosyal hakların tam anlamda yaşama geçmesini engelleyebileceği kabulüdür¹¹¹⁴. Nitekim kişisel, siyasal haklar devletin müdahalede bulunmama biçiminde olumsuz edimini gerektirdiği gerekçesi ile maliyetsiz haklar olarak kabul edilmekteyken ekonomik, sosyal hakların ise mali kaynakların varlığına gerek duyan, maliyetli ya da kaynak-yoğun haklar olduğu ifade edilmektedir¹¹¹⁵.

Bu tür yüksek maliyetli haklar için gerek ulusal anayasalarda, gerekse uluslararası hukukta devletin sorumluluğunun maddi olanakları ile sınırlı tutulduğu görülmektedir. Bu hakların gerçekleştirilmesinin mali olanakları gerektirmesinin bir sonucu da aynı zamanda bu hakların “zamanla gerçekleştirilebilen” “program niteliğinde” haklar olduklarının kabul edilmesidir¹¹¹⁶. Maddi olanaklar ölçüsünde yerine getirme yükümünün, dolaylı biçimde öncelikleri belirleme, sıraya koyma, kıt olan kaynakları belirlenen önceliklere göre paylaşımı gerektirdiği açıktır¹¹¹⁷. Bununla birlikte “maddi olanaklar ölçütü” devletleri, var olan kaynaklarını hakların güvence altına alınmalarına

¹¹¹³ Aynı yönde Bkz: SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 19.

¹¹¹⁴ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 131.

¹¹¹⁵ Asbjørn EIDE - Allan ROSAS, “Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge”, içinde: Asbjørn EIDE – Catarina KRAUSE – Allan ROSAS (Ed.), **Economic, Social And Cultural Rights A Textbook**, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 2001, ss. 3-7; Chisanga PUTA-CHEKWE – Nora FLOOD, “From Division to Integration: Economic, Social and Cultural Rights as Basic Human Rights”, içinde: Isfahan MERALI & Valerie OOSTERVELD (ed.), **Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001, ss. 39-51, s. 42.

¹¹¹⁶ Maurice CRANSTON, “İnsan Hakları Nelerdir?” (Çeviren: Atilla Yayla), içinde: Atilla Yayla (Yayıma Hazırlayan), **Sosyal & Siyasal Teori**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1993, s. 251-256.

¹¹¹⁷ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 137.

en uygun düşecek biçimde ve yeterlilikte tahsis etmeleri ve “aşama kaydetmek” amacıyla hemen harekete geçmelerini gerektirmektedir.

Anayasalar devletin, ekonomik, sosyal hakları, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü olduğunu hükme bağlamaktadır¹¹¹⁸. Bununla birlikte mali kaynakların yeterliği kriterinin, yasama organının takdir yetkisinin; bu hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi konusunda değil, “ne ölçüde” ve “nasıl” gerçekleştirileceği ile ilgili olduğu kabul edilmelidir¹¹¹⁹. Buradan hareketle, devletlerin, ne kadar yoksul olurlarsa olsunlar, ekonomik, sosyal ve kültürel hak niteliğindeki çocuk haklarını “en alt düzeyde” bile olsa sağlama yükümlülüğü altında oldukları kabul edilmektedir. Nitekim Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin taraf devletleri ne ölçüde yükümlü kıldığını değerlendirdiği Genel Yorumunda, bu hakların en azından minimum temel düzeylerinin (minimum essential levels) tatminini güvence altına almak biçiminde asgari, öz bir yükümlülüğün zorunlu olduğunu ifade etmektedir.¹¹²⁰ Çocuk Hakları Komitesi de, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile ilgili Komite’nin, “mevcut kaynakların yetersiz olduğu durumlarda bile, taraf devletin mevcut olanaklar çerçevesinde haklardan azami ölçüde yararlanılmasını sağlama yükümlülüğünün devam” edeceği¹¹²¹ görüşünü paylaşmakta ve ekonomik koşulları ne olursa olsun, taraf devletlerin, en dezavantajlı konumdakilere özel dikkat göstererek, çocuğun haklarının

¹¹¹⁸ Bu hükme yer veren anayasaların daha çok gelişmekte olan ülkelerin anayasaları oldukları ifade edilmelidir. Nitekim sosyal hakların gerçekleştirilmesi konusunda kaynakların yeterliği ölçütüne; Angola (md. 28), Fiji (31-38), Guyana (md. 154A), Liberya (md 6), Pakistan (md 3) Güney Afrika, (md. 25,26,27), Venezuela (md. 86), Güney Sudan (Bölüm I, md. 38), Ekvador (md 375) anayasalarında yer verilmiştir.

¹¹¹⁹ Zafer GÖREN, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1999, s. 136.

¹¹²⁰ UN Doc. E/1991/23, parag. 10.

¹¹²¹ UN Doc. E/1991/23, parag. 11.

yaşama geçirilmesi için mümkün olan bütün önlemleri almakla yükümlü olduklarını ifade etmektedir¹¹²².

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2'nci maddesi, Sözleşme'de tanınan haklar karşısında taraf devletlerin yükümlülüklerine ilişkindir. Bu düzenleme çerçevesinde taraf devletler, bu hakları “*aşamalı olarak tam anlamıyla*” gerçekleştirmek için gerekli önlemleri almakla; bunu ise “*kaynaklarını mümkün olan en geniş anlamda bu haklar için kullanarak*” yapmakla sorumlu tutulmuşlardır¹¹²³. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, bu düzenlemenin Sözleşme'de yer alan hakların tümünün hemen uygulanmaya elverişli olmadığı biçiminde algılanma eğilime karşı, konuya ilişkin Genel Yorumunda, Sözleşme'de yer alan kimi hakların hemen uygulanabilir nitelikte olduğunu da belirtme gereği duymuştur¹¹²⁴. Komite ayrıca, taraf devletlerin bu hakların gereklerini hiç olmazsa “*asgari ölçüde*” yerine getirmekle yükümlü olduklarını belirtmiş ve bu yükümlülük ile 2'nci maddede geçen “*kaynaklarının vargücüyle*” ifadesi arasında bir bağlantı kurmuştur¹¹²⁵. Komite'ye göre, Sözleşme'de yer alan hakların en azından “*asgari ölçü*”de gerçekleştirilmesi ve bu amaçla tüm olanakların seferber edilmesi, Sözleşme'ye taraf olunmakla taahhüt altına alınan bir zorunluluktur.¹¹²⁶ Önemli sayıda kişiye temel besin maddesi, temel sağlık hizmetleri, barınma veya konut ile en temel eğitim hizmetlerinin sağlanmaması durumu Sözleşme'ye

¹¹²² CRC/GC/2003/5, parag. 8.

¹¹²³ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 137, 180.

¹¹²⁴ Komite'ye göre devletler, Sözleşme'nin kadın-erkek eşitliğini öngören 3'üncü maddesi; adil ücreti, eşit işe eşit ücreti ve cinsiyete göre değişmeyen çalışma koşulları ile eşit ücreti öngören 7/a (i) maddesi; sendikal hakları düzenleyen 8'inci maddesi; çocukların ve gençlerin korunmasını düzenleyen 10'uncu maddesinin 3'üncü bendi; zorunlu ve parasız ilköğretim hakkını düzenleyen 13/2 (a) düzenlemesi ile aynı maddenin velilerin çocukları için eğitim kurumu seçme özgürlüğünü düzenleyen 3'üncü bendi ile eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüklerinin güvence altına alındığı 4'üncü bendi ve kültürel yaşama katılma, bilimsel ilerlemeden ve uygulamalardan yararlanma, kendi yarattığı bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden doğan her türlü çıkarının korunmasından yararlanma hakları gibi hakları düzenleyen 15'inci maddede yer alan hakları hemen uygulamakla yükümlüdürler. **UN Doc. E/1991/23**, parag. 5.

¹¹²⁵ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 180.

¹¹²⁶ **UN Doc. E/1991/23**, parag. 10.

aykırılık anlamına gelir, çünkü bu sayılanlar devletin gerçekleştirmesi gereken asgari çekirdeği oluşturmaktadır. Komite Sözleşme'nin 2'nci maddesinde “imkân dâhilindeki kaynakların azamisi”ni kullanma ölçütünün yer aldığını dikkate alarak “asgari öz yükümlülüğü”ne uygunluğun değerlendirilmesinde, devletin sahip olduğu kaynakların sınırlarının da dikkate alınacağını kabul etmekle birlikte, devletin elindeki kaynakları kullanmada gerekli tüm çabayı gösterdiğini kanıtlamadıkça, asgari özü sağlama yükümlülüğüne uygun davranmış sayılmayacağını ifade etmiştir.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların dayanağı olarak farklı değerlere ve kabullere işaret edilmektedir. Sosyal hakların gerekliliği konusunda; “insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmek” ve “toplum içinde asgari derecede saygın bir yaşam sürmek” (*live a minimally decent life within society*) için gerekli olan ihtiyaçların karşılanması¹¹²⁷, “özerklik ve seçimlerini yapabilmek” (*autonomy and to be able to exercise choice*) için gerekli donanımına sahip olmak, “bireysel özgürlüğün temel bileşeni” (*components of a commitment to individual freedom*)¹¹²⁸, “medeni ve siyasi haklardan yararlanmanın araçları” (*means of enabling civil and political rights*)¹¹²⁹, “adil bir demokratik düzenin araçları” (*means to achieve a just form of democracy*) olmaları, “hem bireysel hem de sosyal varlıklar olarak insanların saygınlığına yaraşır yaşam koşullarını sağlamadaki kollektif başarısızlığın, kişinin kendi değerini gerçekleştirmesine ve topluma katkısına olumsuz etkisi” gibi gerekçelere dayanılmaktadır¹¹³⁰. Demokrasi teorisi açısından da sosyal ve ekonomik hakların, toplumun en dezavantajlı üyelerine durumlarını

¹¹²⁷ Craig SCOTT - Patrick MACKLEM, “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 141 No. 1, 1992, ss. 1-148, s. 9.

¹¹²⁸ Amartya SEN, “Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures”, **The Journal of Philosophy**, Vol. 82, No. 4, 1985, ss. 169-221, s. 197-98.

¹¹²⁹ K. D. EWING, “Constitutional Reform and Human Rights: Unfinished Business?”, **The Edinburg Law Review**, Vol. 5, 2001, ss. 297-324, s. 323.

¹¹³⁰ Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz: Ellen WILES, “Aspirational Principles or Enforceable Rights - The Future for Socio-Economic Rights in National Law”, **American University Law Review**, Vol. 22, 2006, ss. 35-64; s. 40-50.

iyileştirmelerine yardımcı olmak için tasarlanmış araçlar oldukları ifade edilmektedir¹¹³¹. Çünkü bu haklar adil bir demokrasi biçimi elde etmek için önemli haklardır¹¹³².

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kaynağını “insan onurunun korunması” olarak açıklayan görüşler, farklı anayasaların düzenlemeleri ve yüksek mahkeme kararlarının yanı sıra ulusalüstü belgelerde de yer almıştır. Nitekim örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte Kolombiya Anayasası (md. 51) ve Belçika Anayasası (md. 23), sosyal haklar ile insan onuru arasındaki ilişkiye açıkça işaret eden anayasalardır. Pek çok anayasa mahkemesi de, sosyal hakların insan onurunun gerçekleşebilmesi için gerekli olan asgari menfaatleri sağlama yükümlülüğü yarattığına işaret etmektedir¹¹³³. Yine, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasa’nın hemen ilk maddesinde yer verilen insan onurunun dokunulmaz olduğunu ve insan onuruna saygı duyma ve korumanın tüm devlet iktidarının görevi olduğunu ilan eden hükmü, insan onuruna yaraşan bir yaşam başka türlü gerçekleştirilemiyorsa devletin olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğünü de emretmektedir¹¹³⁴. Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasanın 1’inci maddesinde vazedilmiş olan ilkelere dokunan bir anayasa değişikliği yasaklanmıştır¹¹³⁵.

1982 Anayasası bakımından da aynı sonuca ulaşılabilir. Nitekim Anayasa’nın 2’nci maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” sayılmakta, Türkiye Cumhuriyetinin, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan bir hukuk devleti olduğu kabul edilmektedir. Başlangıç hükümlerinde yer verilen temel ilkelerden birisinin de “*Her Türk vatandaşının onurlu bir*

¹¹³¹ Sandra LIEBENBERG, “The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights”, **South African Journal of Human Rights**, Vol. 21, 2005, ss. 1-31, s. 12.

¹¹³² SEN, “Well-Being, Agency and Freedom”, s. 18.

¹¹³³ Örnek olarak bkz: Kanada Yüksek Mahkemesi, *Gosselin v Quebec (Attorney General)* 2002 SCC 84), parag. 392. Ayrıntılı bilgi için bkz: Serkan YOLCU, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 71.

¹¹³⁴ GÖREN, *Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması*, s. 178.

¹¹³⁵ GÖREN, *Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması*, s. 169.

hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip” olduğu ilkesidir¹¹³⁶. Anayasa’nın 4’üncü maddesi, Anayasa’nın 2’nci maddesindeki “Cumhuriyetin niteliklerini” değiştirilemeyen ve değiştirilmesi teklif edilemeyen hükümler arasında saymıştır. Bu durumda öncelikle ahlaki bir değer olan insan onuru ilkesi, aynı zamanda hukuki bir değer düzeyine yükseltilmiştir. İnsan onurunun korunması ilkesi diğer taraftan Anayasa’nın 5’inci maddesinde yer alan Devletin, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışması temel amaç ve ödevinin de bir gereğidir. Hüküm, Devlete bireye karşı olumlu bir edimde bulunmak yükümlülüğünü getirmektedir. Maddenin gerekçesinde de “*Devlet bireyin insan onuruna uygun bir ortam içinde yaşamasını kolaylaştıracaktır*” ifadesi yer almaktadır¹¹³⁷.

Anayasa Mahkemesi de, sosyal devleti, sosyal adalet ve sosyal güvenliğini sağlamakla ve herkes için insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü devlet olarak tanımlamaktadır¹¹³⁸. Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararda, sosyal devlet ilkesinin, Anayasanın 5’inci maddesi ile de bağlantısı kurularak, sosyal adalet ilkesi ile insan onuruna uygun biçimde yaşama arasındaki ilişkiye işaret edilmiştir. Mahkeme’ye göre “*devletin temel amaç ve görevleri arasında insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, kişiyi mutlu kılmak, onların hayat mücadelesini kolaylaştırmak, insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamalarını sağlamak gibi hususlar da yer*

¹¹³⁶ Nitekim Başlangıç kısmının altıncı paragrafında, “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” ifade edilmiştir.

¹¹³⁷ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı; 450), s. 3.

¹¹³⁸ AYM, E. 2001/351, K. 2003/10, k.t. 11.3.2003; E. 2005/52, K. 2007/35, k.t. 3.4.2007; E. 2006/101, K. 2008/126, k.t. 19.6.2008; E. 2016/32, K.2017/168, k.t. 13.12.2017, parag. 6.

alır”¹¹³⁹. Başka bir kararında da “*Anayasa’nın Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeler uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgarî yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir*”¹¹⁴⁰. Mahkeme, Devletin sosyal nitelikli haklara ilişkin alması gereken önlemleri almamasından kaynaklanan hak ihlali iddiasını içeren bir bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda da aynı şekilde sosyal hukuk devleti ilkesi ile insan onuru arasında ilişkiyi kabul etmiştir¹¹⁴¹.

Bu yaklaşım ulusalüstü hukukta da kabul edilmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Sözleşme’de tanınan hakların, “kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığını” ifade etmektedir (Başlangıç).

Böylece, bütün insan haklarının temelinde yer alan insan onuru, sadece klasik hakları değil, aynı zamanda sosyal hakları da gerektirir¹¹⁴². Dolayısıyla kişilerin işkence yasağı, ifade özgürlüğü ya da vücut bütünlüğü gibi değerlerine sahip oldukları onur nedeniyle müdahale edilmemesini istemeleri ne kadar haklıysa; evsiz ve sokakta yaşayan, hiçbir sağlık hizmeti alamadığı için ya da yeterli gıdaya, temiz içme suyuna erişemediği için sürekli hasta olan, gelişimini gerçekleştiremeyen kişilerin de bu mahrumiyetlerinin giderilmesini talep etmeleri o kadar haklıdır¹¹⁴³.

Türk Anayasa hukuku bakımından insan onuru kavramı, “*bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... onurlu bir*

¹¹³⁹ AYM, E. 1986/ 16, K. 1986/ 25, k.t. 21.10. 1986; AYM, E. 2006/101, K. 2008/126, k.t. 19/6/2008.

¹¹⁴⁰ AYM, E:1988/19, K:1988/33, k.t. 26.10.1988 .

¹¹⁴¹ U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/19352), parag. 46.

¹¹⁴² LIEBENBERG, “The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights” s. 1-3.

¹¹⁴³ LIEBENBERG, “The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights”, s. 1-3.

yaşam sürme” ifadesi ile Başlangıç’ın 6’ncı paragrafında, “Devletin Temel Amaç ve Görevleri”ni düzenleyen 5’inci maddesine ilişkin gerekçesinde¹¹⁴⁴, son olarak da 17’nci maddede “kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezaya veya muameleye tabi tutulmayacağı” düzenlemesi çerçevesinde açık anayasal dayanaklara sahip bir ilkedir.

Sosyal devlet ilkesi yanında sosyal hakların sayılma yoluna gidildiği anayasal sistemimizde, sosyal hakların çekirdeği ya da dokunulmaz alanı olarak insan onuru kavramına ya da başka üstün değerlere dayanılmasına yönelik itirazlar da söz konusudur¹¹⁴⁵. Diğer yandan yasama organının sosyal haklar alanında yer alan hakların çerçevesini düzenleyerek tanıma yükümü getiren başka anayasal dayanaklar da vardır. 1982 Anayasası bakımından 2’nci maddedeki insan haklarına saygılı devlet ve sosyal hukuk devleti ilkeleri, 5’inci maddedeki devletin temel amaç ve görevleri hükmü, 10’uncu maddedeki eşitlik ilkesi ve nihayet 13’üncü maddedeki temel hakların korunması rejiminde öngörülen sınırlama sebepleri, olumlu edim gerektiren sosyal hakların tanınması ve gerçekleştirilmesinde dikkate alınması gereken hükümlerdir. Bu hükümler böylece, 65’inci maddede öngörülen sınırlamanın sınırı anlamına gelmektedir.

Sosyal hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesi tarafından konuya ilişkin ilk kararlarında “*güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet*” olarak tanımlamıştır¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 450), s. 3. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir.

¹¹⁴⁵ Zülfiye YILMAZ, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 72, Sayı: 1, 2014, ss. 695-728, s. 706.

¹¹⁴⁶ Gerçekten de Mahkemenin 1967 yılındaki bir kararına göre sosyal devlet “*ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve malî tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu, devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan... devlet demektir*”. E.1963/336, K.1967/29, KT. 26-27.09.1967. Aynı yönde bkz: E.1963/336, K.1967/29, k.t. 26-27.09.1967; E. 1972/2, K. 1972/28, k.t. 23.5.1972; E. 1972/16, K. 1972/49, k.t. 17.10.1972; E.1988/19, K. 1988/33, k.t. 26.10.1988. Bu tanımın 1990’lı

1982 Anayasası çerçevesinde “özgürleştirme normu” olarak tanımlanan 5’inci maddeye, yasama organına ya da sosyal alanı düzenleme yetkisine sahip makama, hedef gösteren program-kural izlenimi veren bir hüküm olmakla beraber, anayasa yargısında ölçü norm olarak başvurulmaktadır. Anayasa Mahkemesi, “suç sayılı taksirli bir hareketi yüzünden hastalanan sigortalıya geçici iş görmezlik ödeneği verilmemesi”ni sosyal devlet ilkesi ve sosyal güvenlik hakkı ile birlikte Anayasa’nın 5’inci maddesindeki özgürleştirme amacına da aykırı görmüştür¹¹⁴⁷.

Sosyal hakları yerine getirme yükümünün kapsamına ilişkin takdir yetkisinin sınırlarından bir diğeri de “eşitlik ilkesi”dir. Çocuk haklarının her çocuğa hiçbir ayırım gözetilmeksizin tanınması ilkesinin (md. 2) bir gereği olarak, pozitif edim yönü ağır basan ve yüksek maliyetli olarak nitelendirilen hakların tanınmaları durumunda; bu hakların ayırım gözetilmeksizin uygulanmasının zamanla gerçekleştirilmesi söz konusu olamayacaktır. Çocuklar bir haktan bir kez yararlandırılmaya başladığında, eşit durumdaki her çocuk için hakkın tanınması, devlet için bir an önce yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük hâline gelecektir¹¹⁴⁸.

yılların başından itibaren değişmeye başladığı ve Mahkeme’nin sosyal devleti “*vatandaşın sosyal durumu ve refahı ile ilgilenen ve onlara asgari yaşam düzeyi sağlayan devlet*” olarak tanımladığı gözlenmektedir. YOLCU, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, s. 317. Bu kararlar için örnek olarak bkz: E.1988/19, K. 1988/33, k.t. 26.10.1988. E. 2013/111, K. 2014/195, k.t. 25.12.2014. Ayrıca bkz. E. 2014/177, K. 2015/49, k.t. 14.5.2015. Bu kararda Mahkeme, bir önceki karara ilaveten, çağdaş devlet anlayışının sosyal devletin “*tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını*” gerekli kıldığını ifade ederek, sosyal devleti “sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlet” şeklinde tanımlamıştır.

¹¹⁴⁷ Maddenin gerekçesinde “*Devlet ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. ... Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır. Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.*” denilmektedir. Anayasa Mahkemesi de 1972 yılında verdiği bir kararda, devletin temel kuruluşuna ilişkin ilkelerin, herhangi başka bir anayasa normunun yorumunda diğerlerine göre nisbi üstünlüğü olduğunu ifade etmektedir. E.1972/56, K.1973/11, k.t. 6.3.1973.

¹¹⁴⁸ Temel haklar bakımından aynı yönde yorum için bkz: ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 137.

Yasamanın sosyal hak niteliğindeki belli bir çocuk hakkını hiç tanımaması durumundan ayrı olarak, yararlanıcıların kapsamı bakımından eksik tanınması, öğretide eksik yasal tanıma olarak nitelendirilmektedir¹¹⁴⁹. Özellikle yasamanın bir sosyal hakkı tanımakla birlikte hakkın korunmasından yararlanması gereken bir grup bireyi hakkın dışında tutması, Anayasa'nın "eşitlik" ve "sosyal adalet" ilkelerine aykırılık iddialarını gündeme getirmiştir. Soysal'ın aktarımıyla Alman Anayasa Mahkemesi'nin eksik yasal düzenleme ile ilgili olaylardaki yargısal tutumunun, Anayasaya aykırılık durumunu sezinlese bile iptal yoluna gitmediği biçimindedir. Mahkeme, sosyal hak yasalarındaki eşitsizlikleri gidermek için, vereceği bir iptal kararının sonuçta bu yasalardan yararlanmakta olanları da bu haklardan yoksun bırakacağını öngörerek bu yola girmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu gibi durumlarda başvurduğu yol, özellikle anayasal eşitlik ilkesinin ışığında olaya eğilmek ve anayasaya uygun yoruma giderek, eksik yasal düzenleme nedeniyle, bir sosyal haktan yararlanamayanların bu konudaki haklarını belirtmek biçimindedir. Bu gibi durumlarda Mahkeme, Anayasa kuralının, yargısal yorum ve boşluk doldurma yoluyla, doğrudan uygulanma yeteneği kazanacağını da kabul etmektedir¹¹⁵⁰. Mahkeme'nin bu yargısal tutumu, Anayasaya uygun yorum yoluna başvurarak ya da söz konusu boşluk veya eksikliklerin giderilmemesi hâlinde Anayasa kuralının doğrudan uygulama olanağı bulacağını belirterek, Anayasa buyruklarının gerçekleştirilmesi işini yasamadan çok yargıya yüklenmesi anlamına gelmektedir¹¹⁵¹. Türk Anayasa Mahkemesi ise ekonomik ve sosyal haklara ilişkin eksik kapsamlı tanımaya yol açan düzenlemeyi değerlendirirken Anayasa koyucunun sosyal

¹¹⁴⁹ Sosyal haklar bakımından aynı yorum için bkz. TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 368; ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 297.

¹¹⁵⁰ Bkz: Rona SEROZAN (Çev.) "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları", Kitap İncelemeleri, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, Yıl 5, No. 8'den ayrı bası, s. 8.

¹¹⁵¹ TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 370. Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları, bir anayasa mahkemesinin, yasamanın anayasadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi konusunda olumlu bir rol oynayabileceğini göstermesi bakımından önemlidir.

güvenlik hakkını tanıyarak bütün yurttaşların bu güvenlikten yararlanmalarını sağlamak istediğini fakat bunun gerçekleşmesinin, zamana ve bazı koşullara bağlı olduğunu göz önünde tutarak devletin, ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak ekonomik gelişme ile malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getireceğini kabul ettiğini vurgulamıştır. Buradan hareketle Mahkeme, “*kanun koyucu sosyal güvenlik alanında bazı hakları vermemeye veya sadece bir kısmını vermeğe yetkilidir. Fakat ekonomik gelişme ile malî kaynakları yeterli görerek bir hakkı sağlayınca herkesi bunun kapsamına alması zorunludur*” sonucuna ulaşmıştır¹¹⁵². Böylece Mahkeme’nin yargısal tutumunun, ekonomik ve sosyal hak nitelikli hakların tanınmasında eksik kapsamlı tanıma olarak nitelenebilecek düzenlemeleri ancak “mali koşulların yeterliliği” kistası çerçevesinde değerlendirdikten sonra “eşitlik ilkesi” açısından ele almak olduğu ifade edilebilir¹¹⁵³. Ancak bu yönde bir yaklaşım, eksik kapsamlı sınıflandırmaların eşitlik ilkesinin ihlali açısından değerlendirilmesinin göz ardı edilmesi anlamına gelebilecektir.

Ayrımcılık yapmama yükümlülüğü, haklarının tanınması ve gerçekleştirilmesi için özel önlemler alınmasını gerektiren çocuklar bakımından devletin ek önlemler almasını gerektirir. Örneğin, kız çocuklarının ya da engelli çocukların eğitimi için ek önlemler alınması, devletin tüm çocuklara ayırım gözetmeksizin haklarını tanıma yükümlülüğünün gereğidir. Diğer yandan devlet, ayrımcılık yasağının bir gereği olarak, yoksulluk,

¹¹⁵² AYM, E: 1963/138, K: 1964/71, k.t. 1.12.1964.

¹¹⁵³ Bu yöndeki bir diğer karar için bkz: AYM, E: 1963/172, K: 1963/244, k.t. 21.10.1963. 3008 sayılı İş Kanunun 5518 Kanunla değişik ilk maddesinde yer alan ve bir iş yerinde bedenlen ve fikren çalışanları “işçi” sayarak, fikrî çalışması bedenî çalışmasından üstün olanları veya yalnızca fikren çalışanları Kanunun kapsamı dışında bırakan hükme ilişkin olan bu kararda Mahkeme, bir yandan kanunun hükmünün eksik kapsamlı düzenlemesinden doğan eşitsizliğin yargısal denetim yoluyla giderilemeyeceğine, yani yargı denetiminin sınırına işaret ederken, diğer yandan da kanun koyucunun işçilerin sosyal ve ekonomik haklarını gerçekleştirmek için ekonomik gelişmeyi ve mali kaynaklarının yeterliliğini değerlendirme konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Ancak, bir kanun hükmünün eksik kapsamlı düzenlemesinin, eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmemesi, eşitlik ilkesinin yasama organını kanun koyarken eşit durumda bulunanlara eşit davranmak konusunda bağlayan ve yargı denetimi ile korunan anayasal ilkenin yargısal denetiminden çekinildiği anlamına gelecektir. Aynı yönde bkz: ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 304.

eğitimsizlik, önyargılar, kültürel kabuller gibi ayrımcılığa neden olan koşulları ortadan kaldırmakla yükümlüdür.

1982 Anayasasının 10'uncu maddesindeki *“herkesin maddede sayılanlar dışında benzeri sebeplerle de olsa ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşit olması”* ilkesinin bir gereği olarak toplum içinde sosyal ve ekonomik bakımdan dezavantajlı grupların durumunu iyileştirmeyi amaçlayan önlemler alınması aynı zamanda *“sosyal hukuk devleti ilkesi”*nin de gereğidir. Ayrıca madde de yer alan kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesi için devletin gerekli tedbirleri alması yükümlülüğü bu bağlamda kız çocuklarının negatif statü hakları bakımından olduğu kadar olumlu edim gerektiren sosyal hakları bakımından da devlete görev yüklemektedir. Yine 2010 Anayasa değişikliği ile anayasal sistemimize dâhil edilen *“Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz”* hükmü, devlete bu kişilerin haklardan eşit yararlanması amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirmiştir.

Sosyal hakların Anayasa sistematığı içindeki yerinden hareketle 13'üncü maddedeki temel hakları koruma rejiminin sosyal haklar bakımından da güvence sağladığı açıktır. 13'üncü madde, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, ilgili maddelerde geçen özel sınırlama sebeplerinin nasıl yorumlanması ve uygulanması gerektiğini gösteren böylece yasama organını sınırlandıran güvence durumundadır. Öğretide 13'üncü maddenin özellikle yaşam hakkı gibi temel haklarla bağlantılı olan sosyal haklar bakımından uygulanabileceği ifade edilmektedir. 13'üncü maddede sınırlamanın mutlaka yasa ile yapılması gerektiğine dair ifade karşısında, 91'inci maddenin organik açıdan yürütme işlemi olan kararname ile sosyal haklar alanının düzenlenmesine anayasa tarafından izin verilmesi karşısında 91'inci maddedeki *“düzenleme”* kavramından hareketle, yürütmenin ancak sosyal hakları düzenleme, hayata

geçirme bakımından yetkili olacağı, sınırlama konusunun ise yine yasamanın görev alanı içinde asli bir yetki olarak kalmaya devam edeceği ifade edilmektedir¹¹⁵⁴.

Devletin ekonomik ve sosyal bakımından zayıf olanları destekleme ödevinin bir diğer dayanağı “sosyal devlet” ilkesidir. 1961 Anayasası’nın 2’nci maddesinin gerekçesinde tanımlandığı biçiminde, sosyal devlet ilkesine dayanan devlet, “*fertilere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip, aynı zamanda onların insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamalarını da kendisine vazife bilen devlet*¹¹⁵⁵”tir. Anayasa koyucuya göre, “*Anayasa, asgari geçim şartlarından, sıhhi bakımdan, öğrenim imkânlarından ve hele barınacağı bir konuttan yoksun bir kişinin gerçek anlamda hür olamayacağını kabul (ederek) ... fertilere ve vatandaşlarca sosyal bir takım haklar tanımak zorundadır*¹¹⁵⁶.” Bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından da ilkesel bağlamda kabul edilmiştir. Bireysel başvurularda özellikle dezavantajlı konumdaki çocukların korunmasını konu alan hakların yerine getirilmesinde Mahkeme, devletin ödevlerinin kapsamının genişlediğini kabul etmektedir¹¹⁵⁷. Yine Mahkeme’ye göre, “*Anayasa’nın 2’nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri arasında belirtilen sosyal hukuk devleti; insan haklarına saygılı, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, kişilerin insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir*”¹¹⁵⁸. Özürlü ve eski hükümlü çalıştırmamaktan dolayı verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada Mahkeme, özürlüler gibi dezavantajlı konumda olan kişilerin

¹¹⁵⁴ Fazıl SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 21-23.

¹¹⁵⁵ Temsilciler Meclisi Sıra Sayısı: 35, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu 5/7, s. 9, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm__00002034ss0035.pdf Erişim Tarihi: 27.08.2019.

¹¹⁵⁶ Temsilciler Meclisi Sıra Sayısı: 35, s. 9.

¹¹⁵⁷ U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/19352), parag. 46-48.

¹¹⁵⁸ AYM, E: 2016/32, K: 2017/168, k.t. 13.12.2017, parag. 6.

insan onuruna yaraşır bir hayat sürmelerini amaçlayan düzenlemelerin, Anayasa'nın 2'nci maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğunu ifade etmiştir¹¹⁵⁹.

1982 Anayasası'nın devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırlarını düzenleyen 65'inci maddesi, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına yönelik öncelikleri gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” biçimindedir.

ÇHS'nin benimsediği “eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak” ölçütü, 1982 Anayasası'nda tercih edilen “malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsü”nden daha geniş bir güvence sağlamaktadır. Nitekim, Sözleşme'nin benimsediği “eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak” ölçütü, devletin, “kaynaklarını mümkün olan en geniş ölçüde” bu hakları gerçekleştirmek üzere tahsis etmesini gerektirmektedir. Öğretide bu ölçüt “kaynaklarının vargücüyle” biçiminde ifade edilmektedir¹¹⁶⁰.

Düzenlemenin gerek 1961 Anayasası'ndaki, gerekse 1982 Anayasası dönemindeki her iki biçiminde de bulunan ve devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırlandırılmasında temel ölçüt, “malî kaynaklarının yeterliliği” kriteridir. Anayasa'nın 65'inci maddesinin gerekçesinde malî kaynakların yeterliği sınırının Devletin kaynaklarını zorlamadan tabiî bir sınır anlamına geldiği ifade edilmiş, devletin görevlerini yerine getirmesinin “ekonomik istikrar ve mali kaynakların yeterliliği” ölçüsüne bağlanmasının nedeni, mali kaynakların zorlanması halinde ekonomik istikrarın bozulmasının kaçınılmaz olması; ekonomik istikrarın bozulmasının ise, devletin ekonomik ve sosyal ödevlerin aksamasına yol açacak olması olarak gösterilmiştir. Gerekçede ayrıca 65'inci maddenin hiç kimseye devletten sosyal ve ekonomik hakları

¹¹⁵⁹ AYM, E: 2006/101, K: 2008/126, k.t. 19.6.2008.

¹¹⁶⁰ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 178; Anıl ÇEÇEN, **İnsan Hakları Rehberi**, Bilim Yayıncılık, Ankara, 2009.

gerçekleştirmesini isteme hakkı vermediği, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğu belirtilmiştir¹¹⁶¹. Öğretide, 65’inci maddede getirilen kuralın “gerçekçi olma kaygısı”¹¹⁶² olarak nitelendirilmesi yanında, iktidarların bu maddeye sığınarak olumlu ödevlerini yerine getirmekten kaçınabileceği sakıncasını barındırdığı¹¹⁶³ yönündeki görüşler önemlidir¹¹⁶⁴. Buna karşılık 65’inci maddenin devlete ekonomik ve sosyal haklara ilişkin özgürlükleri gerçekleştirme görevinden bütünüyle kaçma olanağı verir biçiminde yorumlanamayacağı, devletin olumlu ödevlerini yerine getireceğini, fakat bunu bir ölçü içinde yapacağını öngördüğü savunulmaktadır¹¹⁶⁵.

1982 Anayasası, 65’inci maddenin özellikle ilk biçimi çerçevesinde, hangi görevlerin öncelikle yerine getirileceği ve yerine getirme ölçüsü konusunda yasama organına geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 1982 Anayasası’nın kabul edildiği biçiminde yer alan “*ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek*” ifadesinin yerine getirilen “*bu görevin amaçlarına yönelik öncelikleri gözeterek*” biçimindeki ifade, yasa koyucunun bu ödevlerin yerine getirilmesi sırasında, öncelikleri belirleme, sıraya koyma, kıt olan kaynakları belirlenen önceliklere göre paylaşımını gerektirmektedir. Öğretide bu değişikliğin devlete, “sosyal devletin önceliklerini” de gözetmek ödevini yüklediğine işaret edilmektedir¹¹⁶⁶.

¹¹⁶¹ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 450), s. 34.

¹¹⁶² KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s. 123.

¹¹⁶³ Cahit TALAS, “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, (Seminer, 9-11 Aralık 1968), AÜHF Yayını, Ankara, 1970, ss. 217-233, s. 232.

¹¹⁶⁴ Sarica maddenin sosyal adaleti gerçekleştirme bakımından devlete yüklenen görevleri dolaylı da olsa siyasi iktidarı sosyal ve iktisadi görüşüne bıraktığını değerlendirmektedir. Musa SARICA, 1961 **Anayasasının Sosyal Niteliği**, Karınca Matbaası, İstanbul, 1966, s. 11.

¹¹⁶⁵ Ayferi GÖZE, **Siyasal Düşünceler**, Beta, 2000, s. 399; UYGUN, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 38.

¹¹⁶⁶ KABOĞLU, “Anayasada Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları”, s. 55; İsmet GİRİTLİ, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 19, 2002, ss. 88-103, s. 102.

“Mali kaynakların yeterliliği” kıstası, ekonomik ve sosyal haklar bakımından bir sınırlama anlamına gelmekle birlikte; devletin bu haklara ilişkin yükümlülüklerinden tümüyle sıyrılma fırsatını verir biçimde de yorumlanmayacağı¹¹⁶⁷, hüküm ile yaşamaya sosyal hakları gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusunda bir takdir yetkisi verilmediği aksine, yalnızca bunların yerine getirilme ölçüsünün, ekonomik ve mali kaynaklarının yeterliliğine bağlandığı¹¹⁶⁸ kabul edilmelidir. Bir başka deyişle devlet, her koşulda sosyal hakları gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır. Sağlam’ın ifade ettiği gibi, “mali kaynakların yeterliği ölçütü” deklaratif bir nitelik taşır ve Anayasa’da yazsa da yazmasa da eşyanın doğası gereği var olan bir sınıra işaret eder. Bu nedenle 2001 öncesi sosyal hakların gerçekleşmesinde asıl engel çıkaran hüküm yine 65’inci maddede yer alan “ekonomik istikrarın korunmasının gözetilmesi” ölçüsüdür¹¹⁶⁹. Diğer yandan 65’inci maddede 2001 yılında yapılan değişiklik ile mali kaynakların “bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek” tahsis edileceğini düzenlemiştir. Mali kaynakların yeterliliği ölçüsü 2001’deki değişiklik sonrası aynı kalmakla birlikte ekonomik istikrar kaydı yerine “*amacın gerektirdiği önceliklerin gözetilmesi*” getirilmiştir. Böylece, yasama organının mali kaynakların kullanılması ve tahsisindeki takdir yetkisini sınırlandırmıştır. Yasama organı artık Anayasa’nın verdiği sosyal ödevleri yerine getirirken mali kaynakları belirli önceliklere tahsis ederek kullanmak zorundadır. Bu önceliklerin neler olduğu aynı hükümde yer almasa dahi Anayasada yer alan bir dizi hükümden hareketle yasama oranın kaynakları öncelikle tahsis etmesi gereken sosyal öncelikler ile sosyal gruplara işaret edildiği görülmektedir. Nitekim, Anayasa’nın 42’nci maddesinde, eğitimin Devlet okullarında parasız olarak sunulacağı, Devletin, maddi

¹¹⁶⁷ Ayferi GÖZE, **Sosyal Devlet Sistemi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 123.

¹¹⁶⁸ Mümtaz SOYSAL, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Bası, Gerçek Yayınevi, Ankara, 1997, s. 159.

¹¹⁶⁹ Fazıl SAĞLAM, “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal, 2008, s. 757.

imkanlardan yoksun başarılı öğrencilere, burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapacağı, 61'inci maddesinde, Devletin harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri koruyacağı ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlayacağı, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı, yaşlıların Devletçe korunacağı, Devletin korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alacağı düzenlenmiş, eşitlik ilkesine ilişkin 10'uncu maddeye 2010 yılında yapılan referandum ile eklenen fıkra ile *“Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler(in) eşitlik ilkesine aykırı sayılma”*yacağı düzenlenerek, devlete dezavantajlı bu gruplar lehine devlet tarafından sunulan hizmetlerden herkes gibi eşit yararlanmalarının sağlanması amacıyla önlemler alma yükümü getirilmiştir. Bu hükümler yasama organının öncelikleri belirleme konusundaki takdir yetkisini hem konu bakımından hem de özneler bakımından sınırlandırmaktadır¹¹⁷⁰.

Görüldüğü üzere 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 65'inci maddesine eklenen, “devletin görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme yükümlülüğü”, sosyal alandaki diğer anayasa hükümlerinin yardımıyla somutlaştırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 61'inci maddesine, bu “öncelikler”i somutlaştırmak için başvurmuştur¹¹⁷¹. Mahkeme'ye göre *“Anayasa'nın 4709 sayılı Yasa ile değişik 65. maddesine göre, Devlet, Anayasa ile belirlenen görevlerini malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri de gözetmekle yükümlü kılınmıştır. Bu öncelikler Anayasa'nın kimi hükümlerinde açıkça öngörülmüştür. Anayasa'nın “Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” başlıklı 61.*

¹¹⁷⁰ Aynı yönde yorum için: UYGUN, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 40.

¹¹⁷¹ AYM, E. 2001/351, K. 2003/10, k.t. 11.3.2003.

maddesi, bu önceliklerden birini düzenlemektedir”¹¹⁷². Mahkeme, “öncelikler korunması gerekenler” kriterini somut dava bakımından 60’ıncı maddede yer alan sosyal güvenlik hakkı bakımından “öncelikler”e katmıştır. Anayasa’nın 65’inci maddesine eklenen, “devletin görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme yükümlülüğü”nü dava hakkında karara ulaşırken gözetilmesi gereken bir yükümlülük olduğunu kabul etmesi bakımından hayati önemde olan bu yargısal tutum, bu yükümlülüğün yerine getirilme ölçütü olarak Anayasa’nın 61’inci maddesinden kaynaklanan öncelikli korunması gerekenlerin haklarına öncelik verilmesi yükümünün de olduğunun kabul edilmesi ile, toplum içinde görece güçsüzlerin haklarının öncelikli gözetilmesinin Anayasa’nın 65’inci maddesinde yer alan “öncelikleri gözetme” yükümü ile birlikte yorumlanmasının önünü açmıştır. 61’inci maddede sayılan kişilerin haklarının öncelikli gözetilmesini 65’inci maddede yer alan önceliklerle birlikte yorumlanmasını gerektiren bu yargısal tutumun önemi, böylece daha da artmaktadır. Ancak Mahkeme, somut olay bağlamında yasama organının malullük ve yaşlılık sigortalarından kaynaklanan hakların birleşmesi durumunda her ikisinin tamamının ödenmesinin kabul etmeyerek birinin tamamının ve diğerinin yarısının ödenmesi şeklindeki takdirini bu yükümlülük ile uyumlu bulmuştur¹¹⁷³.

¹¹⁷² AYM, E. 2001/351, K. 2003/10, k.t. 11.3.2003. Mahkeme’nin bu yaklaşımı öğretide Anayasa’nın düzenlemesi ile özel olarak korunması gerektiği belirtilen bir grubun haklarını sınırlayan bir yasal düzenlemenin değerlendirilmesinde, 65’inci maddenin ölçü olarak alınması ve devlet yükümlülüğünü sınırlayıcı bir hüküm olarak nitelendirildiği gerekçesi ile eleştirilmektedir Murat ÖZVERİ, “Türk Hukukunda Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, 2011, ss. 139-158, s. 154.

¹¹⁷³ Oysa azınlık oyunda isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, “Anayasa’nın 4709 sayılı yasa ile değişik 65. maddesine göre, Devlet Anayasa ile belirlenen görevlerini malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken, ‘bu görevlerin amaçlarına’ uygun önceliklerin gözetileceği belirtilirken 61. maddede sayılan malûller ve sakatlar öncelikli sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gereken kişilerdir. ... 61. maddede sosyal güvenlik bakımından özel korumaya alınan malûller ve sakatlar hakkında düzenlenecek kurallarda, Anayasa’nın 65. maddesinde öngörülen Devletin malî kaynaklarının yeterliliğine dayanmak, sosyal Devlet ve sosyal güvenlik anlamlarına ve anlayışlarına tamamen ters kavramlardır. Kabulü mümkün görülemez.”

Ancak Mahkeme, bu içtihadi tutumunu istikrarlı bir biçimde sürdürmemiştir. Türkiye’de bulunan yabancıların ve bakmakla yükümlü olunan kişi sıfatını kazanmadan önce kronik hastalığa yakalanmış olanların genel sağlık sigortasından yararlanamayacaklarını kabul eden yasal düzenlemenin iptali istemiyle gündeme gelen dava üzerine *Anayasa’nın 65. maddesindeki hükmü gözetildiğinde, genel sağlık sigortalısı kişinin bazı giderlerinin karşılanmasında belirli hastalıklara ödeme yapılmaması ya da bazılarında belli oranda ödeme yapılması Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yasakoyucunun takdirinde*” olduğunu kabul etmiştir. Görüldüğü üzere Mahkeme, devletin sosyal ve ekonomik nitelikli görevlerinin amaçlarına uygun öncelikler kriterini denetlemekle görevli olduğunu kabul etmek ve bu önceliklerin tespitinde Anayasa’nın 61’inci maddesinde yer alan buyruğun da karşılanması gerektiğine işaret etmekle birlikte bu önceliklerin gerektirdiği korumayı güvence altına alacak bir içtihadi yaklaşım geliştirmemiştir¹¹⁷⁴.

Türk hukuku bakımından Anayasada yer alan “*bu görevlerin amaçlarına yönelik öncelikleri gözeterek*” biçimindeki ifade “devletin var olan kaynaklarını, hakların güvence altına alınmasına en uygun düşecek biçimde ve yeterlilikte tahsis etmelerini; dolayısıyla “*bu görevlerin amaçlarına uygun*” bir öncelik sıralaması belirlemelerini gerektirir. Ancak çocuğun korunması konusunda özel hükme yer veren anayasal sistemlerde; -1982 Anayasası’nda “sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” arasında korunmaya muhtaç çocuklar da sayılmıştır (md. 61)- artık yasama organının, sosyal güvenlik hakkını düzenlerken öncelik verilmesi gerekenler arasında

¹¹⁷⁴ Mahkeme’ye göre “*Sosyal Güvenlik Kurumu’nun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlıdır. Bu bakımdan sistemi zedeleyecek ya da işlemez hale getirebilecek girişimleri engelleyecek düzenleme getirilmesi sistemin doğal bir sonucudur.*” Öğretide haklı olarak, Mahkeme’nin kişileri peşinen kötü niyetli kabul ederek yasamanın amacının, hakkın kötüye kullanılmasını engellemek olduğunu ifade etmesi, hak ve özgürlükler aleyhine, fakat otorite lehine bir tutumu olarak değerlendirilmiştir. YILMAZ, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları”, s. 722.

çocuklara da yer vermesi anayasal bir zorunluluk hâline gelmiştir. Böylece devletin en dezavantajlı konumdakilere özel dikkat göstererek, diğer öncelikle korunması gereken gruplar ile birlikte, çocuğun korunması için gerekli mümkün olan bütün önlemleri öncelikle almakla yükümlü olduğu ifade edilebilir. Bu yorum Anayasa Mahkemesi tarafından pek çok kararında benimsenen Anayasa hükümlerinin bütüncül bir biçimde yorumlanması yaklaşımı ile de uyumludur.

2001’de “hakkın özü” ölçütünün yeniden Anayasal güvenceler arasına alınmasıyla, “hakkın özü” ölçütü sosyal haklar açısından önemli bir güvence ölçütü olarak işlev üstlenebilir. Böylece hakkın özü kriterinin, ekonomik, sosyal hak niteliğindeki çocuk haklarının korunması bakımında da çok önemli bir dayanak olarak işlev görmesi söz konusu olabilecektir. Hakkın özü kriterinin, ekonomik, sosyal haklar bakımından mali kaynakların yeterliliği ölçütünün hiç olmazsa en alt sevide gerçekleştirilmesi yükümünü gerektirdiği ifade edilebilir.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gereklerinin hiç olmazsa en alt düzeyde sağlanmasının, devletler tarafından hemen gerçekleştirilmeleri beklenebilir bir yükümlülük olarak kabul edilmesi, Anayasanın 65’inci maddesinin, yasamanın sosyal haklarla ilgili konularda asgari bir alt sınırı gerçekleştirme yükümünü ortadan kaldırmayacağı anlamına gelir¹¹⁷⁵. 65’inci madde ile yasamanın sosyal hakları gerçekleştirip gerçekleştirmemesi değil, bunların yerine getiriliş ölçüsü, ekonomik ve mali kaynaklarının yeterliliğine bağlanmıştır¹¹⁷⁶. Bu nedenle yasama, her hakla ilgili olarak “asgari olan”ı gerçekleştirme yükümlülüğündedir. Bu bağlamda, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, devletlerin kaynaklarının durumu ne olursa olsun, hemen yerine getirilmesi gereken bir “öz”ünden söz edilmesi yanlış olmayacaktır. Diğer yandan,

¹¹⁷⁵ TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, s. 350.

¹¹⁷⁶ SOYSAL, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, s. 159.

“hakkın özü” kavramı yalnızca kişisel ve siyasal haklar değil; tüm insan hakları için geçerlidir. Örneğin, sağlık hakkının devletlere anne ve çocuk sağlığı, bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık kazandırma (aşı hizmetleri) gibi birtakım temel sağlık hizmetlerini yerine getirme yükümü getirdiği söylenebilir. Öğretide sosyal güvenlik hakkına ilişkin anayasal düzenlemenin devlete açık ve doğrudan bir ödev yüklediği ileri sürülmektedir. Kaboğlu, sosyal güvenlik hakkı konusundaki açık anayasal düzenleme karşında, 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında, sosyal güvenlik hakkı için Anayasa’nın 65’inci maddesinin sınırlayıcı etki doğurmayacağını vurgulamaktadır¹¹⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi’nin “hakkın asgari çekirdeğini” gerçekleştirme yükümünü temel alan bir yargısal tutumu benimsediği kararlardan söz etmek mümkündür. Bu yaklaşım ile Mahkeme, en savunmasız ve sosyal desteğe en fazla gereksinim duyan grubu esas almakta ve “insan onuruna yaraşır bir asgari hayat” standardını benimsemektedir. Mahkemeye göre, “*Sosyal devletin amaçlarından biri de kısmen veya tamamen çalışamamaları nedeniyle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşebileceklere, insan onuruna yaraşır asgari bir hayat sürmeleri için gerekli olan geliri sağlamaktır*”¹¹⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 5 ve 17’nci maddelerinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının konusu ile ilgili menfaatlerin örneğin sosyal güvenlik hakkı, sağlık yardımı gibi sosyal haklara ilişkin edimler aracılığıyla korunmasına ilişkin iddialar söz konusu olduğunda Anayasanın 65’inci maddesinde öngörülen sınırlamanın uygulanamayacağına, devletin bu durumda, bu hakların asgari bir özünü gerçekleştirmek zorunda olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, 506 sayılı Kanunda düzenlenen ve sosyal sigortalılara yapılacak sağlık yardımını 18 ayla sınırlayan hükmü denetlerken, sağlık yardımı sonunda henüz

¹¹⁷⁷ KABOĞULU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 466.

¹¹⁷⁸ AYM, E. 2001/351, K. 2003/10, k.t. 11.3.2003.

iyileşmemiş ve tedavisi sürmekte olan kişiye sağlanan sağlık yardımının 18 ayla sınırlanmasını, gerek yaşama hakkının, gerekse maddi ve manevi varlığını koruma hakkının özünü zedeler bir nitelik taşıdığı gerekçesi ile Anayasa'nın 17'nci maddesine aykırı bulmuştur¹¹⁷⁹. Kararda sağlık hakkının kişinin kendi maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile sıkı ilişki içinde olması ve bu ilişkiden dolayı Anayasanın 65'inci maddesindeki sınırlamalara tabi olmaması hususu açıkça belirtilmiştir. Mahkeme bu yaklaşımını başka kararlarında da tekrarlamıştır¹¹⁸⁰. Anayasa Mahkemesi'ne göre; Anayasa'nın 60'ıncı maddesi kişilere sosyal güvenlik hakkını tanımakla birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak vermiş ve 65'inci madde ile bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60'ncı maddede belirtilen bu sosyal hak, yine Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma hakkı ile çok sıkı ilişki içindedir. Dolayısıyla, devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda “yaşama hakkını” ortadan kaldıran düzenlemeler yapamaz¹¹⁸¹.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında “sınırlamanın sınırı”na ilişkin ilkelerden biri olan “hakkın özü” ölçütünü, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal güvenlik hakkı için de uygulamıştır. Bu yaklaşım, devletin sosyal güvenlik hakkını sağlamada “asgari bir öz” ile bağlı olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 65'inci maddesinde yer alan “mali kaynakların yeterliliği” ölçütü, ancak sosyal güvenlik hakkının asgari özünün sağlanması

¹¹⁷⁹ Kararda “Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Gücsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri “yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını” zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir” denilmektedir. AYM, E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991.

¹¹⁸⁰ AYM, E. 1996/17, K. 1996/38, k.t. 16.10.1996.

¹¹⁸¹ AYM, E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991.

halinde öne sürülebilir¹¹⁸². Örneğin Mahkeme, kendi taksirli eylemi sonucu iş kazasına uğrayan işçiyi geçici iş görmezlik gelirinden yoksun bırakan hükmü sosyal güvenlik hakkının “özüne aykırı” bulmuştur. Başka bir kararında da “hakkın özü” kriterini somutlaştırmada başvurageldiği, “kullanılmaz hâle getirme” ve “etkisiz kalma” durumuna işaret ederek hakkın özünün ihlal edildiğini değerlendirmiştir¹¹⁸³.

Görüldüğü üzere Mahkeme, devletin olumlu edimini gerektiren haklarda yasamanın asgariyi gerçekleştirme görevinin, aynı zamanda bu hakların özünü oluşturduğunu kabul etmektedir. Böylece “öz”, ekonomik ve sosyal haklar bakımından, kişi hakları ve siyasal haklardan farklı olarak, asgari edimi gerçekleştirme yükümlülüğünü içermektedir. Asgari yükümlülük yerine getirilmediği sürece öze de dokunulmaktadır¹¹⁸⁴. Dolayısıyla “öz” olumlu edimin kendisi ya da parçasıdır. Hakların sınırlandırılmasının sınırı olarak tasarlanmış, “öz” kriteri, Anayasa’nın 65’inci maddesinde “mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde” ifadesi ile birlikte yorumlandığında, “öz”e gelmeden önceki alana ilişkin düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğunu denetlemede başvurulacak bir ölçüt olarak işlev üstlenir.

Bir hakkın tam olarak yerine getirilmesinin mali ya da diğer kaynakların varlığına büyük ölçüde bağlı olduğu durumlarda bu kaynakların eksikliği, devletleri herkes için, asgari ölçüde de olsa bu hakkı güvence altına almak yükümlülüğünden kurtarmayacağını kabulü özellikle çocuğun korunmasını gerektiren özel statüsü bakımından önem kazanmaktadır¹¹⁸⁵. İlk olarak çocuğun korunmasına ilişkin devlete

¹¹⁸² ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, s. 220.

¹¹⁸³ “İtiraz konusu 34. maddenin ‘... 18 aya kadar ...’ olan sözcükleri, temel olarak Anayasa’da yerini almış ‘sosyal güvenlik hakkını’ bir süre sonra kullanılmaz duruma getirmekte, sosyal güvenlik hakkının öğelerinden biri olan sağlık yardımı bu sürenin sonunda etkisiz kalmaktadır.”

¹¹⁸⁴ ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, s. 220.

¹¹⁸⁵ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 134.

yükümlülük getiren hüküm, anayasanın ekonomik, sosyal, kültürel haklara ilişkin bölümünde düzenlense dahi çocuğun ihmal ve istismara karşı korunmasına ilişkin haklar konusu gereği çocuğun yaşama ve hayatta kalma hakları ile çok yakından ilgilidir. Bu nitelikteki hakların Devletin mali kaynaklarından bağımsız olarak, en azından “özlerine ilişkin asgari gerekleri”nin gerçekleştirilmesinin, Anayasada çocuğun özel olarak korunmasını emreden sosyal güvenlik hakkına ilişkin (md. 41 ve daha da önemlisi md. 61) “öz” güvencesi ile temel haklar arasında düzenlenen yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü haklarının bir gereği olduğu kabul edilebilir¹¹⁸⁶. Dolayısıyla aile içinde ailesinin tutumundan ya da koşullarından kaynaklanan ya da bu koşullardan bağımsız olarak ihmal ve istismara uğrayan, işkence ve insanlık dışı diğer zalimane muamelelere maruz bırakılan, zorla çalıştırılan ve sömürülen çocukların korumaya alınması, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile güçlü bağ nedeniyle asgari bir özünün devletin ekonomik kaynaklarının yeterliliğinden bağımsız olarak sağlanması gereken bir çocuk hakkıdır.

Diğer yandan sosyal ve ekonomik hakların tümü bakımından 65’inci maddedeki sınırlamanın geçerli olduğunun söylenmesi zordur. Öğretide kapsamı üzerinde uzlaşma olmamakla birlikte, gerek hakkın konusunun niteliği, gerekse hakkın bireylere sağladığı korumanın subjektif bir dava hakkına imkân verip vermediği ölçütlerinden hareketle, bir dizi sosyal hakkın 65’inci maddenin öngördüğü kısıtlamaya tabi olmayacağı ifade edilmektedir¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁶ Aynı yönde bkz: **U.N. Doc. E/1991/23**, parag. 10; Güney Afrika (bkz: Güney Afrika Anayasa Mahkemesi kararı, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15), parag. 722, Hindistan, Arjantin, Macaristan ve İspanya Anayasa Mahkemeleri, hatta Birleşik Devletler eyalet mahkemeleri de benzer biçimde hakkın özü kavramına sosyal ve ekonomik hakların korunmasında başvurmuşlardır. Öğretide de ekonomik, sosyal hakların özü, hakkın yerine getirilmesinde dikkate alınması önerilen kriterlerden biri olarak ele alınmıştır. Katharine G. YOUNG, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, **The Yale Journal of International Law**, Vol. 33, 2008, ss. 113-175.

¹¹⁸⁷ Bu konudaki görüşler için bkz: KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s. 124; SOYSAL, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 159; Murat SARICA, **Anayasayı Niçin Savunmalıyız: 1961 Anayasasının Sosyal Niteliği**, İzlem Yayınları, İstanbul, 1969, s. 64; TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 376; MAPULANGA-HULSTON, “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights”, s.36; Francis Geoffrey JACOBS, “The Extension of the European Convention on

Benzer gerekçeyle bir kısım çocuk haklarının devletin mali imkânları ölçütü kısıtlamasına tabi olmadığı değerlendirilebilir. Öncelikle çocuk hakları bakımından bu yönde bir istisnanın bizzat Anayasa tarafından öngörüldüğü görülmektedir. Gerçekten eğitim hakkının ilköğretim aşamasında “parasız” olduğuna ilişkin hüküm, çocuk hakları bakımından bir anayasal istisnadır. Yine korunmaya muhtaç çocukların, sosyal güvenlik hakkı bakımından özel olarak korunacaklar kategorisinde sayılması nedeniyle (md. 61) çocuğun korunması konulu hakların da yerine getirilmesinde, mali kaynakların yeterli olmadığına dayanılamayacaktır.

Bunlara ek olarak, ihmal ve istismara uğrayan, işkence ve insanlık dışı diğer zalimane muamelelere maruz bırakılan, zorla çalıştırılan ve sömürülen çocukların korunması, ancak çocukların bu ihlallere maruz kalmasını engelleyen nedenlerin ortadan kaldırılmasını gerektiren “önleyici tedbirler” alınmasıyla sağlanabileceğinden, çocukların ihmal ve istismara maruz kalmalarını önlemeyi gerektiren yükümlülükler mali olanaklar el verdiği ölçüde aşamalı olarak gerçekleştirilmesi gereken edimlerle ilişkilidir. Bu yükümlülükler devletin mali olanaklarının tahsisini ve pozitif edimlerini gerektirse de yaşam, maddi ve manevi varlığın korunması hakları gibi klasik hakların konusu ile örtüşmekte ve korunmaları için devletin pozitif yükümlülüklerine ihtiyaç duymaktadır. AİHM daha önce de değinilen küçüklerle koruma sağlanması alanında sosyal hizmet kurumları sisteminde ortaya çıkan yetersizlikler ile ilgili olarak, Sözleşme’nin 1 ve 3’üncü maddelerinin, özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişiler açısından yeterli koruma sağlaması ve yetkili makamların bilgisi dâhilinde olan ve olmayan kötü muameleyi önleyici makul girişimleri gerektirdiği görüşündedir¹¹⁸⁸.

Human Rights to Include Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Review**, Vol. 3, No. 3, 1978, ss. 166-178, s. 172.

¹¹⁸⁸ Osman-Birleşik Krallık davası, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Reports 1998-VIII), parag. 116. Sosyal haklarının gerçekleştirilmesi zorunlu asgari bir alanının, özünün yargı tarafından denetlenmesi, özellikle kadınlar, mülteciler, çocuklar gibi sosyal bakımdan korunmaya muhtaç kesimlerin sosyal haklarının asgari düzeyde de olsa yaşama geçirilmemesinin bu kişilerin başta yaşama ve vücut

Dolayısıyla ekonomik, sosyal hak niteliğindeki tüm çocuk hakları bakımından devletin mali kaynaklarının yeterliliği kısıtına her zaman dayanılamayacaktır. Mali kaynaklarının durumunun ekonomik, sosyal ve kültürel nitelikli çocuk haklarının tam anlamda yaşama geçmesini engelleyebileceğinin kabul edildiği durumlarda dahi devlet, eldeki kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde aşamalı olarak hakları gerçekleştirme çabası içinde olmakla yükümlüdür. Çocuk Hakları Komitesi de, taraf devletlerin Sözleşme uyarınca ilettikleri raporları incelemeleri sonucunda ilgili taraf devletten beklediğinin, bir sonraki periyodik raporunda, bu tavsiyelerle ilgili hangi somut girişimlerde bulunulduğunun belirtilmesi olduğunu ifade etmektedir¹¹⁸⁹. Komite Sözleşme'nin taraf devletlere ekonomik, sosyal, kültürel hak niteliğindeki hakları “tedrici olarak gerçekleştirme” olanağı sunduğu görüşündedir. Ancak Komiteye göre “tedrici olarak gerçekleştirme olanağı” devletlerin bu haklara ilişkin yükümlülüklerini öteleyebileceklerine işaret etmemekte olup; aksine devletler, “mevcut kaynaklarını azami ölçüde” tahsis ettiklerini ve gerektiğinde uluslararası işbirliği aradıklarını göstermekle yükümlüdürler. Dolayısıyla Komite, ekonomik durumları ne olursa olsun devletlerin, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine yönelik tüm olası önlemleri almakla yükümlü olduklarını kabul etmektedir¹¹⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de sosyal ve ekonomik nitelikli hakların aşamalı olarak gerçekleştirme yükümü, devletin takdir yetkisinin Anayasaya uygunluğunu değerlendirirken başvurduğu ölçütlerden biridir. Mahkeme, imar uygulamasının Anayasa'nın 57'nci maddesinde yer alan konut hakkının gereğince gerçekleştirilebilmesi

bütünlüğü hakları da dâhil olmak üzere kişisel haklarının ihlal edilmesini de beraberinde getireceği açıktır. AİHM Sözleşme'nin 1 ve 3'üncü maddelerinin, özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişiler açısından yeterli koruma sağlaması ve yetkili makamların bilgisi dâhilinde olan ve olmayan kötü muameleyi önleyici makul girişimleri gerektirdiği görüşündedir. Bkz: *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73-74.

¹¹⁸⁹ CRC/GC/2003/5, parag. 7.

¹¹⁹⁰ CRC/GC/2003/5, parag. 7.

için devlete verilen görevin gereği olduğunu ifade etmekle birlikte Anayasa'nın 65'inci maddesine göre devlet tarafından yapılması zorunlu sosyal ve ekonomik tüm görevlerin “hemen yerine getirilmesi”nin güç olduğunu kabul etmiştir. Böylece konut hakkı, devletin “hemen” yerine getirmesi gereken bir hak olarak kabul edilmemiş, bu alandaki teknik ve maddi sorunlara işaret edilerek konut hakkı bakımından “aşamalı gerçekleştirme” yaklaşımı benimsenmiştir¹¹⁹¹.

Kızamık aşısının ülke genelinde yaygın bir şekilde yapılmaması sonucu çocuklarının SSPE hastalığına yakalanarak yaşamlarını kaybetmesi dolayısıyla devletin yeterli aşılama hizmeti gerçekleştirmediği için yaşam hakkının ihlal edildiği yönündeki başvuruların incelemesinde, öncelikle koruyucu sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde organize edilmesi ve bireylere sunulması konusunda devletin belli ölçüde pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu, devletin öncelikle bulaşıcı bir hastalığın görülmesi halinde bu durumu tespit etmeye elverişli bir sistem kurması ve bu vakanın bir salgına dönüşmemesi için gerekli olan önlemleri alması gerektiğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme başvuruçuların oğullarının dünyaya geldiği dönemde kızamık hastalığının eliminasyonu tam olarak gerçekleştirilememiş ise de kızamık hastalığının eliminasyonu için “*sürekli olarak artan*” aşılama oranlarına ulaşıldığını, rutin aşılamaların yanı sıra çeşitli aşı kampanyaların yürütüldüğünü tespit etmiştir¹¹⁹².

Mahkeme norm denetimi davalarında ise aşamalı gerçekleştirme yükümünün hangi ölçüde gerçekleştirmeyi içerdiğini denetlemekten imtina etmiştir. Mahkeme'ye göre Anayasa'nın 56'ncı maddesinde ‘...sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak hakkı...’nın sağlanması için yine bu maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen ‘...ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tekelden planlayıp hizmet

¹¹⁹¹ AYM, E. 1990/7, K. 1990/11, k.t. 21.6.1990.

¹¹⁹² Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu, (B. No: 2015/4662), 10.10.2018, parag. 102.

vermesini düzenlemek’ ödevinin yerine getirilmesi kurala bağlanmıştır. Öngörülenlerin gerçekleşmesi yönünden Anayasa buyruklarının yeterince yerine getirilmemesi, bunlara tümüyle uyulamaması, yasa kurallarının gereksinimleri karşılayacak düzeyde ve güçte olmaması her zaman Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz, bir eksiklik ya da boşluk söz konusu olabilir”¹¹⁹³.

Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların yerine getirilme ölçüsünü, bu hakların konusunun klasik hakların konusu ile olan ilişkisini göz önünde bulundurarak denetlemektedir. Hakların ilişkili oldukları hukuki menfaati temel alan bu yargısal tutum, Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenen hakları, güvence sağladığı dezavantajlı kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunmasında sahip olduğu önemi dikkate alarak kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin hükümlerin (1982 AY md. 17) koruma rejimine dâhil etmektedir. Örneğin Mahkeme, sağlık yardımı sonunda henüz iyileşmemiş ve tedavisi sürmekte olan kişiye tedavi yardımının kesilmesini, gerek yaşama, gerekse maddi ve manevi varlığını koruma hakkının özünü zedeler bir nitelik taşıdığından Anayasa’nın 17’nci maddesine aykırı bulmuştur¹¹⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi, dezavantajlı durumdaki çocukların sosyal hak niteliğindeki haklarının yerine getirilmesinin sınırları olarak “mali kaynakların yeterliliği” ölçütüne atıf yapmakla birlikte norm denetimi davalarında geliştirdiği bu kriterleri bireysel başvuru hakkı tanındıktan sonra yapılan başvuruları karar bağlarken de kullanmaktadır ¹¹⁹⁵. Üstelik bireysel başvuru usulünde, sosyal haklar bakımından bu kriterlerin sağladığı güvencenin her bir somut olay bağlamından gerçekleştirilip gerçekleştirmediğini

¹¹⁹³ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, k.t. 19.4.1998.

¹¹⁹⁴ AYM, E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991.

¹¹⁹⁵ *U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2014/19352), parag. 45. Eğitim hakkının gerçekleştirilmesi yükümlülüğünün devletin mali kaynaklarının yeterliliği ile sınırlı olduğu ve yasama organının takdir yetkisi konusunda ayrıca bkz: AYM, E: 2012/65, K: 2012/128, k.t. 20.9.2012.

denetleyebilme yetkisi bağlamında daha güçlü bir konumdadır. Mahkeme özellikle çocukların eğitim ve sağlık hakkını konu alan başvurularda, ihlal iddialarını bu başlık çerçevesinde üzerinde durulan ilkelerden hareketle denetlemektedir. Diğer yandan eğitim hakkının hem AİHS’de düzenlenen bir hak olması hem de “*İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu*” olduğunun kabul edilmesi nedeniyle Anayasa ile açıkça “pozitifleşmiş öz¹¹⁹⁶”ünün tanındığı için daha güçlü bir konumda olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Mahkeme bireysel başvurular üzerine bu iki hakka ilişkin ihlal iddialarını, Anayasa’nın 2’nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri arasında belirtilen sosyal hukuk devleti, özürllüler gibi dezavantajlı konumda olan kişilerin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmelerini amaçlayan düzenlemeler ile Anayasa’nın 2’nci maddesindeki sosyal devlet ilkesi arasındaki ilişki¹¹⁹⁷, Anayasa’nın 5’inci maddesi ile devlete verilen kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırma, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma ödevi, Anayasa’nın “*Kanun önünde eşitlik*” ilkesini düzenleyen 10’uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca özürllüler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı¹¹⁹⁸ ilkeleri ile Anayasanın 17, 36 ve 42’nci maddelerinde yer alan güvencelerden hareketle incelemiştir.

Mahkeme, özürllü bir çocuğun özel rehabilitasyon merkezlerde aldığı özel eğitim giderlerinin devlet tarafından ödenmemesini Anayasa’nın 42 ve 5’inci maddeleri bakımından incelemiştir. Mahkeme eğitim hakkı da dâhil olmak üzere sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesinin ölçüsü konusunda, yasama organına takdir

¹¹⁹⁶ Kavram için bkz: ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, 223.

¹¹⁹⁷ U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/19352), parag. 46.

¹¹⁹⁸ U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/19352), parag. 47.

yetkisi verildiğini, eğitim organizasyonunun karmaşık ve sürdürülmesi maliyetli bir faaliyet olduğunu, devletin bu hizmete ayırabileceği kaynakların sınırlı olduğunu, bireylerin eğitim ihtiyaçları ile bu tür ihtiyaçlara tahsis edilecek kısıtlı kaynaklar arasında bir denge kurulması gerektiğini kabul etmekle birlikte, özürhüklerin eğitim hakkına ilişkin düzenleme ve uygulamaların gerçekleştirilmesi amacıyla makul önlemlerin alınması gerektiğini değerlendirmiştir.

Mahkeme, “makul önlemler”i Türkiye’nin de taraf olduğu Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin 2’nci maddesinden hareketle tanımlamaktadır. Özürhüklerin hakların gerçekleştirilmesi için alınması gereken makul önlemler, “özürhüklerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değışiklik ve düzenlemeler”i ifade etmektedir.

Mahkemeye göre eğitim hakkı bağlamında makul düzenleme kavramının gereklerine uygun tedbirlerin geliştirilmesi konusunda hareketsiz kalınması da özür durumuna bağlı ayrımcılığı gündeme getirebilir ve Anayasa’nın 42’nci maddesiyle bağlantılı olarak Anayasa’nın 10’uncu maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturabilir¹¹⁹⁹.

Sağlık sistemindeki eksiklikler nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiğı iddialarını ise kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkının birbiriyle sıkı bağlantıları olan devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olduğu ve devletin bu konuda pozitif yükümlüklerinin Anayasa’nın 56’ncı maddesi gereğı sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsadığı, bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkı kapsamında sağlık hizmetlerinin hastaların yaşamları ile maddi ve manevi

¹¹⁹⁹ U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/19352), parag. 49-55.

varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesi yükümüne dayanarak incelemiştir¹²⁰⁰.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi özel olarak korunması gereken kişilerin haklarının gerçekleştirilmesinin devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirilmesi öngörülmüş olmasına rağmen bir dizi anayasal ilkedan hareketle Anayasanın ekonomik ve sosyal haklar bölümünde düzenlenen hakların yerine getirilme ölçüsünün sınırlarını somutlaştırmış ve yasal düzenlemenin bu sınırların altında kaldığını tespit ettiği durumlarda Anayasaya aykırılığına karar vererek iptal etmiş yahut incelemesini bireysel başvuru üzerine yapmışsa hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir.

III. ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN İLKELER

Çocuğun korunması, gelişiminin desteklenmesi ve hakların eşit önemde bir öznesi olarak kabul edilmesi, çocuğun haklarının uygulanmasında, yorumlanmasında kırılgan ve incinebilir doğası gereği desteklenme gereksiniminin göz önünde bulundurulduğu ve hukuki olarak hakların eşit önemde öznesi olduğunun kabul edildiği bir yaklaşımı gerektirmektedir. Bu yaklaşım çocuğun haklarının uygulanmasında göz önünde bulundurulması gereken bir dizi ilkeyi beraberinde getirmiştir. Bu başlık çerçevesinde anayasa hukuku bakımından bu ilkelerin anlamı ve çocuğun haklarının yorumlanmasına ve uygulanmasına diğer bir ifade ile rejimine etkisi incelenecektir.

Bu ilkeler ÇHS’nde de açık bir biçimde kabul edilmişlerdir. Bu ilkelerin ÇHS’nin ilke ve hükümlerini anayasal düzleme taşıyan ülkelerdeki anayasal konumu ile bu ilkelere açıkça yer vermeyen anayasal sistemlerdeki dayanakları ve yorumunun farklılık gösterdiği açıktır. Bununla birlikte bu ilkelere açıkça yer vermeyen anayasalar bakımından da, çocuğun görece güçsüz olması ve desteklenme ihtiyacından kaynaklanan

¹²⁰⁰ Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu, (B. No: 2015/4662), 10.10.2018, parag. 79, 82.

ve eşit değerde bir hak öznesi olarak kabul edilmesine dayanan hukuksal çıkarından hareketle bu ilkelerin anayasal dayanaklarının bulunduğunu ifade etmek mümkündür.

Çocuklara ilişkin oldukça geniş bir haklar kataloğuna yer veren Sözleşme, yalnızca tanımış olduğu hakları saymakla yetinmemiş, o ana kadar ulusal ve ulusüstü hukukta korunması ve kayırılması gereken bir nesne olarak kabul gören çocuğu, hakların öznesi olarak kabul ederek “gelişmekte olan kişinin haklarına” ilişkin yeni bir demokratik devimin ortaya koymuştur. Bu amaçla Sözleşme, çocuk haklarının yorumlanmasında ve uygulanmasında her biri bir diğeri ile bağlantılı ve birlikte dikkate alınması zorunlu dört temel ilke öngörmüştür.

Bu ilkeler, ayırım yapılmaması (madde 2); çocuğu etkileyen tüm faaliyetlerde çocuğun yüksek yararının temel düşünce olması (madde 3), çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabanın gösterilmesi (madde 6); çocukların kendilerini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına sahip olduklarının kabul edilerek bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken ağırlığın verilmesi (madde 12) ilkeleridir.

Öncelikle bu ilkelerin anlamı ve niteliği üzerinde durulmalıdır. İlk olarak bu ilkelerin birbirini tamamlayan üç farklı yönü ve niteliği olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bu ilkelerin sağladığı güvencenin, çocuklar bakımından hem temel bir hak, hem her bir hakkın uygulanmasında gözetilmesi gereken bir usul kuralı, hem de çocuğun diğer hak ve özgürlüklerine ilişkin birer yorum ilkesi, dolayısıyla çocukların haklardan yararlanmasında gözetilmesi gereken birer temel ilke oldukları ifade edilmelidir. Bu noktada aynı kavramın biri yararlanıcılar, diğeri ise yükümlüler bakımından iki ayrı görünüş biçimi olduğu değerlendirilebilir¹²⁰¹. Ayrıca bu ilkeler aynı zamanda çocuklara

¹²⁰¹ Eşitlik ilkesi bakımında aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz: ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 132.

ilişkin kararların hukuka uygunluğunun usule uygunluk şartı, dolayısıyla çocuk hakları bakımından “usuli güvenceler” (procedural guarantees) olarak işlev görmektedirler. Çocuk Hakları Komitesi de bu temel ilkelerden “çocuğun üstün yararı”na ilişkin Genel Yorumunda, kavramın, “temel bir hak” (a substantive right), çocuk haklarının yorumlanmasında ve uygulanmasında temel bir hukuki yorum ilkesi” (a fundamental interpretative legal principle) ve hakların uygulanmasında bir “usul ilkesi” (a rule of procedure) olarak üç temel anlamı olduğuna işaret etmektedir¹²⁰². AİHM de her birine farklı önem atfetse de bu ilkeleri kararlarında gözetmektedir. Nitekim Mahkeme, ulusal mahkeme tarafından kendi kararlarını alma yetkinliğine sahip olduğu değerlendirilen on üç yaşındaki çocuğun babası ile kişisel ilişki kurmak istemediğini açıkça belirtmesi karşısında, çocuğu istemediği halde babasıyla görüşmeye zorlamanın onun psikolojik ve duygusal dengesini bozacağı gerekçesiyle baba ile kızı arasında kişisel ilişki tesis etmeyi reddeden ulusal mahkeme kararını, AİHS madde 8’e aykırı bulmamıştır. AİHM kişisel ilişki tesisinin reddi kararının babanın aile yaşamına saygı hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirirken çocuğun yüksek yararı ve gelişen yetkinliği ilkelerini dikkate alarak bir sonuca ulaşmıştır.¹²⁰³ Yine Mahkeme, çocuğun hukukunu etkileyen davalarda öncelikle çocuğun menfaatlerinin değerlendirilmesini, bir usuli hak olarak görmektedir¹²⁰⁴.

Çocuk haklarına ilişkin bu ilkelerin açık ya da örtülü anayasal dayanakları bulunduğunu değerlendirmek mümkündür. Çalışmanın devamında çocuk haklarına ilişkin ilkelerin anayasal dayanakları ile bu ilkelerin anayasa hukuku bakımından anlamları, nitelikleri ve kapsamaları incelenecektir.

¹²⁰² Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14, The Right of the Child to have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration (art. 3, para. 1), 29.5.2013, **CRC/C/GC/14**, **parag. 6**.

¹²⁰³ *Sommerfeld v. Germany*, (Appl. No: 31871/96), 8.7.2003, parag. 64-65.

¹²⁰⁴ *Branda v. Italy*, (Appl. No: 22430/93), 9.6.1998, parag. 59; *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 55; *Johansen v. Norway*, (Appl. No: 17383/90), parag. 64.

A. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi, herkes bakımından güvence sağlayan bir ilkedir. Ancak ilkenin çocuklara uygulanması, çocukların yetişkinler ile kıyaslandığında yerleştirildikleri ikincil ve aşağı statüden kaynaklanan hak ihlalleri ile mücadele edilmesi açısından özel öneme sahiptir. Çocuklar yalnızca yetişkinler karşısında ayrımcılığa maruz kalmamakta, özellikle engelli çocuklar, kırsal bölgelerde yaşayan çocuklar, yoksulluk altındaki çocuklar, kız çocukları, farklı ırka mensup çocuklar bir toplumsal kategori olarak diğer çocuklarla kıyaslandığında haklardan eşit yararlanmalarını engelleyecek uygulamalara maruz bırakılmaktadır. Çocukların en çok karşılaştığı ayrımcılık uygulamalarından biri, evlilik birliği dışında doğmuş olmaları nedeniyle gündeme gelmektedir. Yine kız çocukları ile erkek çocukları bakımından farklı evlenme yaşı belirlenmesi de cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan çocukların ayrımcılığa uğramama haklarını talep edebilecekleri yargı süreçlerine aktif olarak katılma hakları pek çok hukuk sisteminde kısıtlanmıştır. Çocuğun özel olarak korunmasını benimseyen yaklaşım, çocukları “çocuğa özgü ayrımcılığa” (child-specific discrimination) karşı korumakta yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle gerek toplumsal bir kategori olarak tüm çocukların, gerekse diğer çocuklarla kıyaslandığında dezavantajlı konumdaki çocukların ayrımcılığa maruz bırakılmadan çocuk haklarından yararlanmalarını hedefleyen bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yaklaşım her şeyden önce, eşitlik ilkesinin çocuklara uygulanırken, öznenin dezavantajlı ve hassas olmasından kaynaklanan şartlarının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Hakların ve özgürlüklerin korunmasında olduğu gibi eşitlik ilkesinin korunmasında da, hakkı ihlal edilen tarafın içinde bulunduğu incinebilir ve kırılgan durumun (vulnerability) göz önünde

bulundurulması gerektiği öğretide¹²⁰⁵ ve giderek AİHM kararlarında¹²⁰⁶ kabul edilmektedir. Bu başlık çerçevesinde çocuğun dezavantajlı ve kırılgan olması göz önünde bulundurularak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının sağladığı güvencelerin çocuklar bakımından gerçekleştirilmesi için alınması gereken önlemlerin incelenmesi amaçlanmaktadır.

1. Genel Olarak Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi

Günümüzde eşitlik özleminin evrenselliğinin bir kanıtı¹²⁰⁷ olarak hemen her anayasa ve ulusalüstü haklar belgesi, eşitlik ile ilgili kurallara yer vermiştir¹²⁰⁸. Eşitlik ilkesinin anayasa ve ulusalüstü hukuk belgelerinde düzenlenirken en sık kullanılan dört genel formülüne işaret edilmektedir. “Kanun önünde eşitlik” (equality before the law), “kanunların eşit koruması” (equal protection of laws), “eşit haklar” (equal rights) ve “ayırım yapmama” (non-discrimination) olarak gruplandırılabilir bu ifade biçimlerinin ilk üçü açıkça “eşitlik” kavramı üzerine kurulmuş iken, dördüncü ifade biçimi ise “ayrımcılık yapmama” (discrimination) kavramına dayanır¹²⁰⁹. 1982 Anayasası’nın

¹²⁰⁵ Oddny Mjoll ARNARDOTTIR, “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Oslo Law Review*, Vol. 4, No. 4, 2017, ss. 150-171, s. 157.

¹²⁰⁶ *Rumor v. Italy*, (Appl. No: 72964/10), 27.5.2014, parag. 58, 60; *D.H. and Others v. Czech Republic*, (Appl. No.: 57325/00), parag. 182, *Buckley v. United Kingdom*, (Appl. No: 20348/92), 25.10.1996, parag. 96; *Chapman v. United Kingdom*, (Appl. No: 27238/95), 18.1.2001, parag. 96; *Opuz v. Turkey*, (Appl. No. 33401/02), parag. 160.

¹²⁰⁷ ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 127. Ancak her tarihsel dönem ve her toplum kendine ait üretim biçimleri ve değerlerinin yansımaları sonucu farklı eşitlik anlayışlarını içerdiği ifade edilmektedir. Antikçağ için vatandaşlar arası eşitlikten söz edilirken, ortaçağ için “tanrı önünde eşitlik”ten, burjuva devrimi sonrası “yasa önünde eşitlik”ten, sanayi devriminden sonra da, kanun önünde eşitliği tanımlayan, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan “fırsat eşitliği”nden söz edilmektedir. Alaeddin ŞENEL, “*Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi*”, **Yavuz Abadan’a Armağan**, AÜSBF yay., Ankara, 1969, s.257-259; Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, İmge Kitabevi, Ankara, 1994, s. 398-400; Mehmet Ali AĞAOĞULLARI–Levent KÖKER, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, İmge Kitabevi yay., Ankara, 1991, s. 66-70.

¹²⁰⁸ Günümüzde Ermenistan, Bolivya, Brezilya, Kanada, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, Eritre, Fiji, Finlandiya, Guyana, Kenya, Kırgızistan, Madagaskar, Maldivler, Meksika, Moğolistan, Yeni Zelanda, Paraguay, Portekiz, Sırbistan, Somali, Güney Afrika, Svaziland, İsveç, İsviçre, Tayland ve Zimbabwe anayasalarında yaşa dayalı ayrımcılık (age based discrimination) açıkça yasaklanmıştır. Samantha BESSON, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, **The International Journal of Children’s Rights**, Vol. 13, 2005, ss. 433-461, s. 434.

¹²⁰⁹ ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 127.

10'uncu maddesi, kanun önünde eşitlik formülünü ayrımcılık yasağını da¹²¹⁰ içerecek biçimde benimserken¹²¹¹ AİHS 14'üncü maddesi ve 12 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesi ayrımcılık yasağına yer vermiştir¹²¹². AİHS'nin 14'üncü maddesi ile Anayasa'nın 10'uncu maddesinde ayrımcılığın ya da eşitliğin bir tanımı verilmemiştir. AİHM içtihatlarıyla ayrımcılık yasağını somutlaştırmıştır. AİHM'e göre bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa sahip değilse, aynı zamanda meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç orantılı değilse, ayrımcılık söz konusudur¹²¹³.

¹²¹⁰ TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 128; Mesut GÜLMEZ, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, ss. 217- 265, s. 221. ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 129.

¹²¹¹ 1982 Anayasasında, eşitlik ilkesi 10'uncu maddede düzenlenmiştir. Buna göre, "*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır*". 10'uncu maddenin ilk fıkrası ile üçüncü fıkrası hemen hemen aynı içeriğe sahip bir biçimde 1961 Anayasasının 12'nci maddesinde yer almıştır. Tek fark "ve benzeri sebeplerle" ifadesinin 12'nci maddede yer almamasıdır. Son fıkra ise 1982 Anayasasının bir ürünüdür, bu fıkra ile hem kanun koyucu hem de kanun uygulayıcıları muhatap alınmakta, eşitlik ilkesine uyma emri verilmektedir. Diğer bir deyişle eşitlik yükümlülüğü getirilmektedir. TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 129. İkinci fıkradaki kadın erkek eşitliğine ilişkin özel hüküm, AB'ye uyum sürecinde 2004 Anayasa değişikliği ile üçüncü fıkrada yer alan çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağına ilişkin hüküm ise 2010 yılında yapılan referandum ile Anayasaya girmiştir. Eşitlik ilkesinin 1961 ve 1982 Anayasasındaki düzenleniş biçimlerine ilişkin diğer bir fark, ilkenin 1961 Anayasasında Temel Hak ve Ödevler Kısımında düzenlenmişken, 1982 Anayasasında Birinci Kısımda Genel Esaslarda düzenlenmiş olmasıdır. Maddenin gerekçesinde, bu maddenin demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil ettiği, insanın, doğuştan, insan olması sebebiyle bir değeri olduğu ve bu nedenle herhangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağı, kanunların uygulanması bakımından da hiçbir fark gözetilemeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları ilkeleri gibi Genel Esaslar Kısımındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biridir. Öğretide bu ilkenin Genel Esaslarda yer alması eşitliğin iki yönü olduğu, hem bir temel ilke hem de bir temel hak olduğu görüşünü çürütmediği, aynı zamanda bir hak olarak savunulmasını güçlendirdiği haklı olarak ifade edilmektedir. bkz: TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 114; Sibel İNCEOĞLU, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı". **Çalışma ve Toplum**, 2006, Sayı 4: ss. 45-62, s. 48.

¹²¹² AYM, E: 1988/4, K: 1989/3, k.t. 12.1.1989.

¹²¹³ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*" v. *Belgium*, (Appl. No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), parag. 10; *Marckx v. Belgium*, (Appl. No: 6833/74), parag. 33; *Rasmussen v. Denmark*, (Appl. No: 8777/79), 28.11.1984, parag. 38.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, hem ayrımcılık yasağına, hem de eşitlik ilkesine ilişkin tanımlara yer vermiştir. Mahkeme’ye göre, “*eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez*¹²¹⁴. ”

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini yorumlarken aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, farklı hukuksal durumda olanların ise farklı kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine ilişkin bu yorumunu pek çok kararında tekrarlamıştır. Mahkemeye göre “*Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini getiren 10. maddesiyle güdülen amaç, aynı durumda bulunan kimselerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak ve yurttaşlara yasa karşısında dil, ırk, renk cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımlı davranılmasını önlemektir*”¹²¹⁵. Mahkeme’ye göre, 10’uncu madde, aynı durumda bulunan kişilerin arasında haklı nedene dayanmayan ayrımları önlemeyi amaçlayarak eşitliği sağlamaktadır¹²¹⁶ Kişilerin başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene

¹²¹⁴ AYM, E: 2009/47, K: 2011/51, k.t. 17.03.2011.

¹²¹⁵ AYM, E. 1986/16, K. 1986/25, k.t. 21.10.1986; AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, k.t. 4.11.1986.

¹²¹⁶ AYM, E. 1989/14, K. 1989/49, k.t. 19.12.1989.

dayanmakta ise eşitlik ilkesinin ihlalden söz edilmez¹²¹⁷. Durum ve konumlarındaki farklı niteliklere dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar¹²¹⁸. Eşitlik ilkesi, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, farklı uygulamalar getirilmesini engellemez¹²¹⁹.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine uygunluğu değerlendirirken öncelikle diğerlerinden ayrılan ortak özellikleri ve kendi içinde benzerlikleri nedeniyle sınıflandırılan grubun, bu grubun dışında kalanlardan ayrı kabul edilen niteliklerinin haklılığını değerlendirmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu’nun 310’uncu maddesinde yer alan ve evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında sahih nesep ilişkisi kurulmasını cinsel ilişki sırasında babanın evli olmaması koşuluna bağlayan hükmün Anayasaya aykırılığını değerlendirirken öncelikle evlilik dışı doğan çocukların hukuki durumu üzerinde durmuştur. Mahkeme öncelikle “*kendi ana babasını seçme olanağı bulamayan çocuk da evlilik dışı dünyaya gelse bile bir ‘kişi’dir ve Anayasa’nın ‘herkes’ sözcüğü kapsamı içindedir*” diyerek iki grup kişi arasındaki ayrımın Anayasa çerçevesinde haklılığını tartışmıştır¹²²⁰. Görüldüğü üzere Mahkemeye göre eşitlik ilkesi herkesin her durumda eşit olması anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “*eşitlik kavramı, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin gerekliliği*” ifade etmektedir¹²²¹. Bu çerçevede ayrımcılık yasağı, yukarıda ifade edilen farklı muamelenin nesnel ve kabul

¹²¹⁷ AYM, E. 1987/3, K. 1987/13, k.t. 22.5.1987; AYM, E. 1987/1, K. 1987/18, k.t. 11/9/ 1987.

¹²¹⁸ AYM, E. 1988/3, K. 1989/4, k.t. 18.1.1989; AYM, E. 1988/36, K. 1989/24, k.t. 2.6.1989.

¹²¹⁹ AYM, E. 1992/22, K. 1992/40, k.t. 17.6.1992.

¹²²⁰ Mahkeme’ye göre “*Zina ürünü çocukların, ötekilerle aynı durumda olmadıklarından sözedilerek bunlara ayrı kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı düşmediği görüşü, bu çocukların da “herkes” kapsamı içinde olmaları, ötekiler gibi salt doğumla kişilik kazanmaları karşısında yerinde görülemez. Ana rahmine düştüğü sırada babası, annesinden başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yaparak, birinci çocuğu babaya karşı nesepsiz duruma düşürürken, ikincisine babasına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınması eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz*”. AYM, E. 1980/29, K. 1982/22, k.t. 21.5.1981.

¹²²¹ Aziz Turhan Başvurusu, (B. No: 2012/1269), 8/5/2014, parag. 38.

edilebilir olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önüne alınan böylece eşitlik ilkesini somutlaştıran bir ilke niteliğindedir¹²²².

Ayrımcılık ise isteyerek veya istemeyerek, icrai ya da ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu kabul edilen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak, aralarında geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması olarak tanımlanmaktadır¹²²³. AİHS'nin 14'üncü maddesi ile Anayasa'nın 10'uncu maddesi de ayrımcılığın bir tanımını vermemiştir. AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı ile ilgili başlıca düzenleme olan Sözleşme'nin 14'üncü maddesi ve 12 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesinde ayrımcılığın herhangi bir tanımı bulunmamasına rağmen AİHM içtihatları ile kavram somutlaştırılmıştır. Buna göre bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa sahip değilse, başka bir deyişle meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç orantılı değilse, ayrımcılık söz konusudur¹²²⁴.

Mahkeme'nin somut ve soyut norm denetimi sırasında bir yasal düzenlemenin eşitlik ilkesine uygunluğunu değerlendirirken sınırlı da olsa işlevli olabilecek bu tanımın ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair yapılan bireysel başvurularda işlevli olması mümkün değildi. Mahkeme'nin bireysel başvurularda yukarıda belirtilen, AİHM'nin günümüzde giderek daha fazla kabul gören ayrımcılık tanımını benimsemesi daha doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 10'uncu maddesi bu şekilde bir tanımın benimsenmesini engelleyecek bir içerik taşımamaktadır ve aşağıda da

¹²²² Ulaş KARAN, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, 2015, C: 31.1, ss. 235-306. s. 237.

¹²²³ KARAN, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s. 237; Oddny Mjöll ARNADOTTIR, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, s. 7.

¹²²⁴ “*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*” v. *Belgium*, (Appl. No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, parag. 10; *Marckx v. Belgium*, (Appl. No: 6833/74), parag. 33; *Rasmussen v. Denmark*, (Appl. No: 8777/79), parag. 38. Bu tanım 12 No'lu Protokol kapsamında da geçerli kabul edilmiştir. AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina* (Grand Chamber), (Appl. No: 27996/06, 34836/06), 22.12.2009, parag. 55.

görülebileceği gibi bu tanımın beraberinde getirdiği inceleme ölçütleri hâlihazırda kısmen Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında ayrımcılık yasağını AİHM kararlarına gönderme yaparak benzer doğrultuda tanımlamıştır. Mahkeme’ye göre ayrımcılık kısaca nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlanabilir ve din, siyasi görüş ve cinsel kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir¹²²⁵. Anayasa Mahkemesi’ne göre bir ayrımcılık iddiası “*başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle*” ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabilecektir¹²²⁶.

Anayasa Mahkemesi’ne göre ayrımcılık yasağı ise kısaca nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesidir. Din, siyasi görüş, cinsel kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir¹²²⁷. Mahkeme’ye göre bir ayrımcılık iddiası “*başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru*

¹²²⁵ Tuğba Arslan Başvurusu, (B. No. 2014/256), 25.06.2014, parag. 112.

¹²²⁶ Sadıka Şeker Başvurusu, (B. No: 2013/1948), 23.01.2014, parag. 59; Kamil Çakır Başvurusu, (B. No: 2013/997), 15.10.2014, parag. 45.

¹²²⁷ Tuğba Arslan Başvurusu, (B. No: 2014/256), parag. 112.

*bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayırıcı bir nedene dayandığını makul delillerle” ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabilecektir*¹²²⁸.

Anayasa’nın 10’uncu maddesi çerçevesinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleri göz önüne alındığında eşitlik hakkı ve ayrımcılığa karşı korunan hâllerin sınırlı olarak düzenlenmediği değerlendirilebilir¹²²⁹. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 10’uncu maddesinde yer alan “benzeri nedenler” ifadesinin yorumuna dair görüşünü geçmişte açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, “...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. ‘Benzeri sebeplerle’ de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır” diyerek yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmiştir¹²³⁰. Dolayısıyla madde metninde yer alan nedenler yalnızca örnek niteliğindedir. Mahkeme bireysel başvuruların incelenmesinde de “Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasında ‘dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep’ sebeplerine

¹²²⁸ Hüseyin Münüklü Başvurusu, (B. No: 2014/5973), parag. 53; Sadıka Şeker Başvurusu, (B. No: 2013/1948), parag. 59; Kamil Çakır Başvurusu, (B. No: 2013/997), parag. 45.

¹²²⁹ 1961 Anayasası’nın 12’nci maddesinde “(h)erkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.” ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle ayrımcılık nedenleri bakımından sınırlı bir yaklaşımın benimsendiğini yorumlamaya elverişli bir tercihte bulunmuştur. 1982 Anayasası’nın 10’uncu maddesinde ise, bu sayılan nedenlere “renk” eklenmiş ve cümlelerin sonuna “ve benzeri nedenler” ifadesi konulmuş, böylece ayrımcılığın anayasada sayılan nedenlere dışında diğer nedenlerle de yasak olduğunu öngörmüştür. Bununla birlikte bu düzenleme farkına rağmen 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi evlilik dışı doğan çocuğun babasının evli olduğu durumda babası tarafından tanınamayacağına dair düzenlemeyi “herkes” ibaresine dayanarak iptal etmiştir. Mahkeme kararında, “Zina ürünü çocukların, ötekilerle aynı durumda olmadıklarından söz edilerek bunlara ayrı kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı düşmediği görüşü, bu çocukların da ‘herkes’ kapsamı içinde olmaları, ötekiler gibi salt doğumla kişilik kazanmaları karşısında yerinde görülemez” diyerek evlilik içinde veya dışında doğan çocuk açısından bir ayırma gidilmesini 12’nci maddeye aykırı bulmuştur. AYM, E. 1980/29, K. 1981/22 k.t. 21.05.1981.

¹²³⁰ AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, k.t. 04.11.1986.

dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında ‘benzeri sebeplerle’ de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkarda, benzeri sebepler’ ile ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır” diyerek ayırım gözetilemeyecek nedenlerin sınırlı sayıda düzenlenmediğini açıkça kabul etmiştir¹²³¹. Bu çerçevede cinsel yönelim¹²³² ve etnik köken¹²³³, evlilik birliği dışında dünyaya gelmiş olma nedeniyle ayrımcılığı ele almıştır. Mahkeme, ayırım gözetme yasağını, eşitlik ilkesi yanında Anayasa’nın 2’nci maddesinde kabul edilen hukuk devleti ilkesinden hareketle de ele aldığı için 10’uncu maddede sayılan nedenler dışında, oldukça geniş bir zeminde ayrımcılık yasağını denetleme olanağını içtihat yoluyla açmıştır¹²³⁴.

AİHS’nin 14’üncü maddesi “...cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde...” ifadesini içermektedir ve ayrımcılık temellerine ilişkin geniş bir liste içermekle birlikte ayrımcılığı sınırlı sayıda nedene dayanmaksızın yasaklamaktadır. AİHM kararlarında da madde metninde “veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde” ifadesine yer verilmesi ile birlikte ayrımcılığın

¹²³¹ Tuğba Arslan Başvurusu, (B. No: 2014/256), parag. 146.

¹²³² Sadıka Şeker Başvurusu (B. No: 2013/1948), parag. 60.

¹²³³ Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Başvurusu, (B. No: 2013/1280), 28.05.2014, parag. 46.

¹²³⁴ Örneğin, AYM, E: 1966/1, K: 1966/21, k.t. 19.4.1966.Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt. 19, S. 1, 1986, ss. 23-54, s.30-33. Daha yakın tarihli bir kararda da milli savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, Türk Ceza Kanunu’nun 53’üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, muhasebecilik, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleğini icra edemeyeceklerine dair yasal düzenleme gereğince, din veya inanç temelinde vicdani retçi olduğunu açıklayan bir kişinin Türk Ceza Kanunu’nun milli savunmaya karşı suçlar bölümünde 318’inci maddesinde yer alan halkı askerlikten soğutma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi durumunda belirtilen meslekleri icra etmesinin olanaksız hâle gelmesini ele alan Mahkeme, Anayasa’nın 2’nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine dayanarak ayrımcı muamele tehlikesi doğurabilecek hükmü iptal etmiştir. İptal istemine konu yapılan durum aynı zamanda din veya inanç temelinde dolaylı ayrımcılığı gündeme getirebilecek niteliktedir. Mahkeme kararda Anayasa’nın 10’uncu maddesi kapsamında bir inceleme yapmaksızın hukuk devletine ilişkin 2’nci maddeye dayanarak hükmü iptal etmiştir. Bkz: AYM, E. 2008/17, K. 2010/44, 25.02.2010.

yasaklandığı temeller madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olmaksızın ele alınmıştır. AİHM, 14'üncü maddede açıkça sayılmamış olmasına karşın başvuru tarihinde 47 yaşında olan başvurucunun talebinin evlatlık edinmek istediği çocukla arasında yaş farkının çok fazla olacağı gerekçesiyle reddedilmesini¹²³⁵, görme engelli başvurucunun konservatuara kaydının reddedilmesini¹²³⁶ 14'üncü madde kapsamında değerlendirmiştir.

AİHM ayrımcılığa zemin hazırlayan ve çok önemli kabul edildiği için Sözleşme'de açıkça düzenlenmese de “başvuranın incinebilir ve dezavantajlı durumunu”¹²³⁷ da ayrımcı bir muamelenin bulunup bulunmadığını denetlerken göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin AİHM *Opuz v. Turkey* kararında Türkiye'nin güney doğu bölgelerinde bulunan kadınların incinebilir durumunu, aile içi şiddete karşı devletin pozitif yükümlülüklerini değerlendirirken ele almıştır. Mahkeme, *Rumor v Italy* kararında da çocuklar ve diğer incinebilir grupların devletin özel korumasına ihtiyaç duyduklarını kabul etmiştir¹²³⁸. İncinebilir durumda bulunmaları durumlarından kaynaklanan korunma ihtiyaçlarının karşılanıp karşılanmadığını, Sözleşme'nin 8'inci maddesi ile birlikte 14'üncü maddesindeki yükümlülük çerçevesinde incelemiştir. Yine Mahkeme, *Çam v. Turkey* kararında, engelli çocukların incinebilir kırılgan durumlarını (particular vulnerability's of children with disabilities)¹²³⁹, *Tarakhel v. Switzerland* kararında mülteci durumundaki çocukların aşırı incinebilir durumlarını (“extreme vulnerability” of children who seek asylum)¹²⁴⁰, *A v. United Kingdom* davasında devlet koruması altına alınması gereken çocukların incinebilir kırılgan durumlarını (children and other

¹²³⁵ *Schwizgebel v. Switzerland*, (Appl. No: 25762/07), 10.6.2010, parag. 91, 94.

¹²³⁶ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 62.

¹²³⁷ AİHM yakın tarihli kararlarında ayrımcı durumların bulunup bulunmadığını değerlendirirken başvurucunun incinebilir, kırılgan bir durumda bulunmasını (vulnerability) göz önünde bulundurmuş veya yapılan ayrımın meşruluğunu değerlendirmeksizin doğrudan haklı bir nedenin bulunup bulunmadığını incelemeye geçmiştir.

¹²³⁸ *Rumor v Italy*, (Appl. No: 72964/10), parag. 58 ve 60.

¹²³⁹ parag. 119.

¹²⁴⁰ parag. 67.

vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection) 14'üncü madde çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüklerini belirlerken dikkate almıştır¹²⁴¹. Görüldüğü üzere Mahkeme, özellikle çocuklar söz konusu olduğunda çocukların hassas, kırılgan durumlarının ilgili hak ile birlikte eşitlik ilkesi bakımından da devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamını etkilediğini değerlendirmektedir.

Mahkeme yapılan sınıflandırmanın Anayasaya uygunluğunu tartıştıktan sonra bu sınıflandırma ile güdülen amacın kamu yararına ve Anayasada belirtilen amaçlardan birine uygun olup olmadığını incelemektedir. Anayasa Mahkemesine göre, bazı kişilerin başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin ihlalden söz edilemez¹²⁴². Durum ve konumlarındaki özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi gerektirir. Durumlarındaki farklılıkların doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarla farklı uygulamalar getirilmesini engellemez¹²⁴³. Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu yararı ve haklı nedenin, “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olması gerekir. Getirilen düzenleme bu ölçütlerden birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır¹²⁴⁴. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçütler olarak, “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” gibi değişik ifadeler kullanmıştır¹²⁴⁵. Görüldüğü üzere haklı nedenin bulunup bulunmadığının incelenmesi, sınıflandırma ile kanunun amacı arasındaki bağı, ilişkiyi ortaya koymakta, sınıflandırmanın amaca hizmet edip etmediğini, orantılı olup olmadığını da belirlemektedir. Ancak Mahkeme, bu ölçütlerin

¹²⁴¹ parag. 22.

¹²⁴² AYM. E. 1987/3, K. 1987/13, k.t. 22.5.1987; AYM, E. 1987/1, K. 1987/18, k.t. 11/9/ 1987.

¹²⁴³ AYM, E. 1992/22, K. 1992/40, k.t. 17.6.1992.

¹²⁴⁴ AYM, E. 1991/13, K. 1992/10, k.t. 19.2.1992.

¹²⁴⁵ Selda ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 3, 2012, ss. 43-86, s. 55.

mutlak olmadığını, zamana ve değişen koşullara göre bu ölçütlerin dışına çıkabileceğini, diğer deyişle değişen koşulların haklı neden ya da kamu yararı olgusunu da değiştirebileceğini belirtmektedir¹²⁴⁶. Mahkeme kararlarında sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını, ancak o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebileceğini kabul etmektedir.

AIHM ayrımcılık yasağının ihlali iddialarını incelerken öncelikle sınıflandırılan iki durumun birbirine benzeyip benzemediğini ortaya koymaktadır. Örneğin itiraz hakkı tanınmaksızın çocukların eğitim amacıyla bir ıslah kurumuna yerleştirilmesi kararlarının ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasını ele alırken çocuklar ile yetişkinlerinin farklı statüde kabul edilip edilmeyeceğini öncelikle incelemektedir¹²⁴⁷. Bundan sonra Mahkeme, farklı düzenlemenin ya da muamelenin “objektif ve makul sebebe” dayanıp dayanmadığını değerlendirmektedir. Mahkeme’ye göre bir düzenleme ya da uygulama, “nesnel ve makul bir gerekçeye sahip değilse”, bir diğer ifade ile “meşru bir amaç” izlemiyorsa ya da kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmeye çalışılan amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa 14’üncü maddenin amaçları ile bağdaşmaz¹²⁴⁸. Örneğin

¹²⁴⁶ Örneğin, Medeni Kanun’da yer alan “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir.” hükmünün cinsiyet eşitsizliğine yol açtığı iddiasında, Mahkeme söz konusu kuralı sosyal gerçeklerin doğurduğu bir zorunluluk olarak kabul etmiştir. Mahkeme’ye göre, “yasakoyucu bu kuralla yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmış, kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğünün sağlanması amacıyla eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Yasa koyucunun tercihini kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklardan kaynaklanan bir tercihtir ve cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yaratmamaktadır.” Mahkeme evlilik içinde kadın ile erkeğin farklı olduğunu şöyle açıklamaktadır: “Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasakoyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 29.9.1998 tarih ve E.1997/61, K.1998/59 sayılı Kararı. Bu nitelikteki bir yorumun, Mahkeme’nin eşitlik ilkesine aykırılık incelemelerinde sıklıkla kullandığı “durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.” (E.2003/60, K.2008/97, k.t. 2.5.2008; E.2007/64, K.2008/154, k.t. 31.10.2008; E.2007/104, K.2008/164, k.t.20.11.2008) argümanının eşitsizliği sürdüren geleneksek kabullerin meşrulaştırılmasının aracı olarak da kullanılabileceğini göstermektedir.

¹²⁴⁷ E. 1988/3, K. 1989/4, k.t. 18.1.1989, E: 1988/36, K. 1989/24, k.t. 2.6.1989.

¹²⁴⁸ Palau-Martinez v. France, (Appl. No: 64927/01), 14.3.2002, parag. 31.

Hristiyanlığın Yehova Şahitleri takipçilerinin çocuklarına uyguladığı çocuk yetiştirme kurallarının katı ve hoşgörüsüz olması nedeniyle, Yehova Şahitliği yorumunu kabul eden bir annenin velayetinde bulunan iki çocuğun ikamet yerinin, babanın ikametgâhı olarak belirlenmesinin başvurucunun dini inancı nedeniyle ayrımcılığa uğramasına neden olduğu şikâyeti üzerine AİHM, ulusal mahkemenin karar verirken, çocukların menfaatlerinin gereklerini değil de annenin inancını göz önünde bulundurarak genel ve soyut gerekçelerle değerlendirme yaptığını, çocukların bakım ve gözetiminin, ikametgâhlarını değiştirmeyi haklı çıkaracak ölçüde aksatılmış olup olmadığını araştırmada ise başarısız olduğunu değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, ebeveyn arasında böylesi bir farklı muamele “objektif ve makul bir gerekçelendirme” bulunmadığı takdirde; bir başka deyişle farklı muamele “meşru bir amaca” dayanmıyorsa ve “kullanılan araçlar ile amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa” ayrımcı niteliktedir¹²⁴⁹. Çocuğun ikametgâhının değiştirilmesi kararlarında “meşru amaç” ise çocuğun menfaatlerinin korunmasıdır¹²⁵⁰. Çocuğun menfaatinin korunması amacıyla alınan ikametgâhın değiştirilmesi kararı, çocukların anneleriyle yaşam koşulları ve gerçek çıkarları arasında bir bağlantı kurmadan alındığı için AİHM, kullanılan araçlar ile takip edilen meşru amaç arasında makul oranda orantılı bir ilişki olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bir uygulamanın ya da hukuki düzenlemenin ayrımcılığı amaçlamamış olsa dahi sonuçları itibariyle ayrımcılık oluşturması da mümkündür. Öğretide kişilere eşit muamele yapılması ile ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilmektedir¹²⁵¹. Dolaylı ayrımcılık eşit durumda olmayanlar arasında herhangi bir sınıflandırma yapılmaksızın

¹²⁴⁹ *Palau-Martinez v. France*, (Appl. No: 64927/01), parag. 38. Aynı yönde bkz: *Hoffmann v. Austria*, (Appl. No: 12875/87), 23.6.1993, parag. 33.

¹²⁵⁰ *Palau-Martinez v. France*, (Appl. No: 64927/01), parag. 40; *Darby v. Sweden*, (Appl. No: 11581/85), 23.10.1990), parag. 31.

¹²⁵¹ Olivier de SCHUTTER, **The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives**, European Commission, Luxembourg, 2005, s. 16.

aynı kurala tabi tutulmaları sonucunda gündeme gelmektedir¹²⁵². AİHM, belirli bir grup üzerinde orantısız şekilde olumsuz etkileri olan, görünüşte tarafsız genel bir politika veya önlemin, ayrımcı olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Nitekim *D.H. and Others v. the Czech Republic* başvurusunda, Çekya’da bilişsel ve psikolojik testler sonucu yetersiz bulunarak özel nitelikli okullara (special schools) yerleştirilen çocukların önemli bir kısmının Roman çocuklardan oluşmasının, etnik kökenlerinden hareketle ayrımcı muamele niteliğinde olduğu iddiasını ele almıştır. Mahkeme genel bir yasanın Roman çocuklar bakımından orantısız bir şekilde olumsuz etki doğurmasının dolaylı ayrımcılık niteliğinde olduğunu¹²⁵³, dolaylı ayrımcılığın ispatında başvuruçuların karşılaştığı güçlüğü göz önünde bulundurarak, daha hafif ispat kurallarının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir¹²⁵⁴. Mahkeme bazı şartlar altında, başvuranlar tarafından sunulan kanıtların, dolaylı ayrımcılığın güçlü bir karineye yol açacak kadar güvenilir ve önemli olduğu kabul edilebilecek durumlarda, mevzuattan kaynaklanan ayrımcı muamelenin, etnik kökenle ilgisi olmayan nesnel faktörlerin sonucu olduğunu ispat yükünün Hükümet’e geçtiğini kabul etmiştir. Mahkeme’nin dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğunda ispat yükünün yer değiştirdiğini kabul etmesi, daha çok çocuklar, kadınlar, dil ve etnik köken bakımından azınlık statüsünde bulunan kişiler bakımından gündeme gelen, maruz kaldıkları ayrımcılığın derinleşmesine ve bir kısır döngü olarak sürekli tekrarlamasına yol açan dolaylı ayrımcılığın ispatı bakımından özel bir usul belirlemesi anlamına gelmektedir. Bu yaklaşımı özellikle etnik köken, cinsiyet gibi nedenlere dayanan ayrımcılıkla mücadele edilmesinde önemli bir usulî güvence sağlamaktadır. Mahkeme dezavantajlı statüde yer alan bir grup üzerinde orantısız şekilde olumsuz etkileri olan genel bir politika veya tedbirin, söz konusu gruba yönelik olmasa dahi,

¹²⁵² KARAN, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s. 242.

¹²⁵³ *D.H. and Others v. the Czech Republic*, (Appl. No: 57325/00), parag. 175.

¹²⁵⁴ *D.H. and Others v. the Czech Republic*, (Appl. No: 57325/00), parag. 195.

ayrımcılık teşkil edebileceğini benzer konuda yapılan başvurularda da tekrarlamaktadır. Ayrıca Mahkeme bu nitelikli ihlal iddialarını ispat yükü ile ilgili olarak, başvuranın farklı bir muameleye tabi tutulduğunu ispatlaması hâlinde, söz konusu farklılığın haklı gerekçelere dayandığını ispatlama yükümlülüğünün Hükümet’e ait olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin belli bir grubu hedeflemeyen genel bir politika ya da tedbirin ayrımcılık teşkil ettiği iddiası söz konusu olduğunda ispat yükünün hükümete geçtiği yönündeki içtihadının istikrar kazanmakta olduğu değerlendirilebilir ¹²⁵⁵.

Anayasa’da doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımları yer almamakla birlikte, AİHS’nin 14’üncü maddesinin olduğu gibi Anayasa’nın 10’uncu maddesinin hem doğrudan hem dolaylı ayrımcılığa karşı koruma hükmü olarak yorumlanması mümkündür. Nitekim 10’uncu madde ayrımcılık yasağının belirli görünümüne özgülenmiş değildir ve bu açıdan da daha geniş bir yoruma tabi tutulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi, ayrımcılığın farklı biçimlerini 10’uncu madde kapsamında koruma sağlama olanağına sahiptir. Nitekim Mahkeme dolaylı ayrımcılık kavramına doğrudan yer vermemekle birlikte kararlarında işaret etmektedir. Mahkeme’ye göre “... *farklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele ediliyorsa fakat bu muamele belirli bir kişiyi veya grubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa ayrımcılıktan söz edilebilir*”¹²⁵⁶.

2. Çocuk Olma Nedenine Dayalı Ayrımcılık Kavramı

Çocuklar, yetişkin kişilerin ayrımcı muamele görmelerine yol açan nedenler yanında, çocuk olmaları, çocukluk statüsü, henüz bir yetişkinin anlama ve muhakeme yetkinliğine sahip olmamaları, eğitim ve disiplin ihtiyaçları, korunma gereksinimleri, evlilik birliği dışında doğmuş olmaları, devlet tarafından koruma altına alınmış olmaları,

¹²⁵⁵ Örnek olarak bkz: *M.G. v. Turkey*, (Appl. No: 646/10), parag. 114.

¹²⁵⁶ *Tuğba Arslan Başvurusu*, (B. No: 2014/256), parag. 115.

yetim olmaları gibi nedenlerle ayrımcı muameleye maruz kalabilmektedir. Gerek Anayasa'nın 10'uncu maddesinde gerekse AİHS 14'üncü maddesinde ayrımcı muamele yasağına yol açan nedenler sınırlı sayıda düzenlenmediği için, Mahkeme'nin çocuğa yönelik ayrımcılık nedenlerini incelemesine bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerek 1982 Anayasası bakımından, gerekse AİHS bakımından çocukluk statüsü gerekçesiyle ayrımcılığa maruz bırakıldığına ilişkin şikâyetlerin incelenmesi mümkündür. Nitekim hem Anayasa Mahkemesi, hem de AİHM önüne, başvurucunun sırf çocuk olduğu için ayrımcı muameleye maruz bırakıldığı iddiaları getirilmiştir.

Ulusalüstü hukukun genel insan hakları belgelerinde, çocukların ayrımcılığa maruz bırakılmalarının önlenmesini amaçlayan özel hükümlere yer verilmiştir. Nitekim, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 24'üncü maddesinde “*Her çocuk, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet ya da doğum bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin, reşit olmayan kişi statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerinin ailesi, toplumu ya da devleti tarafından alınması hakkına sahiptir.*” Bu düzenleme biçimiyle Sözleşme'nin, çocukların korunmasına yönelik özel önlemlerin her çocuğa hiçbir ayrımcılık yapılmaksızın tanınması yaklaşımını benimsediği ve böylece, çocukluk statüsünden kaynaklanan ayrımcılık ile mücadelede sınırlı kaldığı ifade edilmektedir¹²⁵⁷. Aynı yaklaşım Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde de benimsenmiştir. Ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması başlıklı 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında “*Bütün çocuklar ve gençler yararına, ebeveynlikten ya da başka koşullardan dolayı hiçbir ayırım gözetilmeksizin, özel koruma ve yardım tedbirleri alınmalıdır. Çocuklar ve gençler ekonomik ve sosyal sömürüden korunmalıdır. Onların ahlaki değerlerine ya da sağlıklarına zararlı olabilecek, hayatlarını tehlikeye sokabilecek ya da normal gelişmelerini engelleyebilecek*

¹²⁵⁷ BESSON, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, s. 444.

işlerde çalıştırılmaları yasalarla cezalandırılmalıdır. Devletler, ayrıca, yaş sınırları koyarak, çocukların bu yaş sınırları altında ücretli olarak çalıştırılmasını yasalarla yasaklamalı ve cezalandırmalıdır” hükmüne yer verilmiştir.

Her iki Sözleşme, her çocuğun, çocuk olmaları dolayısıyla özel korunma ihtiyaçlarını öne çıkarıp, çocuklara özgü özel koruma önlemleri aracılığıyla korunması yaklaşımını esas almıştır. Ancak çocuklar yetişkinlerle kıyaslandığında, çocuklara yönelik toplumsal kabuller ve çocuk olmaktan kaynaklanan özel statüleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaktadır (child specific discrimination)¹²⁵⁸. Nitekim yetişkinler bakımından kabul edilemez görülen disiplin yöntemlerine, çocuklar özellikle eğitim kurumlarında sıklıkla maruz bırakılmaktadır. Çocukların kanun önünde eşitliğin (equality before the law) bir gereği olan hukuk önünde kişi olarak kabul edilme hakları (right to legal personality) yetişkinler ile kıyaslandığında kısıtlanmıştır. Pek çok hukuk sisteminde kişilik haklarına ilişkin konularda hukuki işlem yapabilme hakları kısıtlıdır. Yine çocuklar bir yetişkinden farklı olarak ana babalarının statüleri ya da dezavantajlı durumları nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Ayrıca çocukluk döneminde haklardan eşit yararlanma fırsatının sağlanmamış olması, çocukların yetişkinlik döneminde de katlanarak artan fırsat eşitsizliğine maruz kalmalarına neden olmaktadır.

ÇHS, çocukların güçsüzlükleri ve sosyal ilişkilerde özel olarak korunma ihtiyaçları yanında, temel olarak çocukluğa ilişkin toplumsal kabuller ile şekillenen özgün konumları nedeniyle ayrımcılığa uğramalarının engellenmesini amaçlamaktadır¹²⁵⁹.

¹²⁵⁸ BUEREN, *The International Law on the Rights of Children*, s. 38; BESSON, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, s. 444.

¹²⁵⁹ Sözleşme’nin 2’nci maddesi şöyledir: “*Taraf Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayırımı veya cezaya tâbi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemi alırlar.*” Bu düzenleme biçimi ile Sözleşme’nin çocuklar arasında “*ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler,*

ÇHS “çocuğa karşı ayrımcılığı” (child specific discrimination) tanımlamamıştır. Ancak Sözleşme’nin denetim organı Komite, çocuğun insanlık onurunu ihlal eden ve çocuğun eğitim olanaklarından faydalanma kapasitesini daraltan ya da yok eden uygulamaları, ayrımcılık olarak nitelendirmektedir¹²⁶⁰. Böylece çocuğun fırsatlardan eşit yararlanmasının sağlanmaması, ÇHS tarafından “çocuğa özgü ayrımcılık”ın bir türü olarak tanımlanmıştır.

Hüseyin Münüklü Başvurusu’nda demiryolu hattında elektrik akımına kapılarak ağır biçimde yaralanan başvuru, adli makamların idarenin sorumluluğunu ortaya koymamalarının sebebinin söz konusu makamların çocuklara karşı gösterdikleri ayrımcılık olduğunu, kendisinin de olay tarihinde çocuk olması nedeniyle bu şekilde bir ayrımcılığa maruz bırakıldığını iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvuru kişinin kendisi ile benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim ve benzeri ayrımcı bir nedene dayandığını makul

ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle ayrım gözetil”mesini yasaklayan genel bir ayrımcılık yasağına yer verdiği görülmektedir. Ayrıca, her çocuğun Sözleşme’de tanınan haklardan eşit yararlanacağını kabul ederek “eşit haklar” (equal rights) formülüne de yer vermiştir. Böylece, özgül ayrım yasakları ile genişletilmiş eşit haklar formülünü benimsemiştir. Sözleşme’nin çocuğa özgü ayrımcılığı önlemek için getirdiği bir diğer önemli yenilik, 18 yaşından küçük herkesin çocuk olduğunu ve böylece her çocuğun Sözleşme’de garanti altına alınan hakların korumasından eşit olarak yararlanacağını kabul etmesidir. Sözleşme, diğer ulusüstü insan hakları belgelerinde yer verilen ayrımcılığa zemin olabilen nedenlerin (suspect classifications) hepsini kapsamış, ayrıca “engelli olma” nedenine de açıkça yer vermiştir. Bu nedenler tüketici olarak da sayılmamıştır. Böylece örneğin maddede açıkça düzenlenmeyen evlilik birliği dışında doğmuş olma ya da HIV/AIDS taşıyıcısı olma gibi nedenlerin Sözleşme’de düzenlenen haklardan yararlanmada ayrımcılığa yol açmasının engellenmesi devletin yükümlülüğündedir. ÇHS, çocuklar ile yetişkin kabul edilen kişilerin hukuki statülerini eşitlemeyi amaçlamamaktadır. Özellikle çocuğun tıpkı bir yetişkin gibi “kanun önünde eşitliği”ni (equality before the law) garanti etmeyi amaçladığını ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Nitekim Sözleşme, kanun önünde eşitliğin sağlanması bakımından özel bir öneme sahip “hukuk önünde eşit yasal kişilik hakkı”nı (right to legal personality) açıkça tanımamakta, yalnızca 12’nci maddesinde çocuğun kendisini etkileyen kararların alınması sürecine katılma ve yaş ve gelişim seviyesine göre görüşüne gereken önemin verilmesi hakkını tanımaktadır. BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 40; BESSON, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, s. 453.

¹²⁶⁰ CRC/GC/2001/1, parag. 10.

delillerle ortaya koyması gerektiğini ifade ederek eşitlik ilkesi yönünden herhangi bir inceleme yapılmasına gerek görmemiştir¹²⁶¹.

AIHM önüne de kişinin çocuk olmasından kaynaklanan ayrımcılık iddiaları gelmiştir. “Çocuk olma” nedeniyle ayrımcılığa maruz kalındığına ilişkin ihlal iddiaları, Mahkeme’nin çocukluk statüsüne yaklaşımını da değerlendirmeye imkân vermektedir. Belçika aleyhine gündeme gelen davada, yetişkinler hakkında verilen tutuklama kararına 5 gün içinde itiraz etme hakkı ve bu itiraz üzerine bir üst mahkemenin 15 gün içinde itirazı inceleme yükümlülüğü öngörülmüşken, ıslah kurumlarına yerleştirilen gençler için böyle bir usulün söz konusu olmamasının Sözleşme’nin 14’üncü maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Mahkeme bu iddiayı dayanaktan yoksun bulmaksızın ele almıştır. Ancak Mahkemeye göre, Belçika’da gençlerin ıslah kurumlarına yerleştirilmesine ilişkin usul, gençlere uygulanan tedbirin cezai olmayan “koruyucu” niteliği”nden kaynaklanmaktadır. Mahkemenin görüşüne göre, muamele farkının objektif ve makul bir gerekçesi vardır. Bu nedenle başvurusunun çocuk olduğu için ayrımcı muameleye maruz kaldığı iddiasına katılmamıştır¹²⁶². Mahkeme bu yargıya ulaşırken Sözleşme’nin 5’inci maddesinde yer alan “yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı” kuralının istinası olarak aynı maddenin ilk fıkrasının (d) bendinde düzenlenen çocukların eğitim amacıyla gözetim altında tutulabileceğine ilişkin hükme de işaret etmekte ve buradan hareketle çocukların ıslahı amacının onların eğitim kurumlarına yerleştirilmelerinin haklı nedeni olduğunu değerlendirmektedir. Mahkeme çocukların yetişkinlerden ayrı olarak eğitilmeleri amacıyla özel kurumlara yerleştirilmelerinin makul olduğunu kabul ederken, bu amaç için zaten “okulların bulunduğu”, söz konusu kurumların belli ağırlık ve önemdeki filleri

¹²⁶¹ *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, (B. No: 2014/5973), parag. 53.

¹²⁶² *Bouamar v. Belgium*, (Appl. No: 9106/80), parag. 66-67.

işleyen ya da bu yönde bir eğilimi olan gençlerin suç işlemelerini önlemek ya da çocuklara özgü kabahat olarak nitelenen eylemleri cezalandırmak amacıyla kurulan ıslah kurumları olduğu gerçeğini göz ardı etmiş görünmektedir. Islah kurumlarına yerleştirilme kararına karşı itiraz hakkı tanınmamasının bir yetişkin ile karşılaştırıldığında ayrımcılık niteliği taşıdığı konusundaki itiraz ise kararda karşılanmamıştır. Bu kurumların istenildiği zaman terkedilemediği ve yerleştirilme kararı verilen çocukların belli bir ıslah rejimine tabi tutuldukları göz önüne alındığında herhangi bir çocuğun gidebileceği sıradan bir eğitim kurumundan farklı nitelikte olduğu, çocuğun özgürlüğünü sınırlandırdığı dikkate alınmamış, özgürlüğünden yoksun kalmasına yol açan böyle bir karara karşı, yetişkinlere tanınan itiraz hakkının tanınmamasının meşru bir temeli olup olmadığı ise kararda cevapsız kalmıştır. Oysa ABD’de Yüksek Mahkeme’nin *Gault* kararındaki içtihadi tutumuyla çocuklara özgü kabahatleri işleyen çocuklara usuli güvencelerin tanınması, çocukların anayasal haklardan tıpkı yetişkinler gibi eşit biçimde yararlanabilecek “kişiler” olduklarının kabulüne önemli katkı sağlamıştır¹²⁶³. ABD Yüksek Mahkemesi, anayasaya aykırılık iddiasını ele alırken aynı eylemin bir yetişkin tarafından gerçekleştirilmesi durumunda sahip olduğu usuli haklar ve hükmolunacak ceza ile, bir çocuk tarafından gerçekleştirildiğinde çocuğun usuli hakları ve maruz kaldığı hak yoksunluklarını kıyaslamıştır¹²⁶⁴.

D.G. v. Ireland davasında ise iki yaşından itibaren devlet koruması altına alınan, koruyucu aile ve çocuk bakım evinde bakılan başvuru, 14 yaşından itibaren

¹²⁶³ Çalışmanın ilk bölümünde de ifade edildiği gibi *Gault* kararı çocuk yargılaması alanında çocukluk statüsüne bağlanan yasal statüyü reddetmemiş, bu statünün çocuğun anayasal haklarının ihlal edilmesini meşrulaştırmak üzere kullanılmasının anayasa aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, Anayasanın “due process şartı” olarak ifade edilen “hukuk kurallarınca belirlenmiş usuller”e riayet edilmeksizin, kişilerin yaşam, özgürlük, mülkiyet haklarından yoksun bırakılamayacağını öngören hükmünün yalnızca yetişkinlerin haklarının korunmasına hizmet etmediğini aynı zamanda küçüklerin de due process şartının koruması altında olduğunu ifade etmiştir. *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

¹²⁶⁴ U.S. Supreme Court, *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967), No. 116, s. 386.

yerleştirildiği kurumlardan kendi davranışları ve uyumsuz tutumları nedeniyle ayrılması sonrasında kendisine uygun bir barınağa sahip olmaması üzerine kendi durumuna uygun bir bakım ve barınma olanağı sağlanması talebinde bulunmuş, bunun üzerine risk altında bir çocuk olduğu, kendine ve başkalarına zarar verme tehlikesi bulunduğu göz önünde bulundurularak genç suçluların rehabilite edilmesi amacıyla kurulan St. Patrick's Institution adlı ıslah kurumuna hakkında bir mahkûmiyet kararı olmaksızın yerleştirilmiştir. Başvurucu Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılmama hakkı ve bununla bağlantılı olarak ayrımcılığa uğramama hakkının ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, gerekçesinde çocukların bakımı ve gözetilmesi amacına uygun özel bir kuruma yerleştirilmediği için diğer çocuklarla karşılaştırıldığında, bakım ve gözetim amacıyla bir yetişkinin cezaevine yerleştirilmesi söz konusu olmadığı için yetişkinlerle kıyaslandığında ve yine cezai bir suçtan dolayı mahkûm edilmeksizin cezaevinde alıkonulduğu için diğer vatandaşlarla karşılaştırıldığında ayrımcı muameleye maruz bırakıldığını ileri sürmektedir. Mahkeme, aynı durumda olan herhangi bir çocuk için de Devletin aynı önlemi alacağını kabul edilebileceğine dayanarak diğer çocuklarla kıyaslandığında ayrımcı muamelenin söz konusu olmadığını kabul etmiştir. Ayrıca “çocuğun korunması amacı”nın, çocuğun eğitim amacıyla tutulmasının (AİHS md. 5/1-d) bu tür bir muamele farklılığının nesnel ve makul bir gerekçesi olarak kabul edilebileceğini gerekçe göstererek, bir yetişkin için söz konusu olmayan bu muamelenin ayrımcı nitelikte olmadığını kabul etmiştir¹²⁶⁵. 1988 tarihli *Bouamar* kararından farklı olarak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabulünden sonra gündeme gelen 2002 tarihli *D. G. v. Ireland* kararında Mahkeme'nin ÇHS'nin 37'nci maddesinin son fıkrasının¹²⁶⁶

¹²⁶⁵ *D.G. v. Ireland*, (Appl. No: 39474/98), parag. 115-116.

¹²⁶⁶ Hüküm Şöyledir: “Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya

özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğun karara itiraz hakkını düzenleyen hükmünü göz önüne alıp, en azından çocukların haklarına ilişkin önceki tarihli pek çok kararında vurguladığı biçimde ÇHS'nin Avrupa Konseyi ülkelerinin tamamı tarafından kabul edildiğini ve böylece devletlerin takdir marjını önemli ölçüde sınırlandıran bir standardın ortaya çıktığını değerlendirmesi beklenirdi.

Yukarıda da belirtildiği gibi Sözleşme'nin 14'üncü maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, makul ve nesnel bir haklı nedene dayanmıyorsa, bu muamelenin meşru bir amacı bulunmuyorsa ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile başvuru yöntemi arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa ayrımcı muamele söz konusudur¹²⁶⁷. Dolayısıyla belirli kişiler veya durumlar için eşitlik ilkesinden ayrılınması ve kişiler arasında fark gözetilmesinin hukuka aykırı kabul edilmediği durumlardan söz etmek mümkündür. AİHM çocuklar söz konusu olduğunda “eğitilmeleri amacıyla” özel muameleye tabi tutulmalarını ayrımcı muamele olarak değerlendirmemektedir¹²⁶⁸. Ayrımcılık yapmama ilkesi, haklı nedene dayalı farklı muameleleri yasaklamamaktadır.

Çocuğa özgü bir diğer ayrımcılık uygulaması, ana-baba ya da bakmakla yükümlü kişilerin “*durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle*” çocuğun da ayrımcılığa maruz bırakılmasıdır¹²⁶⁹. Yetişkinlerden farklı olarak çocuklar yalnızca kendileri ile doğrudan ilgili nedenlere bağlı olarak değil, ebeveynleri ya da bakımlarını üstlenen kişilerin statüleri dolayısıyla da ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Bu nedenle Sözleşme, çocuğun bakımını üstlenen kişilerin statüsü nedeniyle ayrımcılığa uğrama olasılığını da önlemek istemiş ve maddenin ikinci fıkrasında “*çocuğun ana-*

aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır.”

¹²⁶⁷ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* v. Belgium, (Appl. No: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), parag. 10; *Marckx v. Belgium*, (Appl. No: 6833/74), parag. 33; *Rasmussen v. Denmark*, (Appl. No: 8777/79), parag. 38.

¹²⁶⁸ *D.G. v. Ireland*, (Appl. No: 39474/98); *Bouamar v. Belgium*, (Appl. No: 9106/80).

¹²⁶⁹ BESSON, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, s. 451.

babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayırımı veya cezaya tâbi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemi” alma yükümünü getirmiştir. Bu düzenlemenin, çocuğa özgü ayrımcılığın özel bir türünü hedef aldığı değerlendirilebilir¹²⁷⁰. 2’nci maddenin ilk paragrafı ayrımcılık zemini olarak “*çocuğun ya da ana-babasının ya da yasal vasisinin ırkından, renginden, cinsiyetinden...*” söz etmektedir. İkinci paragraf ise, “*çocuğun ana-babasının, yasal vasisinin ya da aile üyelerinin statüsü, etkinlikleri, ifade ettikleri görüşler ya da inançlar nedeniyle ortaya çıkabilecek her tür ayrımcılık ve cezadan korunmasına*” değinmektedir. İlk paragraf, ayrımcılıkla, yalnızca Sözleşme’de yer alan haklardan yararlanılması bağlamında ilgilidir; ikinci paragraf ise, Sözleşme tarafından dile getirilen konularla sınırlı kalmamak üzere “her tür ayrımcılığa karşı” harekete geçilmesini istemektedir.

Öğretide çocuğun ana babasının statüsü nedeniyle ayrımcılığa uğramasının önlenmesinde devletin “gerekli tüm önlemleri almakla” yükümlü olduğunun kabul edilmesinin, genişletilmiş bir pozitif edim yükümü anlamına geldiği ifade edilmektedir¹²⁷¹.

Çocuğun ebeveyninin ırk, renk, soy, etnik köken, yabancılık gibi özelliklerine dayalı ayrımcı düzenlemeler, eşitlik ilkesine aykırı olduğu varsayılan, bu karinenin ancak düzenlemeyi haklı kılacak zorlayıcı nedenlerin ya da çok önemli kamusal yararların varlığının ortaya konulmasını, diğer bir deyimle ayrımcı düzenlemenin güdülen meşru amaçlar ışığında zorunlu olduğunun yasama organı tarafından açıkça ortaya konulmasını gerektirir¹²⁷². Aksi hâlde bu düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Çocuklar

¹²⁷⁰ BESSON, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, s. 448.

¹²⁷¹ BESSON, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, s. 449.

¹²⁷² Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından ırk ve renk ayrımını özel olarak yasaklayan özgül ayırım yasakları olarak değerlendirerek söz konusu özelliklere dayalı kanuni sınıflandırmalarda yasama organının takdir yetkisini geleneksel akla uygunluk ölçüsünden çok daha kısıtlayıcı olan “kuşku

bakımından zorlayıcı neden ya da çok önemli kamusal yararların varlığı şartının, çocuğun eşit olanaklar sağlanmaksızın kişiliğini geliştiremeyeceği, evrensel kültürel değerleri benimseyemeyeceği, topluma olumlu katkıları olan bir birey olarak katılma ve katkıda bulunma olanağından mahrum kalacağı göz önünde bulunduğunda, ırk, renk, soy, etnik köken, yabancılık gibi özelliklere dayanan ayrımcı düzenlemelerin, çocuğun üstün yararı ilkesi ve çocuğun gelişiminin sağlanması için mümkün olan azami çabanın gösterilmesi ilkeleri de dikkate alınarak yorumlanması gerektiği ifade edilmelidir. Böylece, çocuklar bakımından sayılan nedenlere dayanan ayrımcı düzenlemelerin, yetişkinleri konu alan düzenlemeler ile kıyaslandığında, eşitlik ilkesine aykırılık karinesinin ancak çok daha ciddi gerekçelere dayanılarak ortadan kaldırılabileceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de “farklı muamele ne kadar ciddi kabul edilirse, devletin bu farklı muameleyi haklı kılmak için daha önemli gerekçeler sunması gerekir”. Başka bir deyişle potansiyel olarak ciddi bir ayrımcılık söz konusu olduğunda, genellikle devlete tanınan takdir alanı daha dar olacaktır¹²⁷³.

AİHM, özellikle evlilik birliği dışında doğan çocuklar bakımından ayrımcı muamele iddialarını, korunması istenen menfaatin ilişkili olduğu hukuki değeri göz önünde bulundurarak aile ve özel yaşama saygı, mülkiyet hakkı gibi haklar çerçevesinde ele almaktadır. Örneğin evlilik dışı doğduğu için annesinin çiftliği üzerinde yasal olarak miras hakkına sahip olamamanın özel yaşama saygı ve ayrımcı muameleye maruz kalmama haklarını ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü *Inze v. Austria* davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 1 No'lu Ek Protokolünün 1'inci maddesiyle (mülkiyetin korunması hakkı)

sınıflandırmalar” (suspect classification) ölçütünü geliştirmiştir. Kuşkulu sınıflandırmalar öğretisine göre, ırk, renk, soy ve etnik köken, yabancılık gibi özelliklerin meşru kanuni amaçlarla ilgisinin kuşkulu olduğu, o hâlde bu sınıflandırmaların, ancak onları haklılaştıran çok önemli ve zorlayıcı nedenlerin varlığı hâlinde geçerli sayılabileceği kabul edilmektedir. Kuşkulu sınıflandırmalar hakkında bkz. ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 317.

¹²⁷³ *Tuğba Arslan Başvurusu*, (B. No: 2014/256), parag. 145-146.

birlikte alındığında Sözleşme'nin 14'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme Sözleşme'nin temel hak ve özgürlüklerin korunmasında canlı bir araç olduğu, evlilik kapsamında ve dışında doğan çocuklar arasında medeni haklar açısından eşitlik sorununa Avrupa Konseyi üye devletlerinde önem verildiği dolayısıyla devletlerin takdir marjının daraldığını göz önünde bulundurularak, özellikle evlilik dışı doğum gerekçesiyle farklı bir muamelenin ancak Sözleşme çerçevesinde kabul edilebilecek çok ağır sebeplerin “very weighty reasons” bulunması durumunda Sözleşme'ye uygun olabileceğini ifade etmiştir¹²⁷⁴.

Eşitlik ilkesi, hem ayrımcılığa maruz bırakmama, hem de eşitliği ve ayrımcılığın olmamasını sağlamak üzere negatif ve pozitif edimleri birlikte gerektirir. Devletin eşitlik ilkesinden kaynaklanan pozitif görevleri, ayrımcılığın aktif olarak engellenmesi, aynı zamanda eşitliğin sağlanması için önlemler alınmasını gerektirmektedir. Eşit durumda olanların aynı hukuka tabi olmalarını gerektiren şekli eşitlik ilkesinden ayrı olarak kişilerin ilişkili olduğu mevcut yapısal eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için dezavantajlı durumdaki kişileri veya grupları desteklemeye yönelik özel önlemler alınması da devletin eşitliği sağlamaya yönelik olumlu edim gerektiren yükümlülüğü kapsamındadır. Nitekim eşit durumda olmayanların eşit kabul edilerek eşit muameleye tabi tutulması, eşitsizliği derinleştirme tehlikesini barındırmaktadır. AİHM, belirli durumlarda, farklı muamele yoluyla eşitsizliği düzeltmeye çalışmamanın, başlı başına 14'üncü maddenin ihlal edilmesine yol açabileceğine işaret etmektedir¹²⁷⁵. Mahkemeye göre “Sözleşme'nin 14'üncü maddesi, devletin, gruplar arasındaki “olgusal eşitsizliği” düzeltmek amacıyla gruplara farklı muamelede bulunmasını yasaklamamaktadır. Bazı

¹²⁷⁴ *Inze v. Austria*, (Appl. No: 8695/79), 28.10.1987, parag. 41.

¹²⁷⁵ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* v. *Belgium*, (Appl. No: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), parag. 10, *Thlimmenos v. Greece*, (Appl. No: 34369/97), parag. 44, *Stec and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 65731/01), parag. 51.

koşullarda, eşitsizliği düzeltmek için farklı muamelede bulunulmaması, ayrımcılık yasağına ilişkin hükmü ihlal etmektedir¹²⁷⁶.

Eşitliği ve ayrımcılığın olmamasını sağlamak, eşit durumda olanlara eşit davranmayı olduğu kadar farklı durumda olanlara farklı davranmayı da gerektirmektedir. Özel ihtiyaçları olan kişilerin ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla özel koruma önlemleri alınması ve uygulamada ayrımcılığa neden olan ya da ayrımcılığın sürmesine yol açan koşulların ortadan kaldırılması için belirli kişiler lehine özel önlemler alınması ihtiyacı, eşitliğin sağlanmasında da tıpkı insan haklarının yaşama geçirilmesinde olduğu gibi devletin pozitif edimlerini gerektirdiğinin kabul edilmesini beraberinde getirmiştir¹²⁷⁷.

BM İnsan Hakları Komitesi de “haklar ve özgürlüklerden eşit biçimde yararlanmanın, her durumda tıpatıp aynı tutumun alınması anlamına gelmediğini” vurgulamaktadır. Komiteye göre eşitlik ilkesi, Taraf Devletler’in zaman zaman “Sözleşme tarafından yasaklanan ayrımcılığı yaratan ya da var olan ayrımcılığın sürmesine neden olan koşulları azaltmak ya da ortadan kaldırmak için düzeltici müdahalelerde bulunmalarını” gerektirir. Komite ayrıca “bu tür farklılaşmaların ölçütleri makul ve nesnelse, ayrıca Sözleşme çerçevesinde meşru bir amaca yönelikse, benimsenen tutumlardaki farklılaşma ayrımcılık anlamına gelmeyebilir” görüşündedir¹²⁷⁸. Böylece Devletlere, söz konusu farklılaştırma (differentiation) ölçütlerinin “makul ve nesnel olması ve meşru bir amaca yönelmesi hâlinde, muamelenin her farklılaşmasının ayrımcılığa neden olmayacağı hatırlatılmaktadır¹²⁷⁹.

¹²⁷⁶ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 54; *D.H. and others v. Czech Republic* (Appl. No: 57325/00), parag. 175.

¹²⁷⁷ Mark BELL, “The Right to Equality and Non-Discrimination, Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective”, içinde: Tamara K HERVEY - Jeff KENNER, (ed.), **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective**, Hart Publishing, 2003, ss. 91-110, s. 102.

¹²⁷⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 18, Non-Discrimination, **HRI/GEN/1/Rev.9** (Vol. I), 10.11.1989, s. 196, parag. 5.

¹²⁷⁹ **HRI/GEN/1/Rev.9** (Vol. I), 10.11.1989, s. 198, parag. 13.

Bu çalışma çerçevesinde incelendiği üzere pek çok anayasada özel ihtiyaçları nedeniyle özel olarak kayırılması öngörülen gruplardan birinin de çocuklar olduğu düzenlenmiştir. Kural olarak çocukların genel eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerden yararlanmalarında hiçbir engel bulunmamaktadır. Bunun yanında çocukların güçsüzlükleri nedeniyle özel korunma ihtiyaçları, devlete, ailelerine ve diğer bireylere karşı özel önlemler aracılığıyla korunmalarını gerektirir.

Türk hukuku bakımından Anayasanın 10’uncu maddesi Başlangıç bölümü ile birlikte değerlendirildiğinde eşitliğin, “kanun önünde eşitlik” ile sınırlı olmaksızın tanıdığı değerlendirilebilir¹²⁸⁰. Nitekim, Başlangıç kısmındaki ilkeler arasında, “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak (...) onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip*” olduğu ilkesine yer verilmiştir. Ayrıca 5’inci maddenin “*kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*”la devletin görevli olduğunu düzenleyen hükmü, kişilerin haklardan eşit yararlanmalarını sağlamak amacıyla devletin görevli olduğunu kabul etmektedir. Özellikle bu hükümde kişilerin temel hak ve hürriyetlerden “*eşitlik ve sosyal adalet gereklerince*” yararlanma hakkının tanınmış olmasının ve özellikle ilkenin “sosyal adalet” ilkesi ile birlikte düzenlenmesinin bir gereği olarak Anayasanın devlete hukuki eşitliğin sağlanmasından öte maddi eşitliği sağlama konusunda sorumluluk yüklediği değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesi, sosyal hukuk devletinin, güçsüzleri güçlülere karşı koruyan, böylelikle gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlayan

¹²⁸⁰ ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 129; GÜLMEZ, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, s. 231; Mustafa ERDOĞAN, **Anayasa Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Orion Yayını, Ankara, 2007, s. 173.

devlet demek olduğunu kabul etmiştir¹²⁸¹. Öden haklı olarak, “*maddi eşitlik kavramının, hukuki ve sosyal yönleri arasında sıkı bir ilişki olduğu kuşkusuzdur*” diyerek, Başlangıç’ta geçen “*eşitlik ve sosyal adalet gereklerince*” ibaresinin de, “*maddi eşitlik kavramının hukuki ve sosyal yönleri arasındaki bu sıkı bağı ortaya koymakta*” olduğunu vurgulamıştır¹²⁸². Maddi hukuki eşitliğin, kişiler arasındaki eşitsizliklerin dikkate alınmasını ve gerçekte eşit durumda olanlara eşit, eşit durumda olmayanlara ise eşitsizlikleri ölçüsünde eşitsiz ve farklı davranılmasını gerektirdiği kabul edildiğinde, özellikle haklardan yararlanmada eşitliği gerçekleştirmek üzere, bir takım ayrımların yapılmasını gerektirdiği değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesi de “*Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi, ‘yasa önünde eşitlik’ olup herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukukî durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, ‘eşitlerin eşitliği’ anlamındadır. Farklı durumlarda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani ‘eşit olmayanların eşitsizliği’ eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz*”¹²⁸³ diyerek eşitlik ve kanun önünde eşitlik ilkesini, maddi hukuki eşitlik anlamını içerecek biçimde yorumlamaktadır.

Eşitlik ilkesinin sosyal adalet ilkesi ile birlikte yorumlanmasını gerektiren bu hükümler yanında Anayasa belli gruplar lehine özel ayrımlar yapılmasına izin vermektedir. Bu gruplardan biri de çocuklardır (AY. md. 10/3, md. 50/2, md. 58/2, md. 61/4). Anayasa, 2010 yılında 10’uncu maddeye eklenen fıkra ile “*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler(in) eşitlik ilkesine aykırı*” sayılamayacağını düzenlemiştir. Böylece özgül kişi ve gruplar bakımından eşitliğin sağlanmasına yönelik pozitif önlemlere meşruiyet

¹²⁸¹ Anayasa Mahkemesi E: 1988/19, K:1988/33.

¹²⁸² ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 199.

¹²⁸³ Anayasa Mahkemesi’nin 27.9.1988 tarih ve E: 1988/7, K: 1988/27 sayılı Kararı.

kazandırmak amacıyla 10'uncu maddeye, “*çocuklar, yaşlılar, özürliüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı*” (m.10/3) ibaresi eklenerek ayrımcılık ve eşitsizliğin olumsuz sonuçlarından en fazla etkilenen dezavantajlı grupların korunması için alınması gereken tedbirlere işaret edilmiştir¹²⁸⁴.

Çocukların Anayasa'nın 10'uncu maddesi gereğince ayrımcılığa karşı korunma hakları çerçevesinde, çocukluk statüsünün gerektirdiği dezavantajlı konumlarından kaynaklanan ayrımcılığa karşı bir takım yararlar sağlayan tedbirler aracılığıyla korunma hakları vardır. Buradan hareketle devlet, özellikle ayrımcılığa zemin hazırlayan nedenlerle ilişkili çocukların hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak onurlu bir yaşam sürdürebilmeleri ve maddi ve manevi varlıklarını bu yönde geliştirebilmeleri için gerekli koşulları hazırlamak amacıyla özel olarak korumalarını amaçlayan tedbirler almakla yükümlüdür. Öğretide de ifade edildiği üzere bu sonuç, Anayasanın sosyal amaçlı hükümlerinden olduğu kadar, eşitlik hakkındaki hükümlerden de çıkarılabilir¹²⁸⁵. Buradan hareketle haklı nedenlere dayanılarak belli bir çocuk ya da belli bir grup çocuk lehine, diğer çocuklarla kıyaslandığında ayrımcılığa uğramalarını önlemeyi amaçlayan olumlu önlemler alınması, ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecektir. Haklı ya da meşru nedene dayanılıp dayanılmadığının tespiti, ayrımcılık yasağının genel uygulamasında olduğu üzere oldukça tartışmalı bir konudur¹²⁸⁶. Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında daha önce değinildiği üzere haklı ve

¹²⁸⁴ Hükümde eşitsizliklerin önlenmesi ve giderilmesi bakımından devletin yükümlülüğünün açıkça vurgulanmamış olması yanında, bu hakların sosyal hak niteliklerinin bir sonucu olarak devletin mali kaynaklarının yeterliliği ile sınırlı olduğu biçiminde yorumlanması tehlikesi de, çocuklar ve diğer dezavantajlı grupların maddi eşitlik ilkesinden kaynaklanan haklarının yerine getirilmesi konusundaki güvenceleri zayıflatmaktadır. Öğretide madde kapsamındaki grupların hak sahipliklerine vurgu yapılmamış olmasının hükmün pozitif gücünü zayıflattığı haklı olarak ifade edilmektedir. ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, s. 50.

¹²⁸⁵ ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 355.

¹²⁸⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ÖDEN, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, s. 192-193.

meşru nedenin tespitinde başvuru “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin gereklerine uygunluk”, “kamu yararı amacıyla veya başka bir haklı nedenle”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adaletli ve eşit ölçüler”, “zorunlu bir nedene, anayasal bir nedene dayanma” gibi ölçütler yanında çocukların taraf olduğu uyuşmazlıklarda “çocuğun üstün yararı ilkesi”ne, ayrımcı tedbirlerin meşruluğunu tartacak bir ölçüt olarak başvurulması önerilebilir¹²⁸⁷. Böylece çocuğun üstün yararının gerektirdiği önlemler, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.

ÇHS mülteci çocuklar ve engelli çocuklar ve soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların var olduğu devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuklar bakımından devletin pozitif ayrımcılık yükümlülüğünü açıkça tanımıştır. 22’nci madde, ister tek başına olsun isterse ana babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası veya iç hukuk kural ve usulleri uyarınca mülteci sayılan bir çocuğun *“taraf oldukları diğer Uluslararası Sözleşmelerde tanınan ve bu duruma uygulanabilir nitelikte bulunan hakları kullanması amacıyla koruma ve insani yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alırlar”* diyerek devletlerin, mülteci çocukların maddi eşitliğini sağlama ve gerektiğinde eşitliğin teşvik edilmesine yönelik olumlu önlemler alma yükümlülüklerini vurgulamaktadır.

Benzer biçimde 23’üncü madde zihinsel ya da bedensel engelli çocukların, 2’nci madde kapsamında ayrımcılığa karşı korunmaları yanında pozitif ayrımcılık olarak ifade edilebilecek özel koruma önlemlerinden yararlandırılmalarını öngörmektedir.

Sözleşme’de ayrımcılığa karşı özel olarak korunması öngörülen bir diğer grup, azınlık gruplara ya da yerel halklara mensup çocuklardır. 30’uncu madde *“Soya, dine ya*

¹²⁸⁷ Sarah MUSCROFT (ed.), **Children’s Rights: Equal Rights? Diversity, Difference and the Issue of Discrimination**, The International Save the Children Alliance, London, 2000, s. 30.

da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halklara” mensup olmayı özel bir ayrımcılık nedeni olarak vurgulamaktadır. 2’nci maddede yer alan “etnik ve sosyal köken” ibaresinin azınlıklara ve yerli haklara mensup çocukları kapsadığı açık olmakla birlikte bu çocukların 30’uncu maddede tanınan “böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkı”nı kullanmaları nedeniyle ayrımcılığa uğramaları olasılığını dikkate aldığı görülmektedir¹²⁸⁸. Sözleşme “kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma” haklarını kullanırken bu çocukların ayrımcılığa maruz kalma ve damgalanma olasılıklarını göz önünde bulundurarak azınlık ve yerli ırklara mensup çocuklar lehine özel koruma tedbirleri alınmasını öngörmekte, böylece bu konuda devletlerin pozitif edimlerinin gerekliliğini açıkça kabul etmektedir¹²⁸⁹.

Diğer yandan Sözleşme, aileleri olmayan çocuklar (madde 20) ekonomik ve diğer sömürüye maruz kalan çocuklar (madde 32, 34, 36), ceza yasasını ihlâl ettiği iddiasıyla yargılama hukukuna dâhil olan ve özgürlükleri kısıtlanmış olan çocuklar (madde 37 ve 40) ve silahlı çatışma durumundaki çocuklar (madde 38) gibi ayrımcılığın özel bir türüne maruz kalma olasılığı olan çocuklar bakımından da özel önlemler alınmasını öngörmektedir.

3. Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesinin Korunma Usulü

1982 Anayasası’nın 1’uncu maddesinin eşitlik bakımından genel koruma sağlamayı amaçlayan bir hüküm olduğu ifade edilmişti. AİHS 14’üncü maddesiyle ise “Sözleşme’de tanınan haklardan yararlanmada” ayrımcı uygulamaları yasaklayarak sınırlı bir koruma

¹²⁸⁸ BESSON, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, s. 457-458.

¹²⁸⁹ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 408-409.

sağlamaktadır. Bu düzenleme ile ayrımcılık yasağı yalnızca AİHS’de yer alan haklardan birinin ayrımcı bir uygulama sonucu ihlal edildiği iddiası ile birlikte gündeme gelebilmektedir. 14’üncü madde genel nitelikli bir eşitlik hakkına ya da Sözleşme’de yer almayan diğer haklar bağlamında ayrımcılık yasağına yer vermemektedir¹²⁹⁰. Bu içtihadî tutum AİHM tarafından istikrarlı biçimde sürdürülmektedir. Mahkeme bu tutumunu “Sözleşme’nin 14’üncü maddesi, Sözleşme’nin ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamlamaktadır. Sözleşme’nin 14’üncü maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur, çünkü sadece bu maddi hükümlerle korunan ‘hakların ve özgürlüklerin’ kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir sonuç doğurur. Sözleşme’nin 14’üncü maddesinin uygulanması, bu maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılmaya bile ve bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile, tartışma konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmedikçe, 14’üncü maddeyi uygulama imkânı yoktur” şeklinde ifade etmiştir¹²⁹¹.

AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı ile ilgili diğer önemli bir düzenleme ise ayrımcılık yasağını başlı başına bir hak olarak düzenleyen 12 No’lu Protokol’dür¹²⁹². Protokol AİHS’de yer almayan, ancak yasalarca tanınmış tüm hakları da içerecek şekilde ayrımcılık yasağına yer vermiş durumdadır¹²⁹³. AİHM önüne gelen başvurularda Sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlük söz konusu olduğunda AİHS’nin

¹²⁹⁰ Oddny Mjöll ARNARDOTTIR, *Multidimensional Equality from Within: themes from the European Convention on Human Rights, European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Dagmar Schiek, Victoria Chege (Eds), Routledge-Cavendish, London, New York, 2009, s. 35-37.

¹²⁹¹ *Rasmussen v. Denmark*, (Appl. No: 8777/79), parag. 29.

¹²⁹² https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=rpvrH5Yo (erişim tarihi:23-02.2020), Türkiye bu protokolü 18.04.2001 tarihinde imzalamış, ancak onaylamamıştır. Bkz. aynı yer.

¹²⁹³ Protokol’ün 1’inci maddesi “Kanunla tanınan herhangi bir haktan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır. 2. Hiç kimseye herhangi bir kamu makamı tarafından 1’inci paragrafta belirtilenler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmayacaktır.” şeklindedir.

14'üncü maddesi, Sözleşme'de düzenlenmeyen bir hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda ise Protokol'ün 1'inci maddesi çerçevesinde korunmaktadır. Mahkeme de Protokol'ün kabulünden sonra bu yönde bir yargısal tutum benimsemiş ve Sözleşme'nin 14'üncü maddesi ile Protokol'ün 1'inci maddesi arasında ayrımcılığın tanımı bakımından¹²⁹⁴ her hangi bir anlam farkı bulunmadığını ikisi arasındaki farkın Sözleşme'de tanınan haklar dışında kalan hakların koruma kapsamına alınması olduğunu ifade etmiştir¹²⁹⁵. AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı kapsamında gündeme gelebilecek bir diğer düzenleme ise Türkiye'nin 7 No'lu Protokol'ün 5'inci maddesidir¹²⁹⁶.

1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer veren 10'uncu maddesi, yalnızca bir genel ilke olarak değil, aynı zamanda bir hakka yer verdiği kabul edildiğinde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı Anayasa'da yer alan tüm hak ve özgürlükler bağlamında da gündeme gelebilecektir. Anayasa'da tanınan hak ve özgürlüklerin listesi AİHS'den daha geniş olduğu için Anayasa'nın 10'uncu maddesinin kapsamı konu bakımından AİHS'nin 14'üncü maddesine göre daha geniştir. Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılık iddiaları üzerine gerçekleştireceği yargısal denetimde Anayasa'nın 10'uncu maddesinin mi yoksa AİHS'nin 14'üncü maddesinin mi uygulanma imkânı bulacağı hususunun belirlenmesi, bireysel başvurular çerçevesinde ileri sürülen ayrımcılık yasağı iddialarının incelenmesinde konu bakımından yargılama yetkisinin sınırlarının açıklığa kavuşturulması anlamına gelecektir.

¹²⁹⁴ *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*, (Appl. No: 27996/06, 34836/06), parag. 55.

¹²⁹⁵ *Sejdic ve Finci v. Bosnia Herzegovina*, parag. 56; *Savez Crkava "Rijec Zivota" and Others v. Croatia*, (Appl. No: 7798/08), 09.12.2010, parag. 103-104.

¹²⁹⁶ Protokol'ün 5'inci maddesi "*Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, evlenmede, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda özel hukuk nitelikli haklardan yararlanmakta ve sorumlulukları üstlenmekte eşit olacaklardır. Bu madde, devletlerin çocukların menfaatleri bakımından gerekli türdeki önlemleri almalarına engel teşkil etmeyecektir.*" hükmünü içermektedir. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=rpvrH5Yo adresinden de görüleceği gibi Türkiye sözleşmeyi 14.3.1985 tarihinde imzalamış; 2.5.2016'da onaylamıştır. Bu Protokol 1.8.2016'da yürürlüğe girmiştir.

Bu noktada iki farklı sonuca yol açabilecek iki ayrı yaklaşımdan söz edilebilir. İlk yaklaşımda bireysel başvurunun AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerde yer alan haklar için geçerli olduğu ve taraf olunmayan Ek 12'nci Protokol'de yer alan genel ayrımcılık yasağının bireysel başvuruya konu olmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle Anayasa tarafından ayrımcılık yasağı ile ilgili sağlanan korumanın kapsamının dar yorumlanması söz konusudur¹²⁹⁷. İkinci bir yaklaşım ise Anayasa'nın 10'uncu maddesinin kapsamının geniş yorumlanmasıdır. Bu yaklaşımda Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen somut bir başvuruda bireysel başvuru yolunun öngörülme amacının insan haklarının anayasa yargısı aracılığıyla daha etkin korunması amacından hareketle daha koruyucu nitelikte olan Anayasa'nın 10'uncu maddesine dayanak norm olarak başvurulması kabul edilmektedir. Bu yaklaşımın temeli Anayasa koyucunun iradesinde ortaya çıkmaktadır¹²⁹⁸. Anayasa koyucunun iradesi temel hak ve özgürlüklere daha etkin

¹²⁹⁷ Öğretide, Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'un sözel yorumunu esas alacak böyle bir yaklaşım ile bir Anayasa değişikliği yapılmadığı veya Türkiye tarafından Ek 12'nci Protokol'e taraf olunmadığı sürece Anayasa'nın 10'uncu maddesinin, yalnızca AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek 1. No'lu Protokol'de yer alan haklar açısından koruma sağlayacağı, Anayasa'nın 148'inci maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi dikkate alındığında yalnızca AİHS ve Ek Protokol kapsamında yer alan haklar bağlamında bireysel başvuru yapılabileceği izlenimi edinildiği ifade edilmekte ve Anayasa değişikliğinin gerekçesinde yer alan AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılan başvuru sayısının azaltılmasına dair vurguların da bu yönde bir yaklaşımı destekler nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Bu durumda Türkiye AİHS'ye taraf olduğu için AİHS'nin 14'üncü maddesi kapsamında yalnızca AİHS ve Anayasa'da yer alan haklar açısından bireysel başvuru yapılabilecek, 12 No'lu Protokol'e taraf olmadığı için Anayasa'da yer almasına rağmen AİHS'de yer almadığı için bazı haklar bakımından bireysel başvuru yapılamayacaktır. (Bu yöndeki benzer tespitler için bkz: KARAN, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 267.) Diğer yandan Anayasa'nın 10'uncu maddesi konu bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 10'uncu maddesi çerçevesinde, 12 No'lu Protokol ile örtüşen ancak AİHS'nin 14'üncü maddesine AİHM'nin yorumu karşısında daha geniş bir koruma sağlayan bir yaklaşım benimsendiği dikkate alınabilir. Bu durumda Türkiye 12 No'lu Protokol'e taraf olmadığı için ortaya bir kapsam farklılığı çıkmaktadır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi ayrımcılık yasağı ile korunan hakların kapsamını geniş yorumlaması için anayasal dayanaklara sahiptir. Nitekim Anayasa'nın 148'inci maddesinde öngörülen bireysel başvuru hakkının, bu Anayasa'da koruma altına alınan hakların ihlaline karşı bir güvence olduğu, diğer yandan Sözleşme'nin 53'üncü maddesinde yer alan "*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz*" hükmü yerel yargı makamlarını daha geniş koruma sağlayan iç hukuk normlarını dikkate almakla yükümlü oldukları değerlendirilebilir. (Aynı yönde bkz: KARAN, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 267.)

¹²⁹⁸ İlgili hükmün gerekçesinde "*Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu*

koruma sağlanmasıdır. Öğretide ayrıca Mahkeme'nin, AİHS çerçevesinde değil Anayasa çerçevesinde bir yargısal denetim gerçekleştireceği, Anayasa'nın 148'inci maddesinde yer alan düzenlemenin Anayasa'daki hak ve özgürlükleri esas aldığı, madde metninde yer alan “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin*” ifadesinin Anayasa'daki bir hak veya özgürlüğün norm alanını ve bunun sınırları konusuna değinmediği, yalnızca hangi hak ve özgürlükler için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabileceğini düzenlediğine işaret edilerek bireysel başvuruların incelenmesinde 10'uncu maddenin esas alınması gerektiği sonucuna ulaşılabileceği dikkate sunulmaktadır¹²⁹⁹. Ayrıca Anayasa'da yer alan düzenlemede AİHS'de yer alan hakların ihlalinin değil, Anayasa'da bu haklara tekabül eden hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının incelenmesinin amaçlandığı, bu nedenle bireysel başvuru usulünde uygulanacak olan hükmün 12 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesinin -Türkiye'nin taraf olup olmadığına bakılmaksızın- Anayasa'daki karşılığı olacağı, Anayasa'nın 10'uncu maddesinin AİHS'nin 14'üncü maddesinin kapsamı çerçevesinde yorumlanmasını gerektirecek açık bir düzenleme söz konusu olmadığı, 10'uncu maddenin tek başına veya Anayasa'da yer alan tüm hak ve özgürlüklerle birlikte ileri sürülmesinin Anayasal olarak mümkün olduğuna da dayanılmaktadır¹³⁰⁰. İkinci yaklaşımın bir başka dayanağı olarak ise AİHS'nin 53'üncü maddesi gösterilmektedir. AİHS'nin 53'üncü maddesinde yer alan “*Bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasaları... çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandırıyor veya derogasyona gidilmesine olanak tanıyor biçiminde yorumlanmayacaktır*” şeklindeki düzenlemenin Anayasa'nın 10'uncu maddesinin

organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır” denilmektedir. TBMM, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekeçeli**, Ankara, 2011, s. 295.

¹²⁹⁹ KARAN, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s. 267.

¹³⁰⁰ Fazıl SAĞLAM, “Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, **Demokratik Anayasa**, Ece Göztepe-Aykut Çelebi (Hazırlayanlar), Metis Yay., İstanbul, 2012, s. 430-431.

kapsamının AIHS'nin 14'üncü maddesi gerekçe gösterilerek daha dar bir şekilde yorumlanmasına engel olacağı ifade edilmektedir¹³⁰¹. Buradan hareketle Anayasa'da yer alan haklar ve özgürlüklerin sağladığı güvencenin AIHS'ye göre daha geniş olduğu durumda Anayasa hükmünün esas alınmasının bireysel başvuru usulünün amacına ve Anayasa'nın 2'nci maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ilkesinin bir gereği olduğu değerlendirilebilir¹³⁰².

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45'inci maddesine göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına girmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir haktan yararlanma konusunda ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını içeren başvuru kabul edilebilir değildir¹³⁰³. Mahkeme, Sözleşme'nin 14'üncü maddesinin diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağladığını ifade etmektedir. Mahkeme'nin "Sözleşme ve Anayasa kapsamında korunan hak ve özgürlükler" in kapsamını geniş yorumladığı örneklerden söz etmek mümkündür. Nitekim boşanmadan sonra velayeti kendisine verilen annenin çocuğa kendi soyadını verme

¹³⁰¹ Fazıl SAĞLAM, "Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", s. 434.

¹³⁰² KARAN, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 268; Ayrıca Selin ESEN, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2011, s. 46. Aksi bir görüş için bkz, Ece GÖZTEPE, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 95, 2011, s. 35-37. 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinde yer alan "Türkiye'nin taraf olduğu" ifadesinin somut norm denetimi yoluyla iptal edilmemesi durumunda ikinci yaklaşımın benimsenemeyeceği görüşü için bkz, Sağlam, "Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", s. 432.

¹³⁰³ *Onurhan Solmaz Başvurusu*, (B. No: 2012/1049), 26.3.2013, parag. 18; *Gülbu Özgüler Başvurusu*, (B. No: 2013/7979), parag. 28.

talebinin reddedilmesinin Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılığını incelerken, çocuğun velayetine ilişkin yetkilerin kullanılmasının Anayasa'nın 20'nci maddesinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde korunan bir hukuki menfaat olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, velayet hakkının kapsamındaki yetkilerin kullanımına ilişkin hususların aile yaşamına saygı hakkı kapsamında yer aldığını kabul etmiştir¹³⁰⁴. Böylece Mahkeme, çocuklar üzerinde velayetten kaynaklanan yetkilerin kullanılmasında kadın ve erkek arasında ayrımcılığı yasaklayan AİHS'ye ek 7 No'lu Protokole karar tarihinde henüz Türkiye'nin taraf olmamasını göz önünde bulundurmaksızın, söz konusu ihlal iddiasını iç hukuk bakımından içtihat yoluyla ve ulusalüstü hukuk yoluyla tanınmış olan bir hakka ilişkin olduğunu değerlendirerek, incelemekle yetkili olduğunu kabul etmiştir¹³⁰⁵.

Diğer yandan Mahkemenin ek protokollerde yer alan bir hak ve özgürlüğün iç hukuk bakımından ulusal tanıma ile ya da ulusalüstü tanıma ile zaten tanınmış olduğunu ve böylece 1982 Anayasası çerçevesinde hukuki dayanağı olan bir hak olduğunu dikkate almadığı başvurular da söz konusudur. Nitekim Mahkeme, *Sebahat Tuncel Başvurusunda*, “*Gerek Anayasa'nın 23. maddesi ve gerekse de AİHS'e Ek 4 No'lu Protokolü'nün 2. maddesinde bir devletin ülkesi içerisinde seyahat özgürlüğü hakkı yer*

¹³⁰⁴ *Gülbu Özgüler Başvurusu*, (B. No: 2013/7979), parag. 28. Bu sonuca ulaşırken hem Türk anayasa hukuku bakımından evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağını düzenleyen 2525 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edildiğine, hem de “*Türkiye'nin 4.6.2003 tarihinde onayladığı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 23. maddesinin (4) numaralı fıkrasında taraf devletlerin; eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacakları; Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde ise yine taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliğine dayanılarak -aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil- her iki eş için geçerli, eşit kişisel haklar sağlayacakları düzenlemesine yer veril*”diğine dayanmıştır.

¹³⁰⁵ Türkiye Sözleşmeyi 14.3.1985 tarihinde imzalamış; 2.5.2016'da onaylamıştır. Bu Protokol 1.8.2016'da yürürlüğe girmiştir. Başvuru hakkında karar ise, 11.11.2015 tarihinde verilmiştir. Dolayısıyla karar tarihinde Türkiye 7 No'lu Protokol ile bağlı değildir. Mahkeme, bu hususa kararında değinmemiştir.

aldığı gibi aynı zamanda bir kimsenin bulunduğu devletin ülkesinden ayrılma özgürlüğü” hakkının da yer aldığını tespit etmekle birlikte bir başvurunun veya şikâyetin konu bakımından Mahkemenin yetkisi kapsamına girebilmesi için, başvuru tarafından ihlal edildiği ileri sürülen hakkın, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerle korunmuş olmasını zorunlu görmüştür Mahkemeye göre, “Türkiye’nin taraf olmadığı ek protokol hükümlerinden biriyle ilgili başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesi mümkün değildir. Mahkemenin hangi haklarla ilgili başvuruları inceleyebileceğinin çerçevesi Anayasa ve 6216 sayılı Kanun tarafından çizilmiş olup bu yetki çerçevesinin genişletilmesi mümkün değildir. AİHS’ye Ek 4 No.lu Protokol’e ülkemiz taraf değildir. Bu nedenle, anılan Protokol kapsamında kalan ve Anayasa’nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamaz¹³⁰⁶”

Görüldüğü üzere bir önceki örnekte Mahkeme, Anayasa ve uluslararası hukuk tarafından tanınarak iç hukuk sisteminin bir parçası olan hakkın bir unsurunun AİHS’ye ek ve karar tarihi itibarıyla Türkiye tarafından taraf olunmayan bir protokolde bağımsız bir hak olarak düzenlendiğini göz önünde bulundurmamıştır. AİHM, özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik sınırlamalar ile seyahat özgürlüğüne yönelik sınırlamalar arasındaki farkın “sınırlamanın niteliği ve esası” ile ilgili olmadığını, aralarındaki farkın yalnızca “derece ve yoğunluk” farkı olduğunu belirtmiştir¹³⁰⁷.

¹³⁰⁶ *Sebahat Tuncel Başvurusu*, (No. 1), (B. No: 2012/1051), 20.02.2014, parag. 55.

¹³⁰⁷ *Guzzardi v. Italy*, (Appl. No: 7367/76), 6.11.1980, parag. 92, 93. Sınırlamalardaki derece ya da yoğunluğun değerlendirilmesinde ise söz konusu tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler (*Guzzardi v. Italy*, parag. 92) ile bireyin gündelik hayatının devlet tarafından ne ölçüde denetim altında tutulduğunun dikkate alınmasını gerekli görmektedir. Diğer yandan AİHM, yurt dışına çıkış yasağının ihlal ettiği menfaatin Sözleşme’nin diğer maddelerinde tanınan hakların ihlali niteliği taşıdığı durumlarda, başvuruyu yetkisi içerisinde görerek incelemiştir. Böylelikle Mahkeme ilgili Devleti 4 No’lu Protokol’e taraf olmamasına karşın, Sözleşmenin ilgili maddesi çerçevesinde incelemesini gerçekleştirebilmiştir. *İletmiş v. Turkey*, (Appl. No: 29871/96, 06.03.2006, parag. 42-50, *Paşaoğlu c. Turquie*, (Appl. No.: 8932/03), 8.7.2008, parag. 41-48.

AIHS'nin birinci kuşak hakları düzenleyen bir Sözleşme olması nedeniyle sosyal haklar belli ölçülerde konu bakımından 14'üncü maddenin kapsamı dışında yer almaktadır. AIHM somut ihlal iddiasının kendine özgü koşullarını da göz önünde bulundurarak Sözleşmede açıkça düzenlenmeyen bir dizi hakkı Sözleşmenin tanıdığı diğer hakların konusu ile bağlantısından hareketle Sözleşme çerçevesinde korumaktadır. Örneğin sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkı bağlamında¹³⁰⁸, çalışma hakkını ise, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı¹³⁰⁹ kapsamında değerlendirerek bu konuda daha esnek bir yaklaşımı benimsemiştir. Dolayısıyla AIHS'nin 14'üncü maddesinin konu bakımından sağladığı korumanın kapsamı içtihatlarla konu bakımından geniş yorumlanmıştır. Mahkeme'nin içtihadi tutumu çerçevesinde 14'üncü maddeye dair iddiaların Mahkeme tarafından incelenebilmesi için Sözleşme'de yer alan bir hak ve özgürlükle doğrudan veya dolaylı bir bağın olması (within the ambit of a right) yeterli kabul edilmektedir¹³¹⁰.

Kamusal hizmetlerin dezavantajlı çocukların da etkin bir biçimde yararlanmalarını sağlayacak biçimde sunulmaması her durumda söz konusu anayasal hakkın gereği gibi yerine getirilmediği anlamına gelmektedir. Çocukların devlet tarafından sunulan hizmetlerden eşit yararlanmasını sağlayan tedbirler ise çoğunlukla Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde düzenlenen hakların konusu ile ilgilidir. Çocuğun olanaklardan eşit yararlanmasını engelleyen dezavantajlı statüsü, engellilik gibi fiili bir durumu, ana babası ile birlikte ceza evinde bulunması, ceza hukuku ile ilişkili bir nedenle tutuklu bulunması, ırk ya da cinsiyeti nedeniyle kültürel engellerle karşılaşması

¹³⁰⁸ *Gaygusuz v. Austria*, (Appl. No: 17371/90), 16.09.1996, parag. 41; *Stec and Others v. the United Kingdom* (Appl. No: 65731/01, 65900/01), parag. 66; *Luczak v. Poland*, (Appl. No: 77782/01), 27.11.2007, parag. 53.

¹³⁰⁹ *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, (Appl. No: 55480/00, 59330/00), 27.07.2004; *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, (Appl. No: 70665/01; 74345/01), 07.04.2005, parag. 32; *Bigaeva v. Grece*, (Appl. No: 26713/05), 28.05.2009; *Emel Boyraz v. Turkey*, (Appl. No: 61960/08), 02.03.2015, parag. 41-43.

¹³¹⁰ *Thlimmenos v. Greece* (Appl. No: 34369/97), parag. 40-42.

nedenlerinden ya da yoksulluk, kırsal bölgede yaşaması gibi fırsatlardan eşit yararlanmasını engelleyen bir nedenden kaynaklanabilir. Yoksul, kırsal kesimde yaşayan çocuklar için gündeme gelebilecek ikinci olasılıkta kamusal hizmetlere erişimlerinin engellenmesi, devletin ekonomik, sosyal nitelikli bir hakkın sağlanması konusundaki hareketsizliğinden kaynaklanmaktadır. Devletin bu hareketsizliği, hakkın yaşama geçirilmesi için yapılan kanuni düzenlemenin gereklerinin yerine getirilmemesi biçiminde olabileceği gibi, hakkın fiilen gerçekleştirilmesini sağlayacak bir yasal düzenlemenin hiç kabul edilmemiş olmasından kaynaklanabilir.

Özellikle eğitim hakkı bakımından çocuğun fırsatlardan eşit yararlanması hakkı tanınmaması, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edilmesine yol açabilecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, eğitim hakkının garanti edilmemesi durumunda çocuğun hayatta başarılı olabilmesinin beklenemeyeceğini, eğitimin çocuğun kültürel değerlere karşı farkındalığını artırmak ve daha sonraki yaşamında ihtiyaç duyduğu mesleki eğitimi edinebilmesi için en temel araç olduğunu, eğitim olanağı sağlamanın devletin en önemli işlevlerinden biri olduğunu ve devletin, her çocuğa bu hakkı sağlamakla yükümlü olduğunu kabul etmiştir¹³¹¹. Buradan hareketle zenci çocukların beyazlardan ayrılarak farklı okullarda eğitim görmeleri biçimindeki uygulamanın anayasal hakları ihlal ettiğine karar vermiştir. Söz konusu karar, çocuğa yönelik ırk ayrımcılığını hak ihlali olarak kabul ederek çocuğa özgü hakların tanınmasına ilişkin öncü kararlardan biri olmuştur¹³¹².

AİHM'nin *Coster v. The United Kingdom* davasında kendilerine ait çingene kültürüne özgü yaşam tarzlarını sürdürebilmeleri gayesiyle kendilerine ait bir araziye karavanlarını yerleştirme talepleri yerel yönetim idaresi tarafından reddedilen bir aile,

¹³¹¹ *Brown v. Board of Education*, 347, US 483, 1954, s. 493.

¹³¹² RODHAM, "Children's Rights under the Law", s. 37.

arazilerinden çıkarılmalarının, çocuklarının tatmin edici eğitime erişiminin engellenmesine neden olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, dava esnasında 16 yaşından büyük başvuranların en büyük çocuklarının okulu bıraktıklarını ve işe girdiğini, en küçük çocuklarının evlerinin yakınındaki okula gittiklerini belirtmektedir. Mahkeme başvuranların, şikâyet ettikleri planlama önlemleri sonucunda çocuklarının eğitim hakkının etkin bir şekilde reddedildiği yönündeki şikâyetlerini doğrulayamadıklarını tespit ederek, 1 No’lu Protokolün 2’nci maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹³¹³. Ancak muhtemel bir uyuşmazlıkta Mahkeme’nin, alınan bir tedbirin çocukların eğitime erişmesini engellediğinin ispatlanabildiği durumlarda, Sözleşme çerçevesinde eğitim hakkı ile devletlere yüklenen yükümlülüğün eğitim kurumlarına erişimi engellemek olduğu yönündeki yerleşik içtihadından hareketle¹³¹⁴, başvuruyu farklı sonuçlandırabileceği beklenebilir.

Özellikle dezavantajlı statüler ile ilişkili çocukların, devlet tarafından sunulan hizmetlerden eşit yararlanmasının sağlanmaması o grupta yer alan çocuklar bakımından ayrımcılık anlamına gelebilmektedir. Bu ayrımcılık iddialarının norm denetimi usulünden ayrı olarak bireysel başvuru usulü çerçevesinde, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi mümkün olmalıdır.

Enver Şahin v. Turkey davasında, başvuran, engelli olarak kendisine öğrenimine devam etme imkânı sağlanması yönünde gerekli düzenlemelerin yapılması talebinin üniversite yönetimince reddedilmesinin, eğitim hakkının ve özel hayatının unsurları arasında yer alan kişisel özerklik ve huzurlu yaşam hakkının ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüştür¹³¹⁵.

¹³¹³ *Coster v. the United Kingdom*, (Appl. No: 24876/94), 18.1.2001, parag. 135, 137.

¹³¹⁴ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium*. (Appl. No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), parag. 4.

¹³¹⁵ *Enver Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 23065/12).

AIHM Sözleşme'nin 14'üncü maddesinin, devletin, topluluklar arasındaki “olgusal eşitsizliği” düzeltmek amacıyla topluluklara farklı muamelede bulunmasını yasaklamadığını, bazı koşullarda, yapılan eşitsizliği düzeltmek için farklı muamelede bulunulmamasının, söz konusu hükmü ihlal ettiğini ifade etmiştir¹³¹⁶. Mahkeme, bu yargısal ilkenin dayanağı olarak Sözleşme'ye 1 No'lu Ek Protokol'ün 2'nci maddesinin yorumlanması ve uygulanmasında, Sözleşmenin bütün olarak okunması ve iç tutarlılığını destekleyecek ve hükümler arasındaki uyumu sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiği kuralı ile Sözleşme'nin mümkün olduğu ölçüde, uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası olan diğer hukuk kuralları ile uygun bir biçimde yorumlanması gereğine dayanmıştır. Mahkeme bu ilkelerden hareketle Avrupa Sosyal Şartı veya Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi gibi belgelerde eğitim hakkına ilişkin hükümlerin dikkate alınmasının gerekli olduğunu kabul etmiştir¹³¹⁷. Sözleşme'nin 14'üncü maddesinin gereği olarak, engellilerin “tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını” sağlamak üzere makul önlemlerin alınmamış olmasını, “engele dayalı ayrımcılık” olarak nitelendirmiştir¹³¹⁸.

Eşitlik ilkesinin korunması bağlamında bir başka sorundan daha söz etmek gerekir. Gerçekten de ayrımcılığın makul önlemlerin alınmaması nedeniyle değil de dezavantajlı kişilerin haktan eşit yararlanmasına imkân verecek yasal düzenlemelerin hiç kabul edilmemiş olmasından kaynaklanması durumunda yargısal yollara başvurularak devletin,

¹³¹⁶ *D.H. and Others v. the Czech Republic*, (Appl. No. 57325/00), parag. 175; *Vallianatos and Others v. Greece* (Appl. No. 29381/09, No. 32684/09), 7.11.2013, parag. 76; *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 54; *Enver Şahin Turkey*, parag. 61.

¹³¹⁷ *Timichev v. Russia*, (Appl. No. 55762/00 - 55974/00), parag. 64, *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia*, (Appl. No: 43370/04, 8252/05, 18454/06), parag. 136, *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 53; *Enver Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 23065/12), parag. 60.

¹³¹⁸ *Enver Şahin Türkiye*, (B. No: 23065/12), parag. 67. Aynı yönde diğer kararlar için bkz: *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 65 ve 67, ve *Şanlısoy c. Turquie*, (Appl. No: 77023/12), parag. 60.

hizmetin ifasına zorlanıp zorlanamayacağı konusu tartışmalı bir anayasal soruna işaret etmektedir.

Kişilere bir takım yararlar sağlayan bir kanunun bu yararları gerçekleştirmeye yöneldiği amaç ışığında benzer durumda bulunan bazı kişilerden esirgemesi, o düzenleme bakımından “eksik kapsamlı” olduğunun değerlendirmesine yol açabilir¹³¹⁹. Eşitsizlik bazı durumlarda kanun koyucunun “eksik düzenleme”sinden kaynaklanabilir. Kanun koyucu belli bir grup için tanıdığı bir hakkı, bir başka grup için tanımaması veya henüz bu hakkı o grup için tanıyan kanunu çıkarmamış olması nedeniyle bir grubun bu haklardan yararlanamaması konusu Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilmiştir. Mahkeme’nin norm denetimi davası usulü çerçevesinde bazı kararlarında eksik kapsamlı kanuni düzenlemeyi, eşitlik ilkesinin ihlali olarak gördüğü kararlarından söz etmek mümkündür¹³²⁰. Ancak Mahkeme’nin bu yargısal tutumu istikrar kazanmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin bu eşitsizliği, eksik düzenlemeyi iptal ederek giderebilmesinin veya yasama organını eşitsizliği giderici düzenleme yapmaya zorlamasının mümkün olmadığını savunan görüşler Anayasa Mahkemesi kararlarında da kabul edilmiştir¹³²¹.

¹³¹⁹ Kanun koyucunun bir kanunun kapsamına girebilecek olanların bir kısmını düzenleme kapsamına almaması, öğretide “kanunda eksiklik”, eksik kanuni düzenleme olarak tanımlanmaktadır. TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 195; TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 368, 380; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 418.

¹³²⁰ Örneğin Mahkeme, 6831 sayılı Orman Kanununun köyde oturan çiftçileri bazı koşullarla kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan araçlarının zoraltımından muaf tutan, buna karşılık bu kişilere para cezası verilmesini öngören hükümlerini, esas olarak bu hükümlerin dayandığı sınıflandırmanın Anayasaya uygun ve meşru “çiftçilerin korunması” amacı bakımından benzer durumda olan çiftçilerin bir kısmını (belediye sınırları içinde oturan çiftçileri) kapsamaması nedeniyle iptal etmiştir. E: 1966/1, K: 1966/21, k.t. 19.4.1966. Böylece Mahkeme, kanuni sınıflandırmanın amacı bakımından eksik kapsamlı olmasını “başlı başına” kabul edilemez bir eksiklik olarak değerlendirmiştir.

¹³²¹ Mahkeme, 3008 sayılı İş Kanununun 5518 sayılı Kanunla değişik 1’inci maddesinde yer alan ve bir iş yerinde bedenlen veya bedenlen ve fikren çalışanları “işçi” sayarak, fikri çalışması bedeni çalışmasından üstün olanları ve yalnız fikren çalışanları bu Kanunun kapsamı dışında bırakan hükme ilişkin kararında Anayasa Mahkemesi, “*Anayasa Mahkemesi’nden ancak Anayasa’ya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebilir, yoksa bir hükmün, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile, değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez*”. E: 1963/171, K: 1963/244, K.t. 21.10.1963. Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s. 189.

Diğer yandan öğretide de kanun koyucunun eksik düzenlemesinin, sosyal adalet, eşitlik gibi bir başka anayasal ilkenin ya da hakkın ihlaline yol açabileceği durumlarda anayasaya aykırılık sebebi sayılabileceği ifade edilmektedir. Çağan, kanun koyucunun bir hükmün kapsamına girebilecek kişiler arasında “eşitlik ilkesine aykırı düşebilecek ölçüde bir ayırım yapılmış olması”nı kanunda boşluk veya eksiklik olarak tanımlamaktadır¹³²².

Norm denetimi davalarında Mahkeme’nin “*bir hükmün, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile, değiştirilmesini sağlamak için iptali isteneme*”yeceği yönündeki kararlarıyla yetkisini sınırlamayı tercih ettiği ifade edilmişti. Ancak bireysel başvuru usulü çerçevesinde gündeme gelen, yasal çerçeve bulunmaması nedeniyle “ayrımcılık teşkil eden olgusal eşitsizlikleri düzeltmeye” yönelik kanuni düzenlemenin bulunmamasını, o hakka ilişkin pozitif yükümlülükler kapsamında yer alan uygun hukuki çerçevenin bulunmadığına dayanarak hakkın “ihlal” edildiğine karar verebilecektir. Diğer yandan gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse AİHM bir hakkın yerine getirilmesine dair devletin olumlu yükümlülükleri arasında, hakkı korumaya elverişli yasal düzenlemelerin kabul edilmiş olmasını saymaktadır¹³²³.

B. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

1. İlkenin Gelişimi, Kapsamı ve Tanımı

Çocukların haklarının yaşama geçirilmesi, zayıf ve kırılgan durumda olan çocuktan yana taraf tutulmasını gerektirmektedir. Bunun yolu doğrudan ya da dolaylı olarak çocuğu etkileyen tüm kararlarda “çocuğun üstün yararı” (the best interest of child) ilkesinin göz önünde bulundurulmasıdır. Türk hukuk öğretisinde¹³²⁴ daha çok “çocuğun

¹³²² Nami ÇAĞAN, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 159.

¹³²³ *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 153; *A.Z.Ö. Başvurusu*, (B. No: 2014/546), 19.12.2017, parag. 64.

¹³²⁴ AKYÜZ, **Çocuk Hukuku**, s. 47; Özge YÜCEL, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, **Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2013, Sayı 2, ss. 117-137.

yüksek yararı” olarak ifade edilen ilke, çocuğun menfaatleri ile diğer menfaatlerin çatışması durumunda, çocuğun menfaatlerinin öncelikle göz önünde bulundurulmasını öngörmektedir¹³²⁵.

Açıklık ve kesinlikten yoksun bir kavram olduğu eleştirilerine maruz kalan ilkenin anlamının ve gereklerinin belirlenmesi, ilkenin zaman içinde geçirdiği kavramsal dönüşümün incelenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle öncelikle ilkenin tarihsel bağlamda kazandığı anlam ve rol üzerinde durulacaktır.

İlkenin gelişimi, çocukları hakkın nesnesi olarak gören yaklaşımın terk edilerek haklara ehil bir özne olarak kabul edilmesi anlayışının gelişimi ile paralel bir seyir izlemiştir. “Çocuğun üstün yararı”, gerek Common Law, gerekse Kıta Avrupası hukuk sisteminde, aile babasının çocuk üzerinde mutlak hâkimiyet sahibi, çocuğun ise babanın mali haklarına dâhil unsurlardan biri olarak kabul edilmesi anlayışının terk edilmesi ile birlikte ortaya çıkmıştır. Başlangıçta çocuk işçiliği, kimseniz çocukların korunması, cahilliğin engellenmesi, feminist taleplerin bastırılması, nafaka taleplerinde taraflar arası eşitliğin gözetilmesi gibi, bir biçimde çocukları da ilgilendiren ama daha çok, genel ve üstün toplumsal yararların korunması amacıyla başvurulmuş bir ilke iken, zamanla somut bir çocuğun ya da toplumsal bir kategori olarak çocukların haklarının ve menfaatlerinin, diğer çatışan hak ve menfaatler karşısında öncelikli olarak göz önünde bulundurulmasını gerektiren bir ilkeye evrilmiştir¹³²⁶.

¹³²⁵ Orijinal dilinde “en iyi” anlamına gelen “best” ibaresi, diğerleri arasında öne çıkan, galip gelen, onları geçen, baskın çıkan anlamlarıyla, nitelediği şeyin diğerleri arasında üstünlük kazandığını ifade etmektedir. Hukuk biliminde de kullanılan ibare bu anlamıyla “interest” kelimesi ile birlikte özel bir hukuk terimi olarak kullanılmaktadır. “Best interest” ibaresi Türk hukuk terminolojisinde “üstün çıkar” terimine karşılık gelmekte ve çatışan iki menfaatten birisine “kanuna” ya da “haklı nedene” dayanılarak üstünlük tanınması anlamındadır. Bu nedenle çalışmada “yüksek yarar” ibaresi yerine “üstün yarar” ibaresi tercih edilmiştir.

¹³²⁶ EEKELEAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 166-169; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, “The Best Interests Principle in French Law and Practice”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 8, No. 2, 1994, ss. 259-280, s. 260.

Her somut olayda çocuğun lehine olacak çözümün bulunmasını gerektiren ilke, çocuğun korunması ama aynı zamanda özerk bir kişi olarak tanınması yaklaşımının tarihsel gelişimi ile örtüşen bir gelişim göstermiştir.

İlk bölümde ortaya konduğu üzere, İngiltere’de ilk olarak XIX’uncu yüzyılın sonlarında yargı makamları, çocuğun babanın çıkarından ayrılabilir çıkarlarının olduğunu kabul etmeye başladılar. Öğretide “*re McGrath davası*” adıyla ünlenen davada, yargıç Lindley, çocuğun refahı (child’s welfare) kavramının, çocuğun fiziksel olarak iyilik durumu yanında, çocuğun moral, ahlaki ve inanç dünyasına dair refahını da kapsadığını ama bunlar yanında “çocuğun sevgi ve şefkat bağları”nın (the ties of affection) da göz önüne alınması gerektiğini ifade etmiştir. Öğretide çocuğun “sevgi ve şefkat bağları” kavramına bizzat ve yalnızca çocuğun yararının korunmasını gerektiren bir ölçüt olarak başvurulmasının, kamu yararı, toplum düzeninin sağlanması gibi daha büyük sosyal menfaatlerden bağımsız olarak doğrudan çocuğun menfaatlerinin korunması yönünde bir içtihadî gelişime işaret ettiği değerlendirilmektedir¹³²⁷. 1889 yılında kabul edilen Çocuklara Karşı Kötü Muamelenin Önlemesi ve Çocukların Korunması Yasası (Prevention of Cruelty to and Protection of Children Act), “başlı başına çocuğun menfaatlerinin korunması” anlayışının kabulünün bir sonucudur¹³²⁸.

Ayrıca İngiltere’de eşitlik ilkesini uygulamakla görevli kabul edilen Court of Chancery’nin Kraliyet adına çocuğun özellikle eğitime ilişkin konularda aile reisine emir verebilmesinin kabul edilmesi, başlangıçta “daha üstün toplumsal çıkarlar”ın korunması amacıyla çocuk lehine kararlar alınmasını beraberinde getirmiştir. Zamanla eşitlik ilkesinin common law üzerindeki etkisi, özellikle aile hukukunda velayete ilişkin uyuşmazlıklarda başlı başına çocuğun menfaatinin dikkate alınmasına zemin

¹³²⁷ Bkz. EEKELEAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 169.

¹³²⁸ EEKELEAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 169.

hazırlamıştır¹³²⁹. İctihadi hukuktaki bu eğilim İngiliz yasama organını da etkilemiş ve sonuç olarak 1925 yılına kabul edilen küçüklerin velayet/vesayet altına alınmasına ilişkin yasada (Guardianship Infant Act) çocuğun yetiştirilmesi ve velayetine ilişkin kararlarda mahkemelerin, çocuğun refahını (child's welfare) ilk ve en önemli husus (the paramount consideration) olarak göz önünde bulundurmakla görevli sayılması yönünde bir hükme yer verilmiştir¹³³⁰. İngiliz hukukunun etkisindeki Zimbabwe ve Avustralya'da da velayete, vesayete ve çocuk ile ilişki kurulmasına ilişkin kararlarda mahkemelerin çocuğun refahının en önemli konu olarak ele almakla yükümlü oldukları açıkça kabul edilmiştir¹³³¹.

Fransız hukukunda çocukların hak sahibi kişiler olarak kabul edilmesi anlayışı ile birlikte hukuk sistemine giren çocuğun üstün yararı ilkesi, Eekelaar'ın İngiliz hukuku için yapmış olduğu tespitlerle benzer biçimde, başlangıçta çocuk işçiliği, çıraklık sözleşmeleri, sütanneliğin ve dadılığın düzenlenmesi ve zorunlu eğitim gibi çocukları da kapsamına alan, fakat asıl olarak toplumun genel yararına ilişkin konularda göz önünde bulundurulması gereken bir ilke niteliğindeydi¹³³².

İlke, Kıta Avrupası hukukunda daha çok aile hukuku alanında bir yandan ebeveynin çocuk üzerindeki yetkilerinin sınırsız olmadığı, diğer yandan çocuğun zayıflığının, özel olarak korunmasını, tecrübesizliğinin rehberlik edilme ve yönlendirilmesini gerektirdiğinin kabul edilmesi ile gündeme gelmiştir. Aile reisine çocuk üzerinde tanınan yetkilerin mutlak ve sınırsız olmadığı, bilakis hukuka ve dolayısıyla çocuğun yararına

¹³²⁹ EEKELEAR, "The Emergence of Children's Rights", s. 168; Savitri GOONESEKERE, "The Best Interests of the Child: A South Asian Perspective", **International Journal of Law and the Family**, Vol. 8, 1994, ss. 117-149, s. 119.

¹³³⁰ EEKELEAR, "The Emergence of Children's Rights", s. 174.

¹³³¹ Philip ALSTON – Bridget GILMOUR-WALSH, **The Best Interests of the Child: Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values**, UNICEF No. 96/9, Innocenti Studies, 1996, s. 4.

¹³³² Sylvie BERNIGAUD, *La Protection Administrative et Judiciaire de L'enfant: Étude Comparative des Systèmes Français et Québécois*. PhD Thesis, Lyon, 1992, s. 3'den aktaran RUBELLIN-DEVICHI, "The Best Interests Principle in French Law and Practice", s. 260.

uygun olarak kullanılması gerektiği yaklaşımı, çocuğun menfaatlerinin öncelikle göz önünde bulundurulmasını emreden yasal düzenlemelere zemin hazırlamıştır. Fransız hukukunda genel olarak tüm çocukların değil de, belli bir çocuğun üstün yararının göz önünde bulundurulmasını öngören “çocuğun üstün yararı” ilkesinin kabul edilmesi XIX’uncu yüzyılda, 24 Temmuz 1889 tarihli çocuğun korunması amacıyla bir babanın çocuk üzerindeki yetkilerinden mahrum bırakılması konusunda mahkemelere yetki veren bir yasanın kabul edilmesi ile olmuştur¹³³³. Fransa’da aile hukuku alanında boşanma söz konusu olduğunda, çocuğun velayetinin çocuğun üstün yararının aksini gerektirmemesi şartıyla, kusurlu bulunmayan tarafa verilmesini öngören yasa da mahkemeler tarafından etkin bir şekilde uygulanmıştır¹³³⁴.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, yalnızca aile hukuku alanında değil, çocuğun sağlığının, güvenliğinin, ahlaki gelişiminin ve eğitiminin tehlike altında kabul edildiği durumlarda, çocuk koruma konusunda karar vermekle görevli yargıcın kararına ölçü teşkil eden bir ilke olarak da işlev görmüştür. Bu niteliğiyle ilke, ebeveynin çocuğun korunması ve yetiştirilmesinde sorumluluklarını yerine getirmediği durumlarda, aile ya da çocuğun refahını ve esenliğini korumakla görevli kurumların kararlarının hukuka uygunluğu için göz önünde bulundurulması gereken bir “ölçüt” olarak işlev görmektedir.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, 1924’te Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen Çocuk Hakları Bildirgesi ile uluslararası hukuka taşınmıştır. Çocukların haklarına ilişkin ilk uluslararası belge niteliği taşıyan Bildirge’de çocuğun üstün yararı ilkesine işaret eden “*İnsanlık, sahip olduğunun en iyisini çocuğa vermeye borçludur*” ifadesine yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler’in kurulmasından sonra kabul edilen çocuğun haklarına ilişkin ilk uluslararası belge olan 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi de Başlangıç kısmında, önceki Bildirge’de yer verilen “*İnsanlığın çocuğa verebileceğinin en iyisini*

¹³³³ RUBELLIN-DEVICHI, “The Best Interests Principle in French Law and Practice”, s. 260.

¹³³⁴ RUBELLIN-DEVICHI, “The Best Interests Principle in French Law and Practice”, s. 261.

vermekle yükümlü olduğu” ifadesini tekrarlamış, bir adım ileri giderek çocuğun üstün yararı ilkesini açıkça düzenlemiştir. Bildirge’nin 2’nci İlkesinde, “Çocuk, özel olarak korumadan yararlanır, çocuğa yasalar ve başka yollarla sağlıklı ve normal biçimde, özgürlük ve saygınlık koşullarında bedensel, zihinsel, ahlaki, manevi ve toplumsal olarak gelişmesine olanak sağlayacak fırsat ve kolaylıklar sağlanır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun menfaatlerine diğer tüm menfaatlerden daha üstün bir önem atfedilmelidir” denilmektedir.

İlkeye, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin iki maddesinde de yer verilmiştir. Sözleşme’nin 5’inci maddesine göre “Anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her durumda çocukların çıkarlarını herşeyden önce gözetken anlayışa dayanan bir aile eğitimi sağlamak” taraf devletlerin yükümlülüklerinden biridir. Yine 16’ncı maddede “Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların çıkarları en ön planda gözetilecektir” hükmüne yer verilmiştir. İlke, İkiz Sözleşmeler olarak bilinen uluslararası sözleşmelerin ikisinde de yer almamaktadır. Ancak, İnsan Hakları Komitesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin yorumu olarak dile getirdiği iki görüşte, çocuğun yararının, ana-babadan ayrılma ve boşanma gibi durumlarda “en üstte tutulması” gerektiğini belirtmiştir¹³³⁵. Mülteciler söz konusu olduğunda ise Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiseri, “Mülteci çocuklar adına yapılacak bütün girişimlerde,

¹³³⁵Human Rights Committee, General comment No. 17: Article 24 (Rights of the child), s. 195, parag. 6; Human Rights Committee, General comment No. 19: Article 23 (The family), s. 199, parag. 9.

ailenin bütünlüğü ilkesinin yanında çocuğun yüksek yararı ilkesi gözetilmelidir” tavsiyesinde bulunmuştur¹³³⁶.

Çocuklara ilişkin daha özel kapsamlı belgelerde de çocuğun yararının öncelikli olarak göz önünde bulundurulması ilkesi kabul edilmiştir. Türkiye’nin taraf olduğu 29.5.1993 tarihli “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi”, ilk maddesinde Sözleşme’nin amaçları arasında “*Ülkelerarası evlât edinmelerin, çocuğun yüksek yararlarına ve uluslararası hukukun ona tanıdığı temel haklara uyularak yapılması için koruyucu tedbirleri tesis etmek*” hükmüyle ülkelerarası evlat edinme işlemlerinde öncelikle çocuğun çıkarlarının göz önünde bulundurulmasını öngörmektedir.

AIHS ilkeye açıkça yer vermemiş olmakla birlikte, AIHM, 1982 tarihli *Hendriks* davasında, çocuğun menfaatleri ile ana babadan birinin menfaatleri arasında ciddi bir çatışma bulunduğu ve uyuşmazlığın ancak çatışan menfaatlerden birine üstünlük tanınarak çözülebileceği durumlarda, çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹³³⁷. Mahkeme, çocuğun da taraf olduğu uyuşmazlıklarda çocuğun menfaatleri ile diğer kişilerin menfaatleri arasında çatışmanın dengelenmesinde, ilkenin mutlak olarak göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmektedir. AIHM’in velayet uyuşmazlıkları ya da çocuk ile kişisel ilişki kurulması gibi özel hukuk alanına ilişkin kararlarda göz önünde bulundurduğu unsurlardan biri, çocuğun yararlarının gerekleridir¹³³⁸. Mahkeme çocuğun koruma altına alınması kararlarında¹³³⁹ da çocuğun

¹³³⁶ Bkz. madde 22, s. 311. Conclusion No 47 (XXXVIII) (1987) on ‘Refugee Children’ parag. (d), içinde: Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR (Geneva, UNHCR, 1991), s. 105.

¹³³⁷ *Hendriks v. the Netherlands*, (Appl. No: 8427/78), 8.3.1982, parag. 45-48, 92.

¹³³⁸ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 63-5. Ayrıca bkz: *Hendriks v. the Netherlands*, (Appl. No: 8427/78), parag. 105; *N.Ts. and Others v. Georgia*, (Appl. No. 71776/12), parag. 70-72.

¹³³⁹ *Olsson v. Sweden*, (Appl. No: 10465/83), parag. 82. Ayrıca Bkz: *Andersson v Sweden* (Appl. No: 12963/87); *Angeleni v. Sweden*, (Appl. No: 10491/83); *Johansen v. Norway* (1), (Appl. No: 17383/90).

yararının gerekleri ölçütünü uygulamaktadır. Mahkeme aile yaşamına saygı hakkına ilişkin davalarda, çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesine dayanan bir aile hukuku sistemi kurmada, bir bütün olarak toplumun çıkarı olduğunu kabul etmektedir¹³⁴⁰.

AİHM'nin çocuğun menfaatinin gereklerini göz önünde bulundurduğu uyuşmazlıklardan bir diğeri de göçmenlerle ilgili olarak aile birleşmeleri konusunda ülkede ikamet etme izni verilmemesinden kaynaklanan davalardır. Devletin menfaatleri ile çocuğun menfaatlerinin karşı karşıya geldiği ve kamu hukuku alanında kalan bu tür uyuşmazlıklarda da Mahkeme, çocuğun menfaatinin gerekleri ölçütüne başvurmaktadır¹³⁴¹. Benzer biçimde Mahkeme, sığınmacı ve mülteci olarak kabul edilmeye ilişkin uyuşmazlıklarda, davalı devlette uzun bir zaman geçiren çocukların sınır dışı edilmesi kararlarında çocuğun üstün yararının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁴². Görüldüğü üzere AİHM, yalnızca aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda değil, göçmen ve mülteci hukuku gibi çatışan menfaatlerden birinin devletin ülkesinin güvenliği ve kamusal çıkarlar olduğu durumlarda da çocuğun üstün yararı ölçütünü uygulamaktadır.

ÇHS “*çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun menfaatlerinin öncelikle göz önünde bulundurulmasını*” öngörmüş ancak ilkeyi tanımlamamıştır. İlkenin somut olaya uygulanması, belli bir çocuğun o uyuşmazlık çerçevesinde çıkarının neyi gerektirdiğinin belirlenmesini gerektirmektedir. Diğer yandan ilkenin, her bir somut olayda çocuğun çıkarının neyi gerektirdiğinin belirlenmesinde yeteri kadar açık ve tartışmasız bir ölçüt ortaya koymaktan uzak olduğu ifade edilmelidir. İlkenin anlam ve gereklerinin belirlenmesi amacıyla ilkeye kaynaklık eden ulusal hukuklardaki

¹³⁴⁰ X., Y. and Z. v. The United Kingdom, (Appl. No: 21830/93), parag. 41.

¹³⁴¹ Berrehab v. the Netherlands, (Appl. No: 10730/84), parag. 29; Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands, (Appl. No: 50435/99), 31.1.2006, parag. 44.

¹³⁴² Maslov v. Austria, (Appl. No: 1638/03), 23.6.2008, parag. 74-75.

düzenlemeler ile ulusal mahkemelerin yaklaşımının ışıktutabileceği akla gelebilir. Ancak ulusal hukuk düzleminde esas olarak velayet ve çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda başvuru ilkeye ilişkin öğreti ve içtihadın, kapsamına aldığı tüm hakların uygulanmasında ve yorumlanmasında ilkenin göz önünde bulundurulmasını öngören ÇHS'nin sistematigindeki anlam ve etkisinin belirlenmesine katkısının sınırlı olacağı ifade edilmelidir¹³⁴³. Bu nedenle “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı(nın) temel düşünce*” olmasını emreden Sözleşme çerçevesinde ilkenin anlamının ve kapsamının ulusal hukuklardaki anlamından ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çocuk haklarını tek tek saymanın ötesine geçerek çocuklara ilişkin yeni bir değerler sistemi benimseyen Sözleşme'nin gerek hazırlık çalışmaları, gerekse lafzı ve amacından hareketle ilkenin anlamı ve kapsamı konusunda bir takım sonuçlara ulaşılabilir.

İlkenin anlam ve kapsamına ilişkin olarak öncelikle “çocukları ilgilendiren tüm faaliyetler” ibaresinin anlamı üzerinde durulmalıdır. “Faaliyetler” (actions) ibaresi bir davranış, bir eylem, bir devinime işaret etmektedir. Dolayısıyla ilkenin, çocukları ilgilendiren eylem ve işlemleri kapsamına aldığı açıktır. Hüküm uyarınca gerek kamusal otoritelerden, gerekse özel kişilerden kaynaklanan eylemlerde, çocuğun üstün yararının göz önünde bulundurulması gerekir. Diğer yandan Sözleşme'nin lafzından hareketle çocuk adına karar alan mercilerin eylemsizliği durumunda çocuğun yüksek yararı ilkesine dayanmanın mümkün olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılamamaktadır. Sözleşme'nin hazırlık görüşmelerinde “actions” ibaresinin tercih edilmesindeki amacın, ihmali davranışları ya da çocuk ile ilgili makamların hareketsiz kaldığı durumları

¹³⁴³ Aynı yönde bkz: Philip ALSTON, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 8, Issue 1, 1994, ss. 1-25, s. 17.

maddenin kapsamından çıkarmak olduğu yönünde bir irade ortaya konmamıştır. İlkenin amacının, her durumda çocuğun yararının öncelikle korunması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, eylemsiz kalmak suretiyle, ilkenin dolayısıyla çocuk haklarının ihlal edildiğini ileri sürmek mümkün görülmektedir¹³⁴⁴. Buradan hareketle, örneğin imar planında hiç çocuk oyun alanına yer vermeyen bir belediyenin, ihmali davranışla Sözleşme'nin 31'inci maddesinde düzenlenen “çocuğun dinlenme, boş zamanı değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence etkinliklerinde bulunma hakkı”nı kapsamına alan çocuğun maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir. Komite ihmali davranışla ya da ilgili kurumların hareketsizliği ile ilkenin ihlal edilebileceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede çocuğun korunması konusunda görevli sosyal güvenlik kurumlarının, çocukları ihmal veya istismardan korumak için harekete geçmemesi durumunda ilkenin ihlalinden söz edilebilir¹³⁴⁵.

İlkenin kapsamının belirlenmesi için ayrıca “çocukları ilgilendiren eylemler” (all actions concerning children) ibaresi üzerinde durulmalıdır. Maddenin lafzındaki “faaliyetler” ve “çocuklar” biçiminde çoğul kullanım, hem bir tek çocuğu hem de grup olarak çocukları doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendiren tüm eylemlerde, ilkenin öncelikle gözetilmesini gerektirir. Bu çerçevede gerek bir tek çocuğun hukukuna ilişkin örneğin velayet uyuşmazlıklarında, gerekse tüm çocukları ilgilendiren örneğin liselere yerleştirilme usulüne ilişkin ya da evlenme yaşına, çocuklara yönelik eylemlerin

¹³⁴⁴ İnsan haklarının korunmasında devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edildiği hukuk sistemlerinde, devletin hareketsizliği suretiyle kişilerin haklarını ihlal edebildiği kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulamasında bu yaklaşımın benimsendiği yukarıda ifade edilmişti. Amerikan anayasa hukuku yaklaşımında olduğu gibi devletin insan hakları karşısındaki konumunun kişilerin yaşam, özgürlük, mülkiyet haklarına hukuka aykırı olarak müdahale etmemek biçiminde negatif bir yükümlülük olduğu kabul edilen hukuk sistemlerinde, devletin kişilerin haklarına yönelen devlet dışı ihlallere karşı koruma yükümünün bulunmadığı, dolayısıyla devletin ihmali eylemleri sonucu çocuğun üstün yararı ilkesinin ihlal edilemeyeceği yönündeki bir görüşten burada söz edilmelidir. Bu yaklaşım Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Mahkemenin bu tutumuna çocuk hakları alanından örnek olarak *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* kararı gösterilmektedir. Bkz. *DeShaney v. Winnebago Cty.* DSS 489 U.S. 189 (1989), s. 196.

¹³⁴⁵ **CRC/C/GC/14**, parag. 17-18; *Z. and Others v. United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 74.

cezalandırılma rejimine ilişkin düzenleme ve kararlarda öncelik çocukların menfaatlerinin gerekleri olmalıdır. Diğer yandan yalnızca çocukları doğrudan ilgilendiren kararlar değil, çocukların hakları üzerinde dolaylı etkisi olabilecek örneğin özel okul teşviklerinin miktarı, liselere geçişte öğrencilerin tercih edebileceği okulların türü ve sayısı, bütçe tahsisatında sağlık ve eğitim gibi alanlara ayrılan pay, iştirak nafakasının miktarı ve süresi, kadın çalışanların hakları gibi kararların alınmasında da ilkenin göz önünde bulundurulması gerekir. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sürecinde, ilkenin yalnızca belli bir çocuğun refahına (welfare of a child) ilişkin eylemlerde göz önünde bulundurulması yönündeki önerge reddedilmiştir¹³⁴⁶. Buradan hareketle Sözleşme’yi hazırlayanların iradesinin, toplumsal bir kategori olarak çocukları dolaylı olarak ilgilendiren eylemlerde de ilkenin göz önünde bulundurulması olduğu değerlendirilmektedir¹³⁴⁷.

İlkenin çocuğun haklarını doğrudan etkileyen kararlar bakımından da göz önüne alınması gerektiği tartışmasızdır. Bu nedenle ilke örneğin, suç işlediği iddia edilen bir çocuğun tutuklanmasının örgün eğitim olanağını yitirmesi ve böylece yaşamının geri kalanı bakımından çok ağır sonuçlara yol açacağı dikkate alınarak, eğitimine devamını sağlayacak bir tedbire başvurulmak suretiyle serbest kalmasının değerlendirilmesini gerektirir. İlkenin, çocuğun haklarını dolaylı olarak etkileyen ebeveyninin hukukuna ilişkin kararlarda da göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹³⁴⁸. Çocuk Hakları Komitesi, bir çocuğun ebeveynlerinden ayrılması sonucunu doğuracak kararlarda çocuğun menfaatlerinin gereklerinin değerlendirilmesi ve göz önünde bulundurulması

¹³⁴⁶ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 132 - 133

¹³⁴⁷ ALSTON, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, s. 14; ALSTON – GILMOUR-WALSH, **The Best Interests of the Child: Towards a Synthesis of Children’s Rights and Cultural Values**, s. 10. Ayrıca bkz: **CRC/GC/2003/5**, parag. 12; 45-47.

¹³⁴⁸ **CRC/C/GC/14**, parag. 58-70.

ilkesinin, Sözleşmenin vazgeçilmez bir gereği olduğunu ifade etmektedir. Komite ilkenin çok küçük yaşta bir çocuğun anne veya babasının tutuklanması gündeme geldiğinde çocuğun anne-baba desteğinden yoksun kalacak olması dikkate alınarak değerlendirilmesini gerekli kıldığı görüşündedir¹³⁴⁹. Yine Komiteye göre ilke, küçük bir çocuğun bakımının sağlanmasına güç yetirebilmeleri için engelli ana babaya tıbbi ya da sosyal yardım yapılmasının değerlendirilmesini gerektirir¹³⁵⁰.

Diğer yandan ilkeyi kimlerin ya da hangi makamların uygulamakla görevli olduğu konusunda Sözleşme’de, “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları*” sayılmış olmakla birlikte, ebeveyn, vasi gibi çocuğun bakımı ile sorumlu kişilerin madde metninde sayılmaması, ailenin iç işleyişine ilişkin kararları ilkenin kapsamına dâhil etmemeyi amaçladığı yönünde değerlendirmelere zemin hazırlayabilir. Ancak maddeye ilişkin iki önergeden biri olan “çocuğu ilgilendiren tüm kamusal eylemler” (in all official actions concerning children) ibaresine yer veren önerenin kabul edilmemesi, kabul edilen öneride yer alan “ebeveyn ve vasiler” (parents, guardians) ibarelerinin çıkarılmış olması, ilkenin yalnızca kamusal eylemlerle sınırlanmasını amaçlamamakla birlikte, ailenin iç işleyişine ilişkin kararların alınmasına orantısız müdahalede bulunulmamasını garanti etmeyi amaçladığı biçiminde yorumlanmaktadır¹³⁵¹. Diğer yandan ÇHS’nin 18’inci maddesinin, ebeveynin çocuğa bakım ve gözetim yetki ve sorumluluklarını yerine getirirken çocuğun üstün yararını göz önünde tutmakla yükümlü olduklarını düzenlemesi, ebeveynin de ilkeyle bağlı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

¹³⁴⁹ CRC/C/GC/14, parag. 69.

¹³⁵⁰ CRC/C/GC/14, parag. 63.

¹³⁵¹ ALSTON, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, s. 15.

ÇHS “yasama organları” ibaresine yer vererek çocuğun üstün yararı ilkesini hemen hemen bütün siyasal ve makro-sosyal ölçekte uygulanabilir bir ilke olarak kabul etmiştir¹³⁵². İlke devlete yasal düzenleme yaparken çocukların çıkarlarını göz önünde bulundurmak ve çocukların menfaatlerini diğer yarışan menfaatlerle dengelemek yükümlülüğü getirmektedir. Böylece ÇHS’nin düzenlemesinde yasama organları ibaresine yer verilmesiyle ilke, yasal düzenlemeler yapılırken çocuğun menfaatlerinin gereklerinin göz önünde bulundurulmasını garanti etmek biçiminde yeni bir işlev üstlenmektedir. Benzer biçimde “kamusal ya da özel sosyal refah kurumları” teriminin kullanılması, çocukların refahı alanında çalışan tüm kurumlar tarafından “üstün menfaat” ilkesine saygı gösterilmesi gerektiği anlamına gelir. Resmi kurumlar, örneğin çocuk evleri, eğitim ve sağlık kurumları ile özel kuruluşlar, ilkeyi çocuklarla ilgili faaliyetlerinde göz önünde bulundurmakla yükümlüdürler.

Türk Anayasa hukuku bakımından Anayasa’nın 41’inci maddesi dışında Anayasa’nın “herkesin bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğunu kabul eden Başlangıç kısmı, adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, sosyal bir hukuk devleti olduğunu kabul eden, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin 2’nci maddesi, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamayı; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı devlete görev olarak yükleyen 5’inci

¹³⁵² Jean ZERMATTEN, “The Best Interests of the Child Literal Analysis and Function”, **International Journal of Children’s Rights**, Vol. 18, 2010, ss. 483-499, s. 488.

maddesinden hareketle, yasama organının çocuğun haklarına ilişkin düzenlemeleri yaparken çocuğun menfaatlerinin korunmasını göz önünde bulundurması gerekir.

Dolayısıyla ilke, sosyal hakları ilgilendiren yasaların yapılmasında, kamusal kaynakların farklı ekonomik ve sosyal önceliklere tahsisinde de çocukların yararının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Çocuk Hakları Komitesi, çocuklara ilişkin genel nitelikli kamusal kararların Sözleşme'ye uygunluğunu değerlendirirken, ilkeye atıfta bulunmaktadır. Bu çerçevede Komite, ekonomik olanakların farklı sosyal önceliklere tahsisi konusunda ilkenin gözetilmesini ve ilkeyi gerçekleştirmeye yönelik yasal, yargısal ve yönetsel işlemlerin raporlarda sunulmasını beklemektedir¹³⁵³.

İlke genel olarak tüm çocukları ilgilendiren; çocuk yargılama sistemi, çocuk işçiliği, ülkelerarası evlat edinme, çocukların da dâhil olduğu mültecilerin hukuku, okullarda bedensel ceza uygulaması, özellikle kız çocukları bakımından evlenme yaşının belirlenmesi gibi konularda, kapsayıcı bir yorum ilkesi niteliği kazanmaktadır. Toplumsal bir grup olarak çocukları ilgilendiren bu hususlarda ilke, Sözleşme'de düzenlenen eğitim, sağlık, mülteci çocuğun hakları gibi belli bir hakkın özünü ortaya koyan bir yorum ilkesi niteliğindedir. Nitekim Komite de, İngiltere'de, aile içinde çocuğun kabul edilebilir ölçülerde dayak uygulamasına maruz bırakılmasını konu alan yasal işlemin ilkeyle çeliştiğini ifade etmiştir¹³⁵⁴.

İlkenin kapsamına ilişkin bu değerlendirmelerden sonra ilkenin anlamı üzerinde durulmalıdır. Çocuğun üstün yararı ilkesi, somut olayda belli bir çocuğun ya da çocukların yararının neyi gerektirdiğine karar verilmesini gerektirmektedir. Öğretide ilkenin anlamının kesinlikten yoksun olduğu, çocuğun yararı konusunda karar vermeye

¹³⁵³Committee on the Rights of the Child, Report on the sixth (special) session, 5-22.4.1994, **CRC/C/29**, parag. 51.

¹³⁵⁴ ALSTON – GILMOUR - WALSH, **The Best Interests of the Child**, s. 45.

yetkili makamların, somut olayda farklı sonuçlara ulaşmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir¹³⁵⁵. Somut olayda çocuğun üstün yararının belirlenmesine ilişkin kararların, yetkili mahkemenin ya da makamın kanaatlerine dayandığı, çocuğun üstün yararının neyi gerektirdiğinin, çocuğa yönelik sosyal ve kültürel kabullerden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki itiraz, ilkeye yöneltilen en temel eleştiridir¹³⁵⁶. Çocuk koruma hukuku, velayet hukuku, çocuğun yerleştirilmesi kararı gibi işlemlerin, hukuka uygunluk şartı olarak işlev gören ilkenin anlam ve kapsamının mümkün olduğunca açık ve önceden bilinebilen kurallar çerçevesinde somutlaştırılması gerekmektedir. Özellikle çocuk koruma kararlarının alınması ve böylece aileye çocuğun korunması gerekçesi ile devlet tarafından müdahale edilmesi kararlarında sıklıkla başvurulanan ilkenin anlamının mümkün olduğunca açık ve kesin olarak belirlenmesi, hukukun belirliliğini gerektiren hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Aksi hâlde çocuğun yararı ilkesine dayanılarak aileye yapılacak yersiz müdahalelerin gerek ana babanın haklarını, gerekse çocuğun haklarını ihlal edeceği değerlendirilebilir¹³⁵⁷. Bu gerekçeyle öğretide, çocuk koruma kararlarına ilişkin olarak çocuğun üstün yararı ilkesi (best interest) yerine, “çocuğa en az zarar veren seçenek” (least detrimental) ilkesinin kabul edilmesi, velayet uyumsuzluklarında ise çocuğun nazarında kendisi ile duygusal ilişkileri daha güçlü olduğu değerlendirilen ebeveyne üstünlük tanınması “sevgi ve şefkat bağları” (the ties of affection) gerektiği önerilmektedir¹³⁵⁸. Bu iki ilkenin, çocuğun menfaati ilkesinin alternatifi olarak değerlendirilmesi yerine, onu somutlaştıran alt ilkeler olarak nitelendirilmesi de önerilebilir. Böylece “çocuğa en az zarar veren seçenek” ve “sevgi ve

¹³⁵⁵ Robert. H. MNOOKIN, “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, **Law & Contemporary Problems**, Vol. 39, No. 3, 1975, ss. 226-293, s. 226; Martha L. FINEMAN – Anne OPIE, “The Uses of Social Science Data in Legal Policy Making: Custody Determinations at Divorce”, **Wisconsin Law Review**, Vol. 1, 1987, ss. 107-157, s. 107.

¹³⁵⁶ ALSTON – GILMOUR-WALSH, **The Best Interests of the Child**, s. 17.

¹³⁵⁷ Bkz. EEKELAAR, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes”, s. 45-46.

¹³⁵⁸ MNOOKIN, “Child-Custody Adjudication”, s. 268.

şefkat bağlarının korunması” ilkeleri çocuğun menfaati ilkesinin somutlaştırılmasına katkı sağlayabilir.

Anayasa Mahkemesi, çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesinin çocuğun üstün menfaatleri arasında yer aldığını¹³⁵⁹, çocuğun üstün menfaatinin, sağlıklı bir ortamda gelişmesinin sağlanmasını içerdiğini¹³⁶⁰, anne ve baba ile düzenli bir kişisel ilişki sürdürülmesinde çocuğun üstün menfaatinin bulunduğunu¹³⁶¹; çocuğun üstün menfaatinin ana babayla ilişkisinin yalnızca olağanüstü ve istisnai durumlarda engellenmesini gerektirdiğini¹³⁶² ifade ederek, özellikle Anayasa’nın 20’nci maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı ile bu hakkın pozitif boyutlarını güvence altına alan 41’inci maddesinde ana babaya çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı tanınması, velayet hakkı tanınması ya da çocuğun koruma altına alınması kararlarına ilişkin uyuşmazlıklar çerçevesinde ilkenin unsurlarını somutlaştırmaya çalışmıştır. Gerek Anayasa Mahkemesi’nin, gerekse AİHM’nin yargısal tutumunda koruma altına alındığında çocuğun daha mutlu olacak olması aile yaşamına saygı hakkına müdahale edilebilmesi için yeterli bir neden değildir¹³⁶³.

Haklı bir müdahaleden söz edebilmek için konunun niteliği ve tehlikede olan menfaatin ağırlığına göre Sözleşme’nin 8’inci maddesinde ya da Anayasa’nın 20’nci maddesinde yer alan güvencelere dayanarak anne baba ile çocuğun ve kamunun menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir.

Bir toplumsal kategori olarak tüm çocukları etkileyen kararlarda ise ilke, kaçınılmaz olarak kültürel geleneklerin, ülkenin sosyo-kültürel değerlerinin ve ekonomik

¹³⁵⁹ B.B. Başvurusu, (B. No: 2015/14805), 23.5.2018, parag. 42.

¹³⁶⁰ B.B. Başvurusu, parag. 34.

¹³⁶¹ Selim Adıyaman Başvurusu, (B. No: 2013/8846), parag. 45.

¹³⁶² Serpil Toros Başvurusu, (B. No: 2013/6382), parag. 82.

¹³⁶³ Olsson v. Sweden, (Appl. No: 10465/83), parag. 72; K. and T. v. Finland, (Appl. No: 25702/94), 12.7.2001, parag. 173; Serpil Toros Başvurusu, (B. No: 2013/6382), parag. 114.

olanaklarının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir¹³⁶⁴. Gerçekten, belli bir başarı seviyesini yakalayamayan öğrencilerin zorunlu olarak teknik liselere yönlendirilmesi ya da tüm öğrencilerin üniversite eğitimi almalarına olanak tanınip üniversite eğitiminin kalitesinin düşürülmesi seçenekleri arasındaki tercihte, her ne kadar çocuğun yüksek yararı ilkesine dayanılsa da alınan karar, ülkenin ekonomik gelişmişlik seviyesi ya da ara elemana duyulan ihtiyaç ile doğrudan ilişkili olacaktır.

Doktrinde çocuğun menfaatinin, onun kişiliğinin her yönüyle, zihinsel, ruhsal, bedensel, sosyal ve hukuksal açılardan en iyi şekilde gelişebilmesi için gerekli koşulların sağlanmasını gerektirdiği ifade edilmektedir¹³⁶⁵. Benzer bir başka görüşte ise çocuğun menfaati, yararı ya da güvenliği; somut bir durumda çocuğun maddi, manevi, ekonomik, sosyal bütünlüğünün korunması, geliştirilmesi, kültürel haklarıyla eğitim ve öğretiminin sağlanması olarak açıklanmaktadır¹³⁶⁶. Böylece çocuğun menfaati kavramı, çocuğun gelecekteki özerkliğini ve tam donanımlı bir yetişkin olmasını korumayı da kapsamaktadır¹³⁶⁷.

Çocuk Hakları Komitesi, ÇHS'nin 3'üncü maddesini ele aldığı Genel Yorumunda, çocuğun üstün yararı kavramının esnek ve somut olaya uyarlanabilir bir kavram olduğunu, böylece çocuğun ya da çocukların özel durumlarına göre bireysel olarak tartışılması ve tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁶⁸. Her bir somut olayda çocuğun yararının gerekleri belirlenirken ilkenin, hem Sözleşme'de tanınan tüm haklardan çocuğun tam ve etkili bir şekilde yararlanmasını sağlamayı, hem de çocuğun

¹³⁶⁴ ALSTON – GILMOUR-WALSH, *The Best Interests of the Child*, s. 41.

¹³⁶⁵ GRASSINGER, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, s. 59.

¹³⁶⁶ Ali Naim İNAN, “Çocuğun Korunmasında Medeni Kanun’umuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları”, *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1999, ss. 703-720, s. 712.

¹³⁶⁷ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2145.

¹³⁶⁸ **CRC/C/GC/14**, parag. 32.

fiziksel, psikolojik, ahlakî, manevi bütünlüğünü ve çocuğun gelişimini her yönüyle garanti altına almayı; böylece insan olarak taşıdığı haysiyet ve değeri güvence altına almayı amaçladığı göz önünde bulundurularak sonuca ulaşılması önerilebilir.

AIHM, çocuk koruma kararlarının alınmasında devletin sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarından birinin çocuğun menfaatlerinin korunması olduğunu kabul etmektedir¹³⁶⁹. AIHM ilkeyi çocuğun koruma altına alınmasına ilişkin her bir davada, yerel mahkemelerin gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirirken göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme bu değerlendirme yapılırken olaya ve özellikle kararın alındığı koşullara bir bütün olarak bakılmasını, aile yaşamına müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olmasını¹³⁷⁰, yerel mahkemelerinin, kararın gerekçelerini ayrıntılı olarak ortaya koymalarını ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırmalarını gerekli görmektedir¹³⁷¹. Dolayısıyla Mahkeme, çocuğun taraf olduğu uyuşmazlıklarda çocuğun menfaatlerinin gerekçelerinin araştırıldığı, somut olay bağlamında değerlendirildiği bir yargısal aşamayı gerekli görmektedir. Böylece ilkeyi, çocuğun haklarına ilişkin davalarda bir usuli hak olarak uygulamaktadır.

AIHM çocuğun ana baba ile kişisel ilişki kurması ve velayet yetkisi tesisine ilişkin uyuşmazlıklarda da ulusal mahkemelerin özellikle somut olayın olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün yönleri ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemeyip ve çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek amacıyla çocuk ve diğer tarafların menfaatlerine ilişkin makul bir değerlendirme ve dengeleme

¹³⁶⁹ *İlker Ensar Uyanık v. Turkey*, (Appl. No: 60328/09), 03.05.2012, parag. 52; *Neulinger ve Shuruk v. Swiss*, (Appl. No: 41615/07), parag. 139.

¹³⁷⁰ *Branda v. Italy*, (Appl. No: 22430/93), parag. 59; *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 55.

¹³⁷¹ *Saviny v. Ukraine*, (Appl. No: 39948/06), 18.12.2008, parag. 56-58; *Gluhaković v. Croatia*, (Appl. No: 21188/09), parag. 62.

bulunulup bulunulmadığını araştırmaktadır¹³⁷². Mahkeme Sözleşme'nin 8'inci maddesi çerçevesinde korunan haklara ilişkin uyuşmazlıklarda çocuğun üstün yararının göz önünde bulundurulmasını, ilgili hakkın usuli boyutu çerçevesinde gerekli görmektedir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı 8'inci madde çerçevesinde de çocuğun menfaatinin değerlendirilmesini, çocuk bakımından bir usulü hak niteliği kazandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de çocuğun üstün yararı ilkesini özellikle çocuk ile ebeveyni arasında kişisel ilişki kurulması ve sürdürülmesine ilişkin kararların denetlenmesinde, Anayasa'nın 20'nci maddesinde güvence altına alınan aile yaşamına saygı hakkının bir gereği olarak kabul etmekte, derece mahkemeleri tarafından bu müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemektedir¹³⁷³. Böylece ilke, çocuğun hukukunu etkileyen bir kararın alınması sürecinde kararın muhtemel sonuçlarının çocuğun menfaatini nasıl etkileyeceğinin değerlendirmesine ilişkin bir aşamaya yer verilmesini zorunlu kılmaktadır.

Ancak ilkenin uygulanma alanı çocuğun koruma altına alınması ve ana babası ile kişisel ilişkilerine ilişkin uyuşmazlıklar ile sınırlı değildir. Çocuğun üstün yararı kavramı, bir yandan çocuğun hakların aktif öznesi olduğunun kabul edilmesini, diğer yandan çocuğa yönelik tüm sorumlulukların yerine getirilmesi sürecinde bir karar alınırken, çocuğun yararının gereklerinin mutlaka göz önüne alınmasını gerektirmektedir. Bu niteliğiyle ilke, bir usul kuralı olmasının yanında ayrıca çocuğa ilişkin karar alınırken bir yorum kriteri olarak da işlev görmektedir.

Bir yorum kriteri olarak ilke, çocuk hakkında karar almakla yetkili makamların çocukların menfaatine en uygun kararı vermelerine yardımcı olmaktadır. Bir çocuğu veya

¹³⁷² *İlker Ensar Uyanık v. Turkey*, (Appl. No: 60328/09), parag. 52; *Neulinger and Shuruk v. Sweden* (Appl. No: 41615/07), parag. 139.

¹³⁷³ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 114.

bir grup çocuğu etkileyecek bir konu üzerinde karar verilmesi gerektiğinde, sistematik olarak en olumlu veya en az olumsuz etkiye sahip olacak çözümlerin aranmasını gerektirmektedir. Somut bir olayda, bir dizi olası çözümden söz edilebilir. İlkenin uygulanmasıyla seçilen çözümün, her türlü olasılık değerlendirildikten sonra çocuğun menfaatine en uygun çözüm olduğu değerlendirildiği için tercih edildiğine dair gerekçelerin kararda gösterilmesi gerekir. İlke bu niteliğiyle, her bir somut olayda çocuğun menfaatine ilişkin unsurların öncelikle göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Çocuk için en iyi çözümün araştırılmasını gerektiren ilkenin bu yönü, bir “usul kuralı” (rule of procedure) niteliğini tamamlayarak ilkenin somut olayda çocuğun haklarına olumlu bir etkisinin olmasını garanti eder.

Çocuğun menfaati belirlenirken çocuğun görüşü de dikkate alınmalıdır. Çocuğun korunmasına ilişkin tedbirler ile yaş ve olgunluk seviyesi ile uyumlu olarak haklardan özerk bir kişi olarak yararlanmasını amaçlayan tedbirlerin karşılıklı olarak tartılmasını gerektiren durumlarda, çocuğun yaşı, fiziksel, duygusal, bilişsel ve sosyal gelişimi dikkate alınmalıdır. Öğretide çocuğun yararının gereklerinin belirlenmesi konusunda çocuğun kendi haklarını etkileyen konularda görüşünün alınması ve çocuğun görüşüne belli bir ağırlık verilmesi (dynamic self-determinism) ya da çocuk adına karar vermeye yetkili makamların kendi inanç ve kanaatlerine göre bir sonuca varmaları (objective model) biçiminde iki farklı modele işaret edilmektedir¹³⁷⁴. İlkenin hukuk dünyasında uygulanmaya başladığı ilk dönemlerde somut olayda çocuğun yararının gerekleri belirlenirken çocuk adına karar veren mercilerin kanaatleri ya da sosyal kabuller dikkate alınmaktayken, özerk bir hak öznesi olarak kabul edilmesi ile birlikte çocuğun görüşünün de alınması usulü benimsenmiştir.

¹³⁷⁴ EEKELEAR, “The Emergence of Children’s Rights”, s. 169.

Üçüncü olarak ilke bir temel hak niteliğine sahiptir. Bir temel hak olarak ilke, bir çocuk veya bir grup çocuk hakkında bir karar alındığında çocuğun menfaatinin gerekleri uyarınca karar verilmesini amaçlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, çocuğun menfaati ile anne babanın menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasını Anayasa'nın 20'nci maddesinde güvence altına alınan aile yaşamına saygı hakkının bir gereği olduğunu, ancak belirtilen dengenin tesisinde çocuğun menfaatine, niteliği ve önemi nedeniyle daha fazla ağırlık verilmesi ve ebeveynin menfaatinden üstün tutulması gerektiğini kabul etmektedir¹³⁷⁵.

Her somut olayda çocuğun yararını etkileyen koşullar somut olayın bireysel özelliklerine ya da sosyal, kültürel durumuna ilişkin olabilir. Bu unsurlar arasında çocuğun yaşı, cinsiyeti, gelişim seviyesi, bir azınlık grubuna mensup olup olmadığı, çocuğun moral ya da kültürel değerleri, fiziksel, duysal veya zihinsel engeli gibi sosyal ve bireysel özellikleri, ebeveyninin olup olmadığı, çocuğun ailesi ile birlikte yaşayıp yaşamadığı, çocuk ile ailesi ya da bakımını üstlenen kişiler ile olan ilişkilerinin niteliği, çocuğun güvenliğini etkileyen çevresel faktörler sayılabilir. Komite, çocuğun yüksek yararına olacağı değerlendirilen olası çözümlerin mümkün olduğunca önceden belirlenmesi gerektiğine işaret etmekte, bu çerçevede taraf devletlerin, Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken hassas durumdakiler de dâhil olmak üzere, tüm çocukların menfaatlerinin gereklerine ilişkin önceden düzenlemeler yapma yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmektedir¹³⁷⁶. Her somut olayda çocuğun yararının neyi gerektirdiği belirlenirken, bu unsurların önceden mümkün olduğunca belirlenmesi, hukukun belirliliği ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilebilir. Komite de, çocuğun

¹³⁷⁵ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 81; *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 153.

¹³⁷⁶ **CRC/GC/14**, parag. 33.

yararının unsurlarına ilişkin bir liste hazırlanmasının yararlı olacağını ifade etmektedir¹³⁷⁷.

Son olarak ilke “temel bir hukuki yorum ilkesi” (a fundamental interpretive legal principle) niteliğindedir. Bu niteliğiyle ilke çocuk hakkında karar almakla yetkili ebeveynler, hâkimler, öğretmenler, doktorlar gibi kişi ve kamusal makamların, çocuk üzerindeki yetkilerinin sınırlandırılmasını amaçlamaktadır. Böylece ilke yetişkinlerin yalnızca, deneyim ve muhakeme yeteneği eksikliği nedeniyle yönlendirme ve rehberliğe ihtiyaç duyan çocuk adına karar alma yetkilerinin olduğunun kabulüne dayanır. Bu niteliğiyle ilkenin tam manasıyla uygulanabilmesi için, her çocuğun kendi görüşü olan bir kişi olarak öneminin ve çocuğun gelişmekte olan bir kişi olması nedeniyle yaş ve gelişim seviyesine göre görüşlerine gereken önemin verilmesinin kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁷⁸.

İlkenin sağladığı güvencenin tam olarak gerçekleşmesi, çocuğun menfaatlerinin, çocuğu yetişkinlerin tasarruf edebileceği bir nesne olarak kabul eden yaklaşımı reddetmeyen ve çocuğu özerk bir hak öznesi kabul eden yaklaşım ile çelişen geleneksel kabullerden bağımsız olarak değerlendirilmesini gerektirir. Çocuğun çıkarlarına en uygun çözümler olduğunu kabul ederek kültürel görecelik iddiasıyla “çocuk hakları” yaklaşımı ile çelişen uygulamaları ve çocuğa ilişkin geleneksel kabulleri, ilkeye dayanarak meşrulaştırma tehlikesine işaret edilmelidir. Buna karşı ulusüstü hukukta Çocuğun Hakları ve Refahına Dair Afrika Şartı, taraf devletleri çocuğun hakları ve refahını tehlikeye atan geleneksel kabuller ve uygulamalarla mücadele etmekle sorumlu tutmaktadır (md. 1/3).

¹³⁷⁷ **CRC/GC/14**, parag. 50.

¹³⁷⁸ Aynı yönde: ZERMATTEN, “The Best Interests of the Child Principle”, s. 486.

Sözleşmenin lafzından hareketle ilkeye verilecek önem ve ağırlığın ölçüsünün de yoruma açık olduğu görülmektedir. Sözleşme, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının öncelikle göz önünde bulundurulmasını öngörmektedir. Sözleşme metninde “öncelikli” kelimesini karşılayan “primary” kelimesi kullanılmış, “üstün” manası taşıyan “paramount” kelimesini içeren önerge reddedilmiştir. Evlat edinmeyi düzenleyen 21’inci maddede ise “öncelikli” yerine “üstün” (paramount) ifadesine yer verilmektedir ki öğretilerde bu ayrımın bilinçli olarak yapıldığı ifade edilmektedir¹³⁷⁹. Sözleşme çerçevesinde ilkeye verilecek önemi kavrayabilmek için “primary” (öncelikli) kelimesinin “paramount” (üstün) kelimesi yerine tercih edilme nedeni, bu iki kelimenin sözlük anlamlarından yola çıkarak incelenebilir. Paramount kelimesi, diğer her şeyden daha önemli, daha üstün manasındadır. Primary (öncelikli) kelimesi ise diğer unsurlardan önce bakılması gereken bir unsura işaret etmektedir. Hazırlık çalışmaları sırasında Polonya tarafından teklif edilen “paramount consideration” ifadesi, bir grup temsilci tarafından çocuklar için daha büyük bir koruma sağladığı gerekçesi ile desteklenirken, diğer bir grup temsilci, çocuk yararı ile aynı derecede, hatta bazen daha üstün yararlar olabileceği gerekçesi ile terime itiraz etmişlerdir. Bu tartışmalar sonrasında “primary consideration” teklifi Çalışma Grubunca kabul edilmiştir.

Diğer yandan “öncelikle dikkate alınma” (primary consideration) yükümlülüğü, çocuğun menfaatlerinin diğer menfaatlerle aynı düzeyde değerlendirilemeyeceği anlamına gelmektedir. Çocuğun menfaatine yarışan diğer menfaatler karşısında tanınan bu güçlü konum, çocuğun bir yetişkine bağımlılığı, ehliyetsizliği, hukuk önünde yetişkinlerle eşit statüde kabul edilmemesi ve gelişimlerinin desteklenmesi gereksinimleri ile özdeşleşen özel konumlarının bir gereğidir. Nitekim çocukların kendi

¹³⁷⁹ ALSTON – GILMOUR-WALSH, *The Best Interests of the Child*, s. 10; Memduh Cemil ŞİRİN, “Çocuğun Yüksek Yararı: İdare Hukukunda Uygulanabilirliği Üzerine Bir Deneme”, içinde: Aydın GÜLAN – Mustafa Ruhi ŞİRİN – Memduh Cemil ŞİRİN (ed.), *I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, Yetişkin Bildirileri Kitabı*, Cilt: 2, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 56-68, s. 58.

çıkarlarını korumak için yetişkinlerle kıyaslandığında daha az olanağa ve yetkiye sahip olmaları, çocukların menfaatlerine üstünlük tanınmasını gerektirmektedir. Bu iki ibarenin lafzi yorumu yanında, Sözleşme'nin tek tek çocuğun haklarının neler olduğunu belirlemenin ötesinde çocuklara ilişkin geniş bir değerler sistemi öngördüğü ve çocuğun korunup gözetilmesi gereken bir varlık olarak kabul edilmesi anlayışı yanında, herkes gibi eşit değerde bir hak öznesi olarak kabul edilmesi sürecinin sonucunda kabul edilen bir belge olduğu dikkate alındığında, ilkenin çocuğun yararının diğer yararların üzerinde değerlendirilmesini gerektirdiği ifade edilmelidir.

Bu açıklamalardan hareketle ilkenin, çocuğu ilgilendiren her kararda yararının mutlaka göz önüne alınmasını gerektirdiği sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla devletin çocuğun yararının gereklerini değerlendirip değerlendirmeme ve çocukların haklarına ilişkin herhangi bir eylemde temel bir değer olarak gerekli önemi atfedip atfetmeme konusunda takdir yetkisine sahip olmadığı ifade edilmelidir.

Diğer yandan Sözleşme, evlat edinme kararlarında, çocuğun üstün yararının konumunu daha da güçlendirmiş, çocuğun yararının çatışan diğer tüm yararlardan mutlaka üstün tutulmasını öngörmüştür (madde 21). Evlat edinme kararlarının alınmasında çocuğun yararı, “öncelikli bir değerlendirme” (a primary consideration) değil “mutlaka göz önünde bulundurulması gereken mutlak üstün değer” (the paramount consideration) olmaktadır. Gerçekten de, evlat edinme kararını alırken, çocuğun çıkarlarının gerekleri mutlak belirleyici unsur olacaktır.

Çocuk Hakları Komitesi, dayak ya da bedeni ceza uygulaması gibi çocuğun üstün yararı ilkesi ile bağdaştırılması mümkün olmayan bazı tutumları değerlendirmiş ve çocuğun fiziksel ceza ve diğer zalimane veya aşağılayıcı cezalardan korunma hakkını vurgulamıştır. Komite'ye göre, “*çocuğun üstün yararı ilkesi, çocukların her tür şiddetten korunma yükümlülüğü ve çocuğun görüşlerine gereken ağırlığın verilmesi gerekliliği de*

dâhil olmak üzere bütün Sözleşme ile tutarlı olmalıdır; ilke çocukların insanlık onuru ve fiziksel bütünlük hakkı ile çelişen fiziksel cezalandırma ve diğer zalimane veya aşağılayıcı ceza biçimleri gibi uygulamaları haklı göstermek için kullanılamaz". Böylece Komite, çocuk haklarının ve ilkelerinin tümünün birlikte bir bütün olarak uygulanmaksızın ilkenin yaşama geçirilemeyeceğini ifade etmiştir¹³⁸⁰.

2. Anayasa Hukuku Bakımından Anlamı

İlke, ÇHS'nin kabulünden sonra kabul edilen ya da bu tarihten sonra çocuk haklarına daha güçlü bir anayasal dayanak sunmak amacıyla değiştirilen anayasalarda açıkça düzenlenmiştir. İlkeye yer veren anayasa örnekleri incelendiğinde ilkenin, "çocuğa ilişkin tüm faaliyetlerde çocuğun menfaatlerinin öncelikli olarak" (primary consideration) göz önünde bulundurulması" gerektiği şeklindeki ÇHS'de kabul edilen düzenlenme biçimini aynen benimseyen anayasalar yanında¹³⁸¹, çocuğun korunması, evlat edinilmesi, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurması gibi çocuğun belli bir hakkına ilişkin işlemlerde göz önünde bulundurulmasını öngören ve böylece ilkeye sınırlı bir dayanak sunan anayasalardan söz etmek mümkündür. Yine sınırlı tanıma kategorisinde yer verilmesi uygun olan bir diğer anayasal tanıma modeli, sadece yasamanın çocuğun haklarına ilişkin işlemlerinde göz önünde bulundurulmasını öngören anayasalardır¹³⁸². Bunun karşısında Meksika Anayasası'nın 4'üncü maddesi Devlet tarafından yapılan tüm işlemlerde, alınan tüm kararlarda çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiğini kabul

¹³⁸⁰ Committee on the Rights of the Child, The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and other Cruel or Degrading Forms of Punishment, 2.3.2007, **CRC/C/GC/8**, parag. 2.

¹³⁸¹ Örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte Belçika AY md. 22, Mısır AY md. 80, Gambiya AY md. 29, Gana AY md. 28, Güney Sudan AY md. 17, Venezuela AY md. 78; Fiji AY md. 24, İrlanda AY md. 42, Moğolistan AY md. 16, Mozambik AY md.47, Norveç AY md. 104, Somali AY md. 28, Venezuela AY md. 78 hükümleri burada sayılabilir.

¹³⁸² Angola AY md. 80, Panama AY md. 59, Guyana AY md. 28, Kosova AY md. 22; 1982 Anayasası'nı da bu gruba dahil etmek mümkündür. Nitekim Anayasa, 41'inci maddesinde yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça çocukların ana babalarıyla kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkını tanımaktadır. Dolayısıyla ilke sadece aile hayatına saygı hakkının bir boyutu olan ana baba ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı bakımından açık anayasal dayanağa sahiptir.

ederek ilkeye geniş bir uygulama alanı tanımayı yeğlemiştir. Diğer yandan çocuğun haklarının anayasal sistematik içindeki önemini artırmak üzere ilkeye verilecek önemin derecesinin en büyük (paramount) veya birincil derecede (fundamental) olmasını öngören anayasal düzenlemeler de dikkat çekicidir¹³⁸³. Bu anayasal sistemlerde de anılan hükümler dışında incinebilir, kırılabilir, kırılgan doğaları ve gelişim aşamasında olmaları ve gelişimlerini potansiyellerinin olanak verdiği en üst noktada gerçekleştirebilmeleri amacıyla özel olarak desteklenmesi gereken çocukların haklarının gerçekleştirilmesi için menfaatlerinin öncelikle dikkate alınmasının başka anayasal dayanaklarının da bulunduğu değerlendirilebilir.

1982 Anayasasında, 41’inci maddede yer alan “*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir*” hükmüyle, çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı bakımından ilkeye açıkça atıf yapılmıştır. Diğer yandan, 41’inci maddenin başlığında “ailenin korunması” ile birlikte “çocuk hakları” ibaresi yer almaktaysa da maddenin yalnızca çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, ana babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme, her türlü istismara ve şiddete karşı korunma hakları ile kısıtlı bir çocuk hakları anlayışını yansıttığı ifade edilebilir. Bu hüküm, çocuğun aile yaşamı ve özel yaşamına saygı hakkının kapsamında korunan ana babası ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı dışında gelişiminin desteklenmesini ve özerkliğinin tanınmasını konu alan haklara yer veren Sözleşme’nin yaklaşımı ile kıyaslandığında oldukça sınırlı bir güvence sağlamaktadır. Oysa çocuğun üstün yararı ilkesinin, çocuğun taraf olduğu her türlü eylemde menfaatlerinin öncelikle gözetilmesini gerektirdiğinden, velayete ve kişisel

¹³⁸³ Gana AY md. 28, İrlanda AY md. 42/A, Kenya AY md. 53, Mozambik AY md. 47, Somali AY md. 29, Güney Sudan AY md. 17, Zimbabve AY md. 28 hükümlerinde her türlü meselede en fazla önemin (paramount consideration) çocukların menfaatlerine verileceğini kabul etmiştir.

ilişki kurulmasına ilişkin hakları bakımından olduğu kadar “çocuk hakları” kavramının özünü oluşturan çocuğun korunmasını, gelişiminin desteklenmesini ve özerkliğinin tanınmasını konu alan haklar bakımından da göz önünde bulundurulması yaşamsal önemdedir.

Ancak 1982 Anayasası bakımından çocuğun yararının öncelikle göz önünde bulundurulması ilkesinin 41’inci madde dışında da anayasal dayanaklara sahip olduğu değerlendirilebilir. Üstelik bu anayasal güvenceler, çocuğa ilişkin tüm haklar bakımından çocuğun yararının öncelikle göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Çocuğun yararının öncelikle dikkate alınması ilkesi, hukuk devleti, eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri ile de ilişkilidir¹³⁸⁴. Çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesinin anayasal dayanağı olarak değerlendirilebilecek hükümlerden ilki, Anayasanın Başlangıç Kısımında yer alan *“Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”* hükmü ile devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5’inci maddede yer alan *“kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”* hükmüdür. Bu hükümler korunmaları ve gelişimlerinin desteklenmesi gereken her çocuğun yararının öncelikle gözetilmesini, zayıf ve kırılgan çocuktan yana taraf tutulmasını gerektirmektedir. Özellikle Başlangıçta yer alan her vatandaşın *“Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak, ... onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”* ilkesinin çocuk hakları bakımından anlamı, “çocuğun menfaatleri”nin öncelikle dikkate

¹³⁸⁴ SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 67; USTA, *Çocuk Hakları ve Velayet*, s. 95.

alınmasıdır. Yine Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen Anayasa'nın 2'nci maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti'nin adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk devleti olması, Devletin görece güçsüz olan çocuğun haklarını öncelikle gözetmesini gerektirir. Benzer biçimde eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri, Devlete güçsüz çocuktan yana onun çıkarını koruyucu tavır alma yükümlülüğü getirmektedir¹³⁸⁵. Böylece ilke, eşitlik ilkesinin çocuklar bakımından yaşama geçirilmesinin bir aracı olarak da işlev görebilir. 2010 yılında yapılan referandum sonucu Anayasa'nın 10'uncu maddesine eklenen “*çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı*” sayılamayacağını öngören hüküm de bağımlı ve ehliyetsiz oldukları varsayılan, hukuk önünde yetişkinlerle eşit statüde kabul edilmeyen çocuklar lehine özel önlemler alınmasına işaret etmektedir. Çocukların dezavantajlı statüde bulunmalarının, çocukların hakları konusunda karar almakla yetkili makamları çocuklara özel yararlar sağlayan düzenlemeler ya da işlemler yapmaya zorlayacağı açıktır. Başka bir anlatımla çocuklar hakkında karar alan makamlar, çocukların temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak onurlu bir yaşam sürdürebilmeleri ve maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri için gerekli koşulların sağlanması amacıyla çocuğun yararlarına en iyi hizmet edecek kararlar almakla yükümlüdürler.

Çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesi ilkesinin, çocuğun incinebilir ve kırılgan doğası nedeniyle “özel olarak korunmasını” devlete bir sorumluluk olarak yükleyen başkaca anayasal dayanaklarından söz etmek mümkündür. Nitekim Anayasa'nın 12'nci maddesinde yer alan “*herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip*” olduğunu garanti altına alan hüküm de çocuğun temel hak ve hürriyetlerinin etkili olarak yaşama geçirilmesi, çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesini gerektirir. Yine Anayasanın 17'nci maddesinde tanınan “yaşama, maddî ve

¹³⁸⁵ SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 65.

manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı”nın, korunma ve gelişimlerinin desteklenmesi ihtiyacıyla özdeşleşen çocukların yararlarının öncelikle gözetilmesini gerektirdiği ifade edilebilir. Eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri ile kıyaslandığında kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının kapsam olarak farklı oldukları değerlendirilebilir. Nitekim eşitlik ve sosyal adalet ilkelerinin bir grup olarak tüm çocuklar, özellikle de dezavantajlı konumdaki çocuklar bakımından özel bir koruma sağladığı ifade edilebilecekken, Anayasa’nın 12’nci maddesinde “herkesin hak öznesi niteliği”ni tanıyan güvence ile birlikte maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında özel yaşamına ve aile yaşamına saygı hakkının (md. 17, 20) ise belli bir çocuğun dâhil olduğu uyumsuzlukta çocuğun menfaatlerine en iyi hizmet edecek kararın alınmasını gerektirdiği değerlendirilebilir. Maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının kapsamında yer alan özel yaşama saygı ve kendi kişisel gelişimini gerçekleştirebilme hakkı, kişiliğini geliştirmesine olanak verilmesi amacıyla çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesini gerektirmektedir.

Anayasa hukuku bakımından ilke ilk olarak, çocuğun haklarına ilişkin işlemlerde öncelikle çocuğun menfaatlerinin gereklerinin değerlendirilmesini gerektiren usuli hak niteliğinde bir güvence sağlamaktadır. İlkenin gereklerinin yerine getirilebilmesi için çocuk hakkında karar alan idari ve yargısal makamların öncelikle çocuğun yararını gözetmeleri gerekmektedir. Bir usuli hak yönüyle ilke, yargı makamları bakımından ise çocuğun haklarına ilişkin işlemlerin denetimi sırasında, söz konusu idari işlem tesis edilirken çocuğun menfaatinin gereklerinin değerlendirilip değerlendirilmediğini incelemelerini gerektirir. İlkenin yasama organı bakımından da bağlayıcı olduğu ifade edilmişti. Dolayısıyla ilke anayasa hukuku bakımından, anayasa mahkemelerine norm denetimi davalarında çocuğun üstün yararı ilkesinin gereklerine riayet edilip edilmediğini denetleme yükümlülüğü getirmektedir.

Anayasa hukuk bakımından bir usuli hak ve yorum ilkesi niteliğiyle ilke, çocuğun menfaatleri ile çatışan diğer menfaatlerin dengelenmesinde çocuğun menfaatlerine öncelik tanınması nedeniyle, hakların dengelenmesinde kurulan dengenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde diğer kişilerin hakları bakımından (ana baba ve koruyucu aile statüsündeki kişiler) bir sınırlama ölçütü olarak işlev görmektedir¹³⁸⁶.

İlke, çocuğun menfaatlerinin öncelikle değerlendirilmesi buyruğu yanında, çocuğun menfaatlerine çatışan diğer menfaatler karşısında öncelik tanınması yükümünü de içerir. AİHM, çocuğun menfaatleri karşısında yer alan menfaatin çok önemli ve ciddi bir hukuksal çıkara hizmet etmediği durumlarda çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bir başka deyişle çocuğun menfaatlerinin karşısında yer alan menfaat ancak çok ciddi ve hayati bir menfaate ilişkin olmak kaydıyla çocuğun menfaatlerini geride bırakabilecektir. Örneğin Mahkeme başvurusunun, doğum ve medeni hal kayıtlarının kendisine verilmesine ilişkin talebinin, annesinin doğum esnasında kimliğinin gizli tutulması kararı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine yaptığı başvuruda, başvuranın bir insan olarak kimliğinin ayrıntıları ve ebeveyninin kimliği gibi kişisel kimliğinin önemli yönleriyle ilgili gerçeği öğrenmek için gerekli bilgileri elde etmesinde Sözleşme tarafından korunan hayati bir menfaati olduğunu değerlendirmekle birlikte, bazı Avrupa ülkelerinde kadınlara kimliklerine ilişkin kayıtların gizli tutularak hastanede doğum yapma hakkı tanınmasının annenin ve çocuğun yaşam hakkı ile olan ilişkisi nedeniyle sahip olduğu önemin inkâr edilemeyeceğini ifade etmiştir¹³⁸⁷. Bu dava bakımından, davanın görüldüğü sırada tarafların her ikisinin de yetişkin bireyler olduğunun ve Fransa’da doğum yapan kadının kimliğinin gizliliği kararı gereği kimliklerini öğrenemeyen kişilerin başvurularını incelemekle görevli bir bağımsız idari

¹³⁸⁶ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 80; *B. B. Başvurusu*, (B. No: 2015/14805), parag. 46.

¹³⁸⁷ *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98), parag. 29, 42.

otoritenin varlığının Mahkeme tarafından göz önünde bulundurulduğunu ifade etmek gerekmektedir. Nitekim Mahkeme, somut olayda başvurucunun 30’lu yaşlarında bir kadın olduğunu, dolayısıyla artık çocuk olmadığını, kişinin kendi kökenini bilme hakkı ile doğum sırasında kimliğinin gizli kalmasını isteyen kadının ve evlat edinen kişilerin haklarının dengelenmesinde devletin takdir yetkinin bulunduğunu, somut olayda başvurucuya kimliğinin unsurlarına ilişkin bilgilerin bir kısmına erişmesine izin verildiğini, yapılan düzenlemelerle annelere daha sonra gizlilikten feragat etme hakkı tanındığını ve bir kişinin biyolojik kökenleri hakkında bilgiye erişimini kolaylaştırmak amacıyla bağımsız bir idari otorite olan “Kişisel Kökeniyle İlgili Bilgilere Erişim Ulusal Konseyi”nin kurulduğunu göz önünde bulundurmıştır¹³⁸⁸. Oysa *Godelli v. Italy* davasında Mahkeme, kişinin ebeveynlerini bilme hakkını içeren kimlik hakkının (right to an identity), özel hayat kavramının ayrılmaz bir parçası olduğunu, yine Sözleşme çerçevesinde korunduğu inkâr edilemeyecek olan bir kadının kimliğini açıklamaksızın uygun sağlık yardımı alabileceği bir ortamda doğum yapma hakkından kaynaklanan menfaatleri bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, özel yaşam hakkı alanında kalan bu iki menfaat dengelenirken, devletin takdir yetkisinin korunan menfaatlerin niteliği bağlamında daralacağını, kişinin ana babasını bilme hakkını içeren kimlik hakkının, kişinin özel hayatının ayrılmaz bir parçası olduğunu, bu nedenle çatışan diğer menfaatlerle dengelenmesinin çok daha titiz bir inceleme yapılmasını gerektirdiğini kabul etmiştir¹³⁸⁹. Mahkeme İtalyan hukukunda bu iki menfaatinin birbiri ile tartılmasına olanak verecek bir mekanizma öngörülmezsizin taraflardan birinin menfaatine mutlak olarak üstünlük tanınmasının Sözleşmenin 8’inci maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu

¹³⁸⁸ *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98), parag. 49.

¹³⁸⁹ *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09), parag. 50.

kabul etmiştir¹³⁹⁰. Görüldüğü üzere AİHM'nin içtihadi tutumunda çocuğun menfaatlerine mutlak üstünlük tanınması yönünde bir yaklaşım kabul edilmemiştir.

AİHM çocuğun menfaatlerini koruyabilmesi için yargılama sürecinin belli niteliklere sahip olması gerektiğini kabul etmiştir. AİHM *Mustafa ve Armağan Akın* davasında, boşanma kararının ardından iki kardeşin velayetlerinin ana babadan birine verilmesi ve kişisel ilişki tesisi kararında iki çocuğun birbirlerini görmeleri olanağı verilmemesi nedeniyle aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasını değerlendirirken Sözleşme'nin 8'inci maddesinin yetkili makamlara çocuğun çıkarlarını öncelikle göz önüne alma yükümlülüğü getirdiğini, çocuğun üstün yararı ilkesinin ise çocuğun haklarına ilişkin kararların alınma sürecinde uymak zorunda oldukları belirli usulü yükümleri içerdiğini ifade etmiştir. AİHM yargılama sürecinde çocuğun menfaatlerinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığını değerlendirirken yerel mahkemelerin kararlarının yeterli delillere dayanıp dayanmadığını incelemektedir. Delillerin yeterli olduğundan söz edilebilmesi için tarafların ifadeleri, ilgili makamların raporları, psikolojik değerlendirmeler ve diğer bilirkişi değerlendirmeleri ve tıbbi kayıtlar dâhil olmak üzere, çocukların ve ilgili tarafların görüşlerinin alınıp alınmadığını tespit ederek bir sonuca ulaşmaktadır¹³⁹¹. Görüldüğü üzere çocuğun üstün yararı ilkesi, hem çocuğun hakları konusunda karar veren mahkemelerin çocuğun menfaatlerini destekleyecek en iyi çözüme ulaşmasını amaçlayan bir dizi değerlendirme yapmasını ve kararlarını, yetkili makam raporları, psikolojik değerlendirmeler, diğer bilirkişi değerlendirmeleri ve tıbbi kayıtlar gibi uzman görüşlerini dikkate almaları, hem de çocuğun ve diğer tarafların görüşlerini tam olarak öğrenmelerine imkân veren usuller izlemeleri ve kararlarını bu bilgilere dayanarak temellendirmelerini gerektirmektedir.

¹³⁹⁰ *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09), parag. 57.

¹³⁹¹ *Mustafa and Armağan Akın v. Turkey*, (Appl. No: 4694/03), parag. 22.

İlkenin bu usuli yönü, çocuklar bakımından yargısal makamlar aracılığıyla talep edebilecekleri sübjektif bir kamu hakkı doğurmakta ve özellikle temel haklarının kamu makamları tarafından ihlal edildiği iddialarının anayasa mahkemeleri tarafından incelenmesine olanak tanıyan bireysel başvuru yolunda, çatışan diğer menfaatler karşısında çocuğun menfaatlerine öncelik verilip verilmediğinin denetlenmesini gerektirmektedir. Anayasa hukuku açısından anayasa mahkemelerinin ya da anayasaya uygunluğun derece mahkemeleri tarafından da göz önünde bulundurulmasının kabul edildiği yargı sistemlerinde derece mahkemelerinin, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde çocuğun menfaatlerine öncelik vermelerini gerektiren ilkenin bu usuli yönü, çocukların hakları bakımından çok önemli bir güvence sağlamaktadır. AİHM, bir sonuca ulaşılırken bu değerlendirmenin yapılmış olduğunun yerel mahkeme tarafından ortaya konulması gerektiğini kabul etmektedir¹³⁹².

Anayasa Mahkemesi'ne göre ilke, olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesini gerektirir. Bu dengenin kurulmasında niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmelidir¹³⁹³. Görüldüğü gibi ilkenin çatışan diğer menfaatler karşısında çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesini gerektiren boyutu, çocuk dışındaki kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin, başkalarının (çocuğun) haklarının korunması amacıyla sınırlandırılmasını gerektirmektedir.

AİHM'ne göre, 8'inci madde, yerel makamların çocuğun menfaatleri ile ebeveynlerin menfaatleri arasında adil bir denge kurmasını ve dengeleme sürecinde çocuğun menfaatlerine özel bir önem vermesini gerektirir. Çocuğun menfaatinin konusu

¹³⁹² *Paradiso and Campanelli v. Italy*, (Appl. No: 25358/12), parag. 210.

¹³⁹³ *Selim Adıyaman Başvurusu*, (B. No: 2013/8846), parag. 61; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 53; *Nurettin Özalpın Başvurusu*, (B. No: 2013/197259), 19.11.2015, parag. 42.

ve önemi, ana babanın menfaatleri ile karşılaştığında, ebeveynin çocuğun sağlığına ve gelişmesine zarar verebilecek taleplerinin 8'inci madde çerçevesinde korunmasına engel olur¹³⁹⁴.

İlkenin çocuğun menfaatlerinin öncelikle değerlendirilmesi ve ciddi ve hayati olmayan diğer menfaatlerle çatıştığında çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesini gerektiren usuli boyutlarını tanımlamak kolay iken, ilkenin maddi içeriğinin belirlenmesinin kolay olmadığı ifade edilmelidir. Belli bir çocuğun menfaatlerinin gerekleri, benzer konulu haklara ilişkin uyuşmazlıklar çerçevesinde dahi her bir somut olayda farklılık gösterebileceğinden çocuğun üstün yararı ilkesinin maddi içeriğinin belirlenmesi için genel bir tanım önerilmesi çok zordur. Çocuğun her bir hakkı bakımından bu çalışmanın kapsamını aşan ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Ancak her iki Mahkeme de çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verebileceğinin değerlendirildiği durumlarda ebeveyn ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilmemesini, Sözleşme'nin 8 veya Anayasa'nın 20 ve 41'inci maddelerine uygun bulmaktadır. AİHM'nin, çocuğun hukuka uygun olarak kurulmamış da olsa var olan aile yaşamını koruma eğiliminde olduğu¹³⁹⁵, Anayasa Mahkemesi'nin çocuğun ana baba ilişkisi kurduğu kişilerle arasında biyolojik bağın olmamasının aile yaşamının olmadığı anlamına gelmediğini kabul ettiği görülmektedir¹³⁹⁶. Mahkeme babalığın iptalinden sonra

¹³⁹⁴ *Elsholz v. Germany*, (Appl. No: 25735/94), 13.7.2000, parag. 50; *Sommerfeld v. Germany*, (Appl. No: 31871/96), parag. 64.

¹³⁹⁵ Örneğin Mahkeme, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* davasında, evlat edinen anne lehine verilmiş olan, yabancı mahkeme kararının tanınmaması üzerine uyuşmazlığın, iç hukukta bekâr ebeveynlerin evlat edinmelerine imkân tanıyan bir yasa maddesinin olmamasından kaynaklandığını, bu konu hakkında Avrupa'da geniş bir fikir birliğinin olduğunu değerlendirerek, bu tür durumlarda çocuğun üstün yararının öncelikli olduğunu vurgulamıştır. Yabancı bir ülkede geçerli bir temele dayanarak yaratılan ve 8'inci madde çerçevesinde aile hayatına tekabül eden bir hukuki statünün hiçe sayılmasının, çocuğun menfaatlerine uygun olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme burada yerel mahkemenin bu kararı almada çocuğun menfaatinin değerlendirildiğini gösteren bir açıklamanın bulunmadığına ayrıca işaret etmiştir. *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, (Appl. No: 76240/01), 28.6.2007, parag. 133.

¹³⁹⁶ *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 72.

kişisel ilişki tesisi de dâhil olmak üzere baba ile çocuk arasındaki tüm ilişkinin kesilmesinin AİHS'nin 8'inci maddesi anlamında aile yaşamına saygı hakkını ihlal edebileceğini çocuğun menfaatlerinin gereklerine dayanarak kabul etmiştir¹³⁹⁷. Nitekim AİHM *Nazarenko* davasında, başvurucunun evliliği içinde doğan ve kızı olarak kaydedilen, başvuru tarafından baba ve kız olduklarına inanılarak yakın duygusal bağ geliştirilen çocuğun, babalığının iptalinden sonra başvurucunun hayatından tamamen ve otomatik olarak çıkarılmasını ve çocuğun üstün menfaatlerinin bu açıdan değerlendirilmemesini aile hayatına saygı hakkına aykırı bulmuştur. Çocuğun biyolojik babasının talebi üzerine çocuğun annesinin kocasının babalığının yasal olarak tanınması kararının bozulmasına ilişkin *Mandet v. France* davasında ise başvuru, babalığın tanınması kararının bozulmasının, çocuğun uzun yıllardır kurulu olan yasal ebeveyn-çocuk ilişkisinin sürdürülmesini ve duygusal dengesinin korunmasını gerektirdiğini iddia ettikleri çocuğun menfaatleri ile uyuşmadığını ileri sürmüşlerdir. AİHM ise bu davada farklı bir değerlendirmede bulunmuş ve çocuğun menfaatlerinin kökenleri hakkındaki gerçeği bilmesini gerektirdiğine işaret ederek yerel mahkemenin kararının çocuğun menfaatlerini ihlal etmediğini değerlendirmiştir.

Mahkeme, çok ciddi olduğunu değerlendirdiği kamusal menfaatler karşısında dahi çocuğun menfaatlerine öncelik tanınmaması kararlarının sadece çocuğun onarılamaz bir zarara maruz kalmayacağına ikna olduğu durumlarda 8'inci madde ile çelişmediğini kabul etmiştir. Başka bir ülkede taşıyıcı anne yöntemiyle çocuk sahibi olan ailenin çocuğu İtalya'da nüfuslarına yazdırma taleplerinin, yapılan DNA incelemesi sonucunda çocuk ile başvuru arasında biyolojik bir bağın bulunmadığının tespit edilmesi ve ülkede taşıyıcı anne yöntemi ile çocuk sahibi olmaya izin verilmemesi nedeniyle reddedilmesi ve çocuğun evlatlık verilmesi amacıyla devlet korumasına yerleştirilmesinin aile

¹³⁹⁷ *Nazarenko v. Russia*, (Appl. No: 39438/13), 16.7.2015, parag. 64-66.

yaşamına haksız müdahale teşkil ettiği ileri sürülen *Paradiso and Campanelli v. Italy* davasında Mahkeme, davanın çocuğun ana babasından ayrılmasına ilişkin kararları konu alan davalardan farklı unsurlara sahip olduğunu, yasaya aykırı olarak evlat edinme girişimlerini meşrulaştırmaya çalışan başvuruçuların menfaatleri ile çatışan kamu menfaatlerinin dengelenmesinde, bu dava bakımından kamu menfaatlerinin ağırlığının çok önemli olduğunu kabul etmiştir. Çocuğun özel durumunu değerlendirirken yerel mahkemelerin, evlat edinme amacıyla uygun bir çifte verilmesi ile başvuranlardan ayrılmasının etkilerini değerlendirdiklerini, kendisi ile şefkate dayalı bir ilişki geliştiren başvuranlardan ayrılmasının, çocuk bakımından büyük ve onarılamaz bir hasara neden olmayacağı sonucuna ulaştıklarını dikkate alarak kamusal menfaatlere öncelik verilmesini aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir¹³⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi çocuğun üstün menfaatinin “sağlıklı bir ortamda gelişmesinin sağlanmasını içerdiğini ifade etmiştir”¹³⁹⁹. Mahkemeye göre ilgili makamların, olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen göstermeleri gerekir. Mahkeme bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁰⁰. Mahkemeye göre ebeveyn ile kişisel ilişki kurması, çocuğun menfaatini ağır şekilde tehdit ettiği durumlarda, yetkili kamusal makamların çocuğu koruyacak tedbirler alma yükümlülüğü söz konusudur¹⁴⁰¹.

AIHS ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin yorumu ile görevli yargı organları, bu sözleşmelerde yer alan haklardan birinin ihlal edildiği hallerde çocuğun yüksek yararının da ihlal edildiğini kabul etmektedir. AIHM, çocuğu

¹³⁹⁸ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, (Appl. No: 25358/12), parag. 210.

¹³⁹⁹ *Angela Jane Kilkeny Başvurusu*, (B. No: 2015/10826), parag. 46.

¹⁴⁰⁰ *Selim Adıyaman Başvurusu*, (B. No: 2013/8846), parag. 61.

¹⁴⁰¹ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 80; *B. B. Başvurusu*, (B. No: 2015/14805), parag. 46.

ile kişisel ilişki kurma hakkının velayeti elinde bulunduran anne tarafından engellenmesi nedeniyle çocuk ile icra hukuku prosedürleri çerçevesinde ilişki kurabilen babanın aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü *Cengiz Kılıç v. Turkey* davasında, aile hayatına ilişkin hakların yerine getirilmesi kararlarında icra hukukunun hükümlerinin uygulanmasını yerinde bulmamıştır. Mahkeme aile hâkimlerinin uzlaşma sağlayabilmeleri amacıyla tarafları bir araya getirmemiş ya da mahkeme kararlarının gönüllü olarak uygulanabilmesini sağlayacak gerekli önlemleri almamış olduklarını tespit etmiş, çocukla ilgili böyle hassas bir konuda zorlayıcı önlemlerden önce arabuluculuk gibi başka önlemlerin değerlendirilmemesini çocuğun üstün yararına aykırı bulmuştur¹⁴⁰².

Görüldüğü üzere, AİHM Sözleşmede açıkça yer almayan ilkeyi, içtihat yoluyla benimseyerek aile yaşamına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulamakta, Anayasa Mahkemesi de, 41'inci maddede açık bir anayasal dayanağa sahip olan ilkeyi velayet hakkı ve kişisel ilişki tesisi kararlarında istikrarlı bir şekilde uygulamaktadır.

Velayete ve kişisel ilişki tesisine ilişkin haklar dışında kalan haklar bakımından ise, ana babalarının çocukları üzerinde velayet hakkından kaynaklanan yetkilerin bir uzantısı olan, ana babanın kişisel hakları ile birlikte değerlendirilmeyi gerektiren örneğin, eğitimin içeriği, çocuğun beden bütünlüğüne ilişkin tercihleri gibi haklar bakımından çocuğun korunması ihtiyacı ile çatışan diğer menfaatlerinin uzlaştırılmasında ilkenin dikkate alınması gerekir.

Türk hukukunda çocuğun ana babası ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı dışındaki haklar bakımından, çocuğun menfaatleri ile çatışan diğer menfaatler arasında denge kurulurken, yukarıda etraflıca ifade edilen anayasanın çeşitli hükümlerinin yorumu yoluyla, çocuğun menfaatlerinin öncelikle göz önünde bulundurulacağı

¹⁴⁰² *Cengiz Kılıç v. Türkiye* (Appl. No: 16192/06), 16.12.2011, parag. 130-133.

değerlendirilebilir. Ana babası ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı dışında kalan diğer haklar söz konusu olduğunda çocuğun korunmasını gerektiren menfaatleri ile özerk kararlar alabilmesine ilişkin hakları dengelenmesi gündeme gelebilecektir. Bu menfaatler dengelenirken, uyuşmazlık konusunun ilişkili olduğu hakkın maddi konusundan hareketle bir değerlendirme yapılması önerilebilir. Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve 20'nci maddesinde yer alan özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile ana babanın, çocuğun adını koyma, yerleşim yerini belirleme, mesleki eğitim ile dini eğitimi kapsayan çocuğun bakımı, çocuğun yönlendirilmesi, çocuğun temsil edilmesi, mallarını idare etme gibi sorumluluk, hak ve ödevlerini kapsayan ve Anayasa'nın 20'nci maddesi çerçevesinde korunan hakları uzlaştırılırken, bu ilkenin gereklerinden yararlanılması gerekir. Örneğin çocuğun gerçekleştirilmesini istediği bir tıbbi müdahaleye anne babanın rıza vermemesinin yargı önüne taşındığı uyuşmazlıkta, çocuğun korunmasına ilişkin haklar ile kendi bedeni üzerinde tasarruf yetkisine ilişkin haklarının dengelenmesinde yine çocuğun üstün yararı ilkesine başvurulması önerilebilir. Çocuğun ana babasının oluru olmayan tercihe bağlı bir cerrahi müdahaleyi talep etmesi durumunda, çocuğun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile ana babanın çocuğun maddi ve manevi varlığını koruma yetkilerini içeren ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında yer alan velayet hakları ile ilişkili menfaatlerinin dengelenmesinde çocuğun üstün yararı ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekir.

C. Çocuğun Görüşünün Alınması İlkesi

1. İlkenin Gelişimi ve Kapsamı

Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda, görüşlerini serbestçe ifade etme ve görüşünün yaşına ve olgunluk seviyesine uygun olarak dikkate alınması hakkı, çocuklara özgü bir hak olarak tanınmıştır¹⁴⁰³.

Çocuğun görüşüne saygı ilkesi, çocuğun bir yetişkinin iradesine mutlak olarak tabi ve üzerinde tasarruf edilebilen bir nesne olduğu yaklaşımının terkedilerek hakların özerk öznesi olduğu biçimindeki yaklaşımın kabul edilmesiyle ortaya çıkmış, hem çocuğa özgü bir hak, hem de diğer tüm çocuk haklarının uygulanmasında ve yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gereken bir usuli güvence ve bir yorum ilkesi niteliği kazanmıştır¹⁴⁰⁴.

İlke, bir yandan yetişkinlerin sahip olduğu tam özerklikten yoksun olan, diğer yandan (herkese tanınan hakların çocuklara yasaklanmayan kısmı ile doğrudan çocuklara özgü) hakların öznesi olan çocukların hukuki ve sosyal statüsünün bir sonucudur. Bu yeni statü; çocuğun bir taraftan hakların tam öznesi olduğu, diğer taraftan hâlâ bakım ve gözetimini üstlenen kişilerin yönlendirmesine, rehberliğine ve korumasına ihtiyaç duyduğu kabulüne dayanmaktadır. Çocuğun özerk ve bir yetişkinin iradesine mutlak olarak tabi olmasını reddeden bu yeni statü, çocuk üzerindeki bakım ve gözetim yetkisinin çocuğun hakları ile sınırlı olmasını ve yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak (evolving capacities) çocuk ile ilgili kararların alınmasında görüşüne gereken önemin

¹⁴⁰³ Ulusalüstü hukuk bakımından bkz: ÇHS'nin 12'nci maddesi çocuğun yaş ve olgunluk seviyesine uygun olarak hukukuna ilişkin konularda görüşünü açıklama hakkını düzenlemektedir. Sözleşme'nin denetim organı Komite, ayırım görmeme, yaşama ve gelişim ile çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak değerlendirilmesi hakları ile birlikte kendisini ilgilendiren her konuda, görüşlerini serbestçe ifade etme ve görüşünün yaşına ve olgunluk seviyesine uygun olarak dikkate alınması hakkını Sözleşme'nin dört genel ilkesinden biri olarak belirlemiş olup, bu maddenin yalnızca bir hak tesis etmediğini, aynı zamanda diğer tüm hakların yorumlanması ve uygulanmasında da dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12, The Right of the Child to be Heard, 20.7.2009, **CRC/C/GC/12**, parag. 2.

¹⁴⁰⁴ **CRC/C/GC/12**, parag. 2, 18.

verilmesini gerektirmektedir. Diğer yandan çocuklar yetişkinliğe erişmek için bir yetişme sürecine gereksinim duymaktadır. Çocuğun yetkinliğinin elverdiği ölçüde görüşünün alınması hakkı, tam yetkin ve özerk bir kişi olmaya hazırlanması için gereklidir ve bu niteliğiyle kişiliğini geliştirme hakkının kapsamında yer almaktadır.

Çocuğun görüşünün alınması hakkı, görüşün açıklanmasına ilişkin konuya göre Anayasa bakımından 17’nci maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile 20’nci maddesinde yer alan özel yaşama saygı hakkı ve AİHS bakımından ise 8’inci maddesinde yer alan aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde korunmaktadır.

Çocuk Hakları Komitesi, yaşı ve gelişim seviyesine göre çocuğun görüşlerine saygı gösterilmesi hakkını tanıyan Sözleşme’nin 12’nci maddesinin, yetişkinlerin sahip olduğu tam özerklikten yoksun, ama öte yandan hakların öznesi olarak kabul edilen çocuğun sosyal ve hukuki statüsünü ortaya koyan özel bir hüküm olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁰⁵.

Çocuğun görüşüne verilecek ağırlığı belirleyen “çocuğun yetkinliği” (evolving capacities) ölçütü, çocukluğun sabit, değişmez tek bir evrensel deneyim olmadığının kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Çocuklar gelişimlerinin farklı noktalarında korunma, gelişimlerinin desteklenmesi, kendi hukuklarına ilişkin kararların alınmasına katılımlarının sağlanmasına ilişkin hakların her birine farklı derecelerde gereksinim duyarlar. Çocuğun hukukunu düzenleyen kuralların, çocuğun farklı gelişim aşamalarında farklı gereksinimlerinin olduğunu kabul etmeleri bir zorunluluktur¹⁴⁰⁶. Çocuğun gelişmekte olan bir birey olması, yaşamlarının farklı alanlarına ilişkin konularda aşamalı olarak sorumluluk almalarına olanak tanınmasını gerektirir¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁵ CRC/C/GC/12, parag. 1.

¹⁴⁰⁶ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 50.

¹⁴⁰⁷ Geraldin Van BUEREN, *Child Rights in Europe: Convergence and Divergence in Judicial Protection* Council of Europe Publishing, Belgium, 2007, s. 37.

Gerçekten çocuğun yaş ve gelişimine uygun olarak görüşlerine önem verilmesi hakkının tanınması, çocuğa ilişkin mevcut yaklaşımı değiştirmekte ve çocuğa yeni bir sosyal ve hukuksal statü bahşetmektedir. Bu nedenle ilkenin kabulü öğretide devrim olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁰⁸. İlke, çocukların sadece korunma hakkına sahip nesneler değil aynı zamanda onları etkileyen tüm kararlara katılma hakkına sahip özerk hak özneleri olarak tanınmalarının en önemli göstergesidir. Bu ilkenin gereklerinin yerine getirilmesi, çocuğa yönelik siyasal, sosyal, kurumsal ve kültürel kabullerde önemli değişimi gerektirmektedir¹⁴⁰⁹.

İlke, çocuk haklarına ilişkin diğer ilkeler, özellikle de çocuğun yararının öncelikle dikkate alınması ilkesi ile çok yakından ilgilidir. Bu ilkeler ancak bütüncül bir yaklaşımla uygulandığında çocuğun korunacak ve esirgenecek bir varlık olmanın ötesinde özerk ve aktif bir özne olarak haklardan etkin bir biçimde yararlanabilmesini garanti edebilir. Komite çocuğun görüşüne saygı duyulmaksızın diğer çocuk haklarının tam olarak uygulanamayacağı görüşündedir¹⁴¹⁰. Komiteye göre ilke, özellikle çocuğun üstün yararı ilkesinin uygulanmasında zorunlu bir ön aşama niteliğindedir¹⁴¹¹.

ÇHS'nin 12'nci maddesi, çocuğun görüşüne kendisini etkileyen her konuda, yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken önemin verilmesi hakkını tanımaktadır. Bu hak devlete, çocuğun görüşlerini dinleme ve bu görüşlere gerekli ağırlığı vererek göz önünde bulundurulmasını sağlama hususunda açık bir hukuki yükümlülük getirir. Bu yükümlülük, kendisini etkileyen tüm hususlarda çocuğun görüşlerini talep etme ve bu

¹⁴⁰⁸ ZERMATTEN, "The Best Interests of the Child Principle", s. 483.

¹⁴⁰⁹ Committee on the Rights of the Child, Report on the forty-third session, September 2006, Day of General Discussion, Recommendations, Preamble. Bkz: www.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion.htm (erişim tarihi: 30.3.2019).

¹⁴¹⁰ CRC/GC/12, parag. 68.

¹⁴¹¹ CRC/GC/12, parag. 70.

görüşleri değerlendirip gerekli ağırlığı vermek üzere gerekli mekanizmaları yaşama geçirme biçiminde iki kademeli bir olumlu edim ile gerçekleştirilebilir¹⁴¹².

2. Anayasa Hukuku Bakımından Anlamı

Çocuğun özerkliğinin tanınması yaklaşımını kabul eden yakın tarihli anayasalarda, çocuğun kendini ilgilendiren konularda görüşünü serbestçe ifade etme, yaşı ve gelişimine uygun olarak görüşüne gereken önemin verilmesi hakkı tanınmış ve bu hakkın yaşama geçirilmesi için devletin sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Örneğin Ermenistan Anayasası, kendisini ilgilendiren konularda çocuğun yaşı ve olgunluğu göz önünde bulundurularak düşüncelerini özgürce ifade etme hakkı olduğunu hüküm altına almıştır (md. 54). Belçika Anayasası, her çocuğun kendisini ilgilendiren tüm konularda görüşlerini ifade etme ve görüşlerine, yaşı ve olgunluk seviyesine göre önem verilmesi hakkını düzenlemiştir (md. 22). Finlandiya Anayasası da gelişme seviyelerine uygun olarak çocukların kendilerine ilişkin konularda görüşlerine önem verileceğini hüküm altına almıştır (md. 2. Kısım, 6. Bölüm). Benzer düzenlemelere Güney Afrika Cumhuriyeti, İrlanda, Mozambik ve Norveç anayasalarında da yer verilmiştir. Polonya Anayasası çocuğun kararlarına, gelişim seviyesine uygun olarak önem verileceğini düzenleyen anayasalardan bir adım daha ileri giderek, çocuğun haklarını korumak amacıyla kurulmuş kurumların işlemlerinde çocuğun görüşlerine öncelik vereceklerini hüküm altına almaktadır (md. 72). Kolombiya ve Ekvador Anayasası, çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını tanıyan anayasalardandır. Ekvador Anayasası ek olarak, kendilerini ilgilendiren konularda çocuğun bilgilendirilme hakkını da hüküm altına almıştır (md. 45). Diğer yandan farklı anayasalarda çocuğun görüşüne atfedilen önemin de farklılaştığı görülmektedir. Çocuğa yalnızca görüşünü ifade etme hakkı tanımakla yetinen anayasalardan ayrılan Polonya Anayasası'nın, çocuğun görüşüne “*öncelik verileceğini*”

¹⁴¹² CRC/GC/12, parag. 19.

kabul eden yaklaşımı, çocuğa bir hukuk öznesi olarak atfedilen önemi bir adım ileriye taşımıştır. Ekvador Anayasası ise, çocukların “*toplumun gelişmesinde stratejik bir ortak*” olduğunu ifade ederek görüşlerine atfedilen önemin bu bilinç ile biçimlenmesini öneren yaklaşımıyla, çocuğun görüşüne verilecek önemi toplum içindeki konumuyla birlikte ele alarak en üst noktaya taşımıştır. Görüldüğü üzere, çocuğun görüşünü serbestçe açıklama hakkı, bu görüşe hukuk önünde atfedilen değere göre anlam kazanmaktadır.

Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen çocuğun korunması konulu yasal düzenlemelerde de çocuğun görüşünü açıklama ve kendisini ilgilendiren kararları yönlendirme hakkı tanınması yönünde güçlü bir eğilim gözlenmektedir. Nitekim 1996 yılında İspanya’da kabul edilen çocuğun korunması konulu yasa, çocuğun doğrudan katıldığı kişisel, ailevi ya da toplumsal alanını etkileyecek bir karara neden olabilecek idari veya adli işlemde görüşünün alınması hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır¹⁴¹³.

Anayasa’nın herkesin, “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere” sahip olduğunu hükme bağlayan ve temel hak ehliyeti bakımından kişi olmanın yeterli olduğunu ilan eden hükmü ile herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyen 17’nci maddesi hükmü, herkes gibi çocuğun da kişi olarak bağımsız değerini güvence altına almaktadır.

Ayrıca, Anayasa’nın 10’uncu maddesinde yer alan herkesin ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu, hiç kimseye, aileye ve zümreye imtiyaz tanınamayacağını, çocuklar bakımından alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağını düzenleyen hükümler, çocukların kendi hukuklarına ilişkin işlemlerin alınmasına katılım

¹⁴¹³ Daniel O’DONNELL, “The Right of Children to be Heard: Children’s Right to Have Their Views Taken into Account and to Participate in Legal and Administrative Proceedings”, **Innocenti Working Paper No. 2009-04**, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, 2009, s. 6.

hakkının bir diğer anayasal dayanağıdır. Nitekim bu hak çocuğun ana babasının ya da ilişkili olduğu kamusal makamın iradesine mutlak tabi olmasını gerektiren statüsünün terkedilerek, ana baba ya da diğer kişilere velayet ya da vesayet yetkisi nedeniyle tanınan yetkilerin çocuğun haklarının korunması ve kişiliğini en ideal şekilde geliştirebilmesi için tanınan yetkiler olduğu Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarıyla da kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, velayet yetkisinin, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda anne ve babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir kurum olduğunu, bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, mal varlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturduğunu, yakın bir geçmişe kadar anne ve babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velayet kurumunun günümüzde hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak kabul gördüğünü ifade etmektedir¹⁴¹⁴. Dolayısıyla ana babanın çocuğa statü olarak üstünlüğünü kabul etmeyen ve ana babanın, çocuk üzerindeki yetkilerinin dayanağının çocukların haklarının korunması olduğunu kabul eden bir anayasal düzende, çocukların kendi hukuklarına ilişkin kararların alınmasına katılım haklarının bulunduğu kabulü bir anayasal zorunluluktur. Son olarak çocuğun görüşünü açıklamak bakımından içinde bulunduğu dezavantajlı durum karşısında çocuğun kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılması ancak devletin olumlu edimleriyle görüşünü açıklamasına olanak veren usul ve mekanizmaların kabulü ile mümkün olabilir. Çocuk bakımından özel usul ve mekanizmalar kabul edilmediği sürece çocukların kendi hukuklarına ilişkin kararların alınmasına katılmaları olanaksızdır. Bu hakların çocuklar bakımından kullanılabilmesi devletin önlemler almasıyla mümkün olabilecektir¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁴ *Gülbu Özgüler Başvurusu*, (B. No: 2013/7979), parag. 35; *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 39; *Nurcan Yolcu Başvurusu*, (B. No: 2013/9880), parag. 28.

¹⁴¹⁵ Ursula KILKELLEY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, 2. Bası, Routledge, Taylor ve Francis Group, London ve New York, 2016, s. 117; BUEREN, *Child Rights in Europe: Convergence and Divergence in Judicial Protection*, s. 83.

Çocuğun görüşünün alınması ilk olarak görüşünü açıklamasına olanak veren usullerin kabul edilmesini gerektirir. İdare makamları ve yargı makamlarının işlemlerine katılım hakkı, anayasa hukuku bakımından iki farklı hakkın konusu ile ilişkilidir. İdari makamlar önünde çocuğun görüşünün alınması, özellikle çocuğun maddi ve manevi varlığı üzerinde etki doğuran işlemler bakımından Anayasa'nın 17 ve 20'nci maddelerinde düzenlenen maddi ve manevi varlığına saygı ve aile yaşamına saygı hakkının güvence alanı ile ilişkilidir. Bu haklar AİHS çerçevesinde aile yaşamında ve özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde korunmaktadır. Buradan hareketle çocuğun bakım altına alındığı kurum tarafından evlat edinilmesine karar verilmesi sürecinde görüşünün alınması hakkı Anayasanın 17 ve 20'nci maddelerinin güvencesi altındadır.

AİHM çocuğun velayet hakkı ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda çocuğun görüşünün alınmasını Sözleşme'nin aile yaşamına saygı hakkına ilişkin 8'inci maddesine, Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın aile yaşamına saygı hakkına ilişkin 20'nci maddesine ilişkin pozitif yükümlülüklerin bir gereği olarak kabul etmektedir¹⁴¹⁶.

Yargısal makamların önünde çocuğun görüşünün alınması, çocuğun aile yaşamına ve özel yaşamına saygı hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının güvencesi altındadır. Bunun dışında bu tür uyuşmazlıklarda çocuğun görüşünün alınması çocuğun adil yargılanma hakkı çerçevesinde koruma altında olan yargılama sürecine etkin olarak katılım hakkının güvencesi altındadır. Çocuğun katılım hakkının, yargısal süreçlere katılım güvencesine ilişkin yönü bu çalışmanın ilerleyen kısımlarında yer verilen “çocuk haklarının güvence sistemi” başlığı çerçevesinde, yargı eliyle çocuk haklarının korunması konusu incelenirken ele alınacaktır¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁶ M. M. E. ve T. E. Başvurusu, (B. No: 2013/2910), parag. 134.

¹⁴¹⁷ Çocuğun aile yaşamına ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin davalarda görüşünün alınmaması da AİHS'nin 6'ncı maddesi çerçevesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsamında yer alan yargılamaya etkin olarak katılım hakkının güvencesi altındadır. Ancak AİHM önünde aile hukukundan kaynaklanan davalarda çocuğun görüşünün alınmaması hakkının adil yargılanma hakkını da ihlal ettiği yönünde bir şikâyet yapılmadığı gibi şu ana kadar Mahkeme konuyu 6'ncı madde kapsamında da ele alma yönünde bir içtihat geliştirmemiştir. Çocuk üzerinde ana babanın

Çocuğun kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılım hakkının pozitif yönünün bir diğer unsuru çocuğun görüşünün oluşturabilmesi için gerek duyduğu bilgilerin kendisine sağlanmasıdır. Çocukların ifade özgürlüğünden yararlanabilmeleri ve görüşlerini oluşturabilmeleri için ihtiyaç duydukları bilgilere erişmelerinin devlet tarafından sağlanması yükümlülüğü bilgi edinme hakkının güvencesi altındadır. AİHS, bağımsız bir hak olarak bilgi edinme hakkını tanımamaktadır. Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10'uncu maddesi, açık ya da örtülü olarak bir görüş sahibi olabilmek için bilgi edinme özgürlüğünü tanımadığı gibi, çocukların görüşlerini açıklamalarını sağlayacak uygun araçlara sahip olmaları hakkına da işaret etmemektedir. Ancak Mahkeme, Sözleşme çerçevesinde yer alan diğer haklardan yararlanılmasında, somut olay bakımından devletin elinde yer alan bilgilere dayanılmasını zorunlu gördüğü durumlarda, devletin bilgileri verme konusundaki yükümünü kabul etmektedir. Nitekim *Gaskin v. the United Kingdom* davasında, iki yaşında annesinin ölümü üzerine devlet koruması altına alınan, yetişkin oluncaya kadar çeşitli koruyucu ailelerin yanında ya da koruma kurumlarında kalan başvuru, bu kurumlardan ayrıldıktan sonra işlediği suçlar nedeniyle ceza yargılamasına muhatap olmuştur. Başvuru çocuğu boyunca bu kişi ve kurumlar tarafından kendisine kötü muamelede bulunulduğunu, ihmal edildiğini ileri sürerek içinde bulunduğu sorunlarının üstesinden gelmek için nereden, kim tarafından hangi koşullar altında tutulduğuna ilişkin devletin elinde bulunan kayıtların kendisine verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkemeler bu talebi, devlet koruması altında bulunan çocuklar hakkında tutulan kayıtların, kayıtlara kaynaklık eden kişilerin izni olmaksızın açıklanmayacağına ilişkin Tüzüğe dayanarak, kayıtları tutan kişilerin izni bulunmadığı, bu tür bilgilerin tutulmasında çocuk koruma sisteminin ve kamunun menfaati olduğu

velayetten kaynaklanan çekişmeleri sonucu Mahkeme önüne taşınan bu tür davalarda çocuğun mahkemeye erişim hakkının hiç tartışılmamış olmasının nedeni, bu davaların öncelikle ana babaların kendi haklarını korumak için gündeme getirdikleri davalar olmasıdır.

gerekçesi ile reddetmişlerdir. AİHM davayı ele alırken devlet koruması altındaki kişilerin Sözleşme ile korunan, çocukluklarını ve erken gelişimlerini bilmek ve anlamak için gerekli bilgileri almada hayati bir menfaati olduğunu ifade etmiştir¹⁴¹⁸. İngiltere’nin benimsediği bu sistemde çocuklar hakkındaki kayıtları tutan kişilerin, talep edilen bilgilerin açıklanmasını reddetmeleri durumunda çatışan menfaatlerin dengelenmesinde görev alacak bir başvuru mekanizmasının bulunmamasını Sözleşme’nin 8’inci maddesinde düzenlenen aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Görüldüğü üzere Sözleşme çerçevesinde bağımsız bir hak olarak ya da özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde açıkça korunmayan bilgi edinme hakkı, AİHM tarafından diğer hakların konusu kapsamında yer alan menfaatlerin korunması bakımından zorunlu ve hayati olduğuna karar verilen durumlarda dolaylı olarak korunmaktadır. Yine Mahkeme Sözleşme’nin 8’nci maddesinde korunan özel yaşam hakkına dair pozitif yükümlülükler çerçevesinde kişilerin sağlığını tehlikeye sokan durumlara ilişkin bilgilerin elde edilmesinde Sözleşme’de güvence altına alınan bir hakkın korunması bakımından başvuranın bir menfaatinin bulunması durumunda, ilgili kayıtların kendisine verilmesi hakkını kabul etmiştir. İngiltere’de bir adada yapılan nükleer testler sırasında asker olarak görev yapan ve daha sonra lösemi olan başvurucu, adada bulunduğu sırada maruz kaldığı radyasyon seviyelerinin kayıtlarına erişmek istemiştir. Mahkeme, Devletin gerçekleştirdiği sağlık bakımından riskli ve tehlikeli faaliyetlere ilişkin bilgilere erişilmesini bu dava bakımından 8’inci maddede düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında incelemiştir¹⁴¹⁹.

1982 Anayasası 74’üncü maddesinde “herkesin bilgi edinme hakkını” tanımakta, özel hayata ve aile yaşamına saygı gösterilmesine ilişkin 20’nci maddeye 2010 yılında yapılan referandum sonucunda eklenen fıkrada ise “herkesin, kendisiyle ilgili kişisel

¹⁴¹⁸ *Gaskin v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83), parag. 49.

¹⁴¹⁹ *McGinley and Egan v United Kingdom*, (Appl. No: 21825/93 and 23414/94), 9 .6.1998, parag. 99-101.

verilerin korunmasını isteme hakkını güvence altına almaktadır. Hükme göre bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmesini de kapsar. Görüldüğü üzere çocuğun özel yaşama saygı hakkı kapsamında kalan kişisel verilere erişme hakkı, hem Anayasa hem de AİHS çerçevesinde korunmaktadır.

Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında velayet ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda, çocuğa davanın içeriğine ilişkin konularda danışmanlık ve hukuki yardım olanağı verilmesi, AİHS'nin aile yaşamına saygı hakkına ilişkin 8'inci maddesi ile adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı madde çerçevesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir. Nitekim AİHM bir boşanma davasında başvurusunun ekonomik gücünün yetersizliği nedeniyle kendisini bir avukat aracılığıyla temsil ettirememiş olması nedeniyle yargılamaya etkili olarak erişememesinin, adil yargılanma hakkı yanında Sözleşme'nin 8'inci maddesinde güvence altına alınan hakların ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü davada, -Sözleşme'de adil yargılanma hakkı kapsamında yalnızca ceza davalarında avukat yardımından yararlanma hakkı tanınmış olmasına rağmen-, başvurusunun hukuk yardımından yararlanmamasının mahkemeye etkin olarak erişmesine engel olduğu ve böylece aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir¹⁴²⁰.

Çocuğun görüşünü ifade etme hakkını düzenleyen anayasalar, yaşı ve olgunluk derecesi göz önünde bulundurularak çocuğun görüşüne gereken önemin verileceğini hüküm altına almışlardır¹⁴²¹. Görüşünü ifade etme hakkı tanınması, bu görüşe alınacak kararı etkileme olanağı verilmediğinde, çocuğun hukuk önünde eşit korunan özerk bir

¹⁴²⁰ Çocuğun görüşünün yargılama süreçlerinde alınması konusu, aynı zamanda adil yargılanma hakkının temel bir unsuruna karşılık gelmesi nedeniyle, bu çalışmanın “çocuk haklarının korunması” başlığı çerçevesinde etraflıca incelenmesi gerekli görülmüş, şimdilik sadece işaret edilmekle yetinilmiştir.

¹⁴²¹ Belçika AY. md. 22, İrlanda AY. md. 42A-4, Ermenistan AY. md. 37, Finlandiya, 2. Kısım, 6. bölüm.

kişi olarak tanınması anlamına gelmeyecektir. Çocuğun görüşünü ifade etme hakkı, yalnızca seslerinin duyulması olanağı sunmayı amaçlayan bir hak değildir. Çocuğun görüşüne, çocuğu ilgilendiren kararın alınması sürecinde hukuki değer atfedilmesi ile anlam kazanacak bir haktır. Çocuğun özerk bir özne olarak kabulü, çocuğun görüşünün hukuk önünde etken olarak kabul edilmesini gerektirir. Bu konuda Polonya Anayasası, çocuğun görüşünü ifade etme hakkını tanıyan anayasalar içerisinde, çocuğun görüşüne en yüksek değeri atfeden anayasa olarak değerlendirilmeyi hak etmektedir. Nitekim çocuğun haklarını gerçekleştirmek üzere kurulan kamu organlarının, çocuğun görüşlerini dikkate almak ve mümkün olduğunca çocuğun görüşüne öncelik vermekle yükümlü olduklarını hüküm altına almıştır (md. 72/3).

AİHM ve Anayasa Mahkemesi de çocuğa ilişkin kararların alınması aşamasında çocuğun görüşünün alınmamış olmasının ilgili hakkın ihlaline yol açacağını kabul etmektedir. AİHM özellikle aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde velayete ve ana baba ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların alınmasında çocuğun üstün yararı ilkesinin çocuğun görüşlerine başvurulmasını gerektirdiğini kabul etmekte, çocuğun görüşünün alınmamasının ilgili hakkın ihlaline yol açacağını ifade etmektedir¹⁴²² *Mustafa ve Armağan Akın* davasında AİHM, velayet davalarında yalnızca çocuğun üstün yararına önem verilmesine değil, aynı zamanda çocukların görüşlerinin alınması gereğine de vurgu yapmıştır¹⁴²³. AİHM, *Sommerfeld v. Germany* davasında çocuğun çıkarlarıyla ebeveynlerin çıkarları arasında adil bir denge kurmasını ve menfaatlerin dengelenmesinde çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiğini vurguladıktan sonra, 13 yaşında olan bir çocuğunun babası ile kişisel ilişki kurmak istemediğini açıkça ve ısrarlı bir şekilde ifade etmesi üzerine çocuğu istemediği halde

¹⁴²² *İlker Ensar Uyanık v. Turkey*, (Appl. No: 60328/09), parag. 53; *M. and M. v. Croatia*, (Appl. No. 10161/13), 03.12.2015, parag. 171-172.

¹⁴²³ *Mustafa and Armağan Akın v. Turkey*, (Appl. No: 4694/03), parag. 24.

babasıyla görüşmeye zorlamanın onun psikolojik ve duygusal dengesini bozacağı gerekçesiyle kişisel ilişki tesis etmeyi reddeden ulusal mahkeme kararını, AİHS'nin 8'inci maddesi ile uyumlu olduğunu değerlendirmiştir¹⁴²⁴.

Anayasa Mahkemesi, velayet ve kişisel ilişki tesisi kararında kendini ifade edebilecek durumda olan çocuğun istek ve söylemlerinin dikkate alınmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Düzenlenen uzman raporlarında da çocuğun annesinin yanında kendisini daha mutlu ve huzurlu hissettiğini açıkça ifade ettiğinin tespit edildiğine işaret ederek, çocuğun velayeti konusunda isteğinin dikkate alınmasını Anayasanın 20 ve 41'inci maddelerinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerden biri olarak değerlendirmektedir¹⁴²⁵.

ÇHS “görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun” katılım hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Çocuklar çok erken dönemlerden itibaren içinde bulundukları ortamla etkileşim hâlindeyler ve içinde bulundukları şartlar hakkında sözel olmasa bile kendilerine özgü yöntemlerle duygularını ifade etmektedirler. Araştırmalar, çocukların kendilerini sözel olarak ifade edemediği dönemlerde bile görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduklarını ortaya koymaktadır¹⁴²⁶. Komite, ilkenin çok küçük yaştaki çocukların tercih ve görüşlerini ortaya koyabilmelerinin oyun, beden dili, yüz ifadeleri, çizim ve resim gibi sözel olmayan iletişim biçimlerinin değerlendirilmesini gerektirdiğini ifade etmektedir. Ayrıca özellikle devletlerin azınlık statüsünde bulunan ve yerli halklara mensup ya da göçmen çocuklar gibi çoğunluk dilini konuşmayan çocukların görüşlerini ifade etme hakkını tanımak için önlemler almakla yükümlü olduklarını kabul

¹⁴²⁴ *Sommerfeld v. Germany*, (Appl. No: 31871/96), parag. 65.

¹⁴²⁵ *M.M.E. ve T.E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 27.

¹⁴²⁶ Gerison LANSDOWN, “The Realisation of Children’s Participation Rights”, içinde: Barry PERCY-SMITH – Nigel THOMAS, **A Handbook of Children and Young People’s Participation, Perspectives from Theory and Practice**, Taylor & Francis e-Library, 2009, ss.11-22, s. 12.

etmektedir¹⁴²⁷. Bu nedenle çocuğun görüş oluşturabildiği ancak iletişim kuramadığı veya çocuk bu konuda karar verebilmek için henüz tam olarak olgunlaşmadığı durumlarda bile bu hakka sahip olduğu kabul edilmeli ve “çocuğun yaşı ve olgunluğuna göre görüşleri” dikkate alınmalıdır¹⁴²⁸. Diğer bir deyişle çocuğun açıkça kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olmadığı kabul edilebilecek durumlar dışında, görüşleri dikkate alınmalıdır.

Komite, “görüş oluşturma yetkinliği”ne yapılan atfın bir sınırlama olarak değil, mümkün olduğu ölçüde çocuğun özerk bir görüş oluşturma yetkinliğinin değerlendirilmesi için bir yükümlülük olarak kabul edilmesi gerektiğini, çocuğun kendi görüşlerini ifade etme yeteneğine sahip olmadığı varsayımı ile işe başlanamayacağını vurgulamaktadır¹⁴²⁹. Dolayısıyla çocuğun görüşünü oluşturma yetkinliğine sahip olduğu karine olarak kabul edilmelidir. Çocuk bu yetkinliğe sahip olduğunu ispatlamak durumunda bırakılmamalıdır.

Devlet görüşlerini iletmede zorluklar yaşayan çocuklar bakımından da bu hakkın uygulanmasını sağlama yükümlülüğü altındadır. Komite, engelli çocukların görüşlerini ifade etmelerini kolaylaştırmak için gerekli her türlü iletişim biçimi ile donatılması ve bunları kullanmalarına olanak tanınmasının devletin yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir. Azınlık, yerli halklara mensup ve göçmen çocukların, çoğunluğun dilini konuşmayan çocukların, küçük çocukların, bir suç işlediği iddia edilen çocukların, cinsel istismar, şiddet veya diğer kötü muamele mağduru çocukların görüşlerini ifade etme hakkının yaşama geçirilmesi bakımından yükümlülüğün kapsamı genişlemektedir¹⁴³⁰.

¹⁴²⁷ CRC/GC/12, parag. 21.

¹⁴²⁸ CRC/C/GC/7/Rev.1, parag. 14.

¹⁴²⁹ CRC/GC/12, parag. 20.

¹⁴³⁰ CRC/GC/12, parag. 21.

Çocuğun görüşlerine “çocuğun yaşına ve olgunluğuna göre gerekli önemin verilmesi” hükmü, çocuğun olgunluğunun değerlendirilmesi yükümüne işaret etmektedir. “Çocuğun olgunluk seviyesi”, çocuğun görüşlerine verilecek ağırlığın belirlenmesi için değerlendirilmesi gereken yetkinliğini ifade eder. “Olgunluk” belli bir konunun anlam ve sonuçlarını anlama ve değerlendirme yetisi anlamına gelmektedir. Komite olgunluğun, “bir çocuğun konu hakkındaki görüşlerini makul ve bağımsız bir şekilde ifade etme yetkinliği” anlamına geldiğini ifade ederek, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi ve ayrıca konunun çocuk üzerindeki etkilerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmektedir¹⁴³¹. Bunun bir sonucu olarak her somut olay bakımından “gerekli olgunluk seviyesi” farklılık gösterir. Gerek Anayasa Mahkemesi, gerek AİHM çocuğun görüşlerini değerlendirirken çocuğun yaşını ve olgunluğunu dikkate almakta ve görüşlerini bağımsız olarak açıklama yetkinliğine atıf yapmaktadır¹⁴³². Mahkeme, ebeveynin çocukla kişisel ilişkileri düzenlenirken yaşı ve olgunluğu ölçüsünde çocuğun dinlenilmesi ve görüşlerinin dikkate alınmasını gerekli görmektedir.

AİHM aile yaşamına saygı hakkına ilişkin davalarda, çocuğun olumsuz bir görüş ifade etmiş olmasını karara varırken tek başına dikkate almamakta, çocuğun görüşüne verilecek ağırlığı belirlemek üzere çocuğun yaş ve olgunluk seviyesinin de göz önünde bulundurulmasını gerekli görmektedir¹⁴³³. Anayasa Mahkemesi de çocuğun söylemlerinin dikkate alınabileceği belirli bir olgunluk düzeyine ulaşmış olduğunun değerlendirildiği durumlarda, üstün menfaatine aykırı olmamak koşulu ile kişisel ilişki sürecinde çocuğun istek ve söylemlerinin de dikkate alınmasının söz konusu hakkın usuli

¹⁴³¹ **CRC/GC/12**, parag. 30.

¹⁴³² *K. and T. v. Finland* (Appl. No: 25702/94); *M. and M. v. Croatia* (Appl. No. 10161/13), parag. 171, 172.

¹⁴³³ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 61.

boyutunun bir gereği olduğunu ifade etmektedir¹⁴³⁴. Her iki Mahkeme de çocuğun yaş ve gelişim seviyesine göre çocuğun görüşüne verilecek önemin tespit edilmesini, çocuğun kararının üstün menfaatlerinin gerekleri ile çatışmaması gerektiğini kabul etmektedir.

Çocuğun görüşünün dikkate alınması ve gereken önemin tanınmasında yaşı ve olgunluk seviyesinin birlikte göz önünde bulundurulması gerekmektedir. “Çocuğun gelişen yeteneklerine” yapılan atıf, çocuk hakkında karar verilirken çocuğun gelişim seviyesinin göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Böylece belli bir yaş sınırının geçilmesi ile kazanılabilen ve kişinin bireysel gelişim seviyesinin göz önünde bulundurulmasını kabul etmeyen “sabit rüşt” anlayışının aşılaraq, “dinamik rüşt” yaklaşımı olarak ifade edilebilecek çocuğun bireysel gelişim seviyesinin ve yetkinliğinin her somut olayda değerlendirilmesi gerektiği savunulabilir.

AİHM, velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin kararlarda çocuğun menfaatlerini de göz önünde bulundurarak çocuğun görüşlerini bağlayıcı kabul etmekteyken, aile yaşamına saygı hakkı dışında kalan haklara ilişkin konularda çocuğun görüşlerini aynı şekilde bağlayıcı olarak değerlendirmemektedir. Nitekim o zaman yürürlükte olan Danimarka yasaları uyarınca velayet kendisinde olan annenin talebi üzerine tedavisi için hastaneye yatırılmasının, kişinin hukuka uygun bir karar olmaksızın tutulamaması güvencesini düzenleyen Sözleşme’nin 5’inci maddesinin ihlali olduğu iddiasını ele alırken, velayet hakkı çerçevesinde çocukların bu türden kurumlara yerleştirilmelerine karar verilebileceğini, bu kararların hareket özgürlüğünü ve diğer konularda özgürlüklerini sınırlayabileceğini vurgulamış ve bir çocuğun annesinin talebiyle tıbbi tedavi amacıyla hastaneye yatırılması yetkisinin ebeveynlerin çocuklarına karşı ebeveyn olmaktan kaynaklanan yetkilerinin kapsamında yer aldığını ve özellikle 8’inci maddesi ile korunduğunu kabul etmiştir¹⁴³⁵. Mevcut davada durumunu anlayabilen ve görüşünü

¹⁴³⁴ *M. M. E. ve T. E. Bşvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 134.

¹⁴³⁵ *Nielsen v. Denmark*, (Appl. No: 10929/84), 28.11.1988, parag. 65.

net olarak ifade edebilen, yeteri ölçüde olgun kabul edilebilecek 12 yaşındaki bir çocuğun psikiyatri servisinde yatış ve tedavi sorunlarına ilişkin görüşlerinin belirleyici olamayacağını ifade etmiştir¹⁴³⁶. Davayı 5'inci madde çerçevesinde ele almayı reddetmiştir. Ancak AİHM'nin 28.11.1988 tarihinde henüz ÇHS'nin kabul edilmediği bir dönemde görülen bu davada benimsediği yaklaşımını, aile yaşamına saygı hakkına ilişkin kararlarında benimsemiş olduğu ve günümüzde ebeveynin çocuk üzerindeki yetkilerinin mutlak olarak kabul edilemeyeceği ve çocuğun menfaatlerine uygun olarak kullanılması gereken yetkiler olduğu yönündeki kararları göz önünde bulundurulduğunda, revize etmesi beklenebilir.

İlkenin yaşama geçirilmesi için çocuğun görüşünü oluşturmaya ve ifade etmesinin sağlanmış olması yeterli değildir. Komite sadece ifade etme yetkisi tanınmasının yeterli olmadığını, çocuk kendi görüşlerini oluşturabilecek durumda olduğunda çocuğun görüşlerinin ciddi bir şekilde dikkate alınması gerektiğini öngörmektedir. Çocuğun görüşüne saygı ilkesi, çocuğun kendisini etkileyen bir kararın alınması sürecinde ya da bir davada, görüşlerini açıklama, iletme ve bunlara gerekli ağırlığın verilmesi hakkı olan bir "kişi" olduğu kabulüne dayanmaktadır. Çocuğun görüşlerine gelişim seviyesine uygun gereken önemin verilmesi, çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine, diğer bir deyişle konu hakkında bir kanaate sahip olduğunun değerlendirildiği durumlarda, görüşüne "uygun ağırlık verilmesi"ni (due weight) gerektirmektedir¹⁴³⁷. Çocuk hakkında karar verme yetkisine sahip kişi ya da makamlar, çocuğun görüşlerini, sorunun çözümünde önemli bir etken olarak göz önünde bulundurmalıdır. Dolayısıyla çocuğun görüşüne, yaşı ve olgunluk seviyesine göre uygun önemin verilmesi hakkı, çocuk hakkında karar vermeye yetkili makamların çocuğun yetkinliği ölçüsünde, çocuk

¹⁴³⁶ *Nielsen v. Denmark* (Appl. No: 10929/84), parag. 71.

¹⁴³⁷ **CRC/GC/12**, parag. 28.

üzerinde sahip oldukları karar hakkı ya da yetkisinin daralmasının kabulü anlamına gelmektedir¹⁴³⁸.

Ana babanın çocuk üzerindeki yönlendirme ve rehberlik etme yetkisinin, çocuğun gelişen yaş ve olgunluğu ile uyumlu olarak kullanılması hakkının kabul edilmesi ile birlikte, ana babanın çocuk üzerindeki yetkilerinin, baba (parents patriae) otoritesinden kaynaklandığı yaklaşımı reddedilmiştir. Aksine çocuk üzerindeki yetkilerin ebeveyn olmaktan kaynaklanan hak ve görevler (hak-yüküm) olduğu, devletin bu yetkileri çocuğun haklarına uygun olarak kullanılmasını sağlama konusunda sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir¹⁴³⁹. Bu noktada çocuğun üstün yararı ilkesi ile çocuğun gelişen olgunluğu ile orantılı olarak görüşlerine saygı gösterilmesi hakkı keşismektedir.

ÇHS'nin 5'inci maddesi devletlerin, Sözleşme'de tanınan haklarını kullanmasında çocuğu yönlendirme ve rehberlik etme konusunda anne-babanın, vasilerinin veya yerel geleneklere göre genişletilmiş aile ya da topluluğun üyelerinin sorumluluklarına, haklarına ve görevlerine saygı yükümünü düzenlemektedir. Sözleşmede çocuğun “gelişen olgunluk seviyesi”ne atıf yapılan hükümlerde (md. 5 ve 14), çocuğun bilgi, deneyim ve kavrama yeteneğinin eksikliği ölçüsünde meşru kabul edilebilecek ve çocuğun gelişmekte olan olgunluk seviyesi ile sınırlanmış bir yönlendirilme ve rehberlik edilme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Komite, çocuğun deneyim ve kavrama yeteneğinin gelişmesi ile orantılı olarak, ebeveyn, vasi ya da çocuğun bakım ve gözetimi ile yetkili diğer kişilerin yönlendirme ve rehberlikte bulunma yetkilerinin, tavsiyede bulunma ve dikkatini çekme yetkisine dönüşmesi ve giderek eşit bir zeminde görüş alışverişinde bulunmak biçiminde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁴⁰. Başka bir

¹⁴³⁸ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 50; SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 151, 250.

¹⁴³⁹ USTA, *Çocuk Hakları ve Velayet*, s. 19; SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, s. 253.

¹⁴⁴⁰ CRC/GC/12, parag. 84.

deyişle, çocukların olgunluk düzeyleri geliştikçe, onları etkileyen konularda artan oranda karar almaya hak kazandıkları kabul edilmelidir.

Öğretide çocuğun gelişen olgunluğu ile orantılı olarak çocuğun iradesine tanınan önemin giderek artması biçimindeki yaklaşımın, aksi ispatlanmadıkça çocukların hakları kullanmaya ehil olduklarının kabul edilmesini gerektirdiği ifade edilmektedir¹⁴⁴¹. Bu ilke, çocuğun kural olarak ehliyetsiz olduğu karinesi yerine, yaş ve gelişim seviyesine bağlı olarak ehliyet sahibi olduğunu ifade etmekte ve böylece ispat yükünü çocuğun hakları kullanma yetkisinin bulunmadığını iddia eden tarafa geçirmektedir¹⁴⁴².

İlke, her durumda çocuğun görüşleri doğrultusunda karar alınması anlamına gelmemektedir. Çocuğun menfaatleri ile çocuğun görüşünün dengelenmesini gerektiren bir ilkedir. Çocuğun görüşüne saygı ilkesi, çocuğun kendi hukukuna ilişkin bağımsızca karar verebilmesi (self-determination) anlamına gelmemekte, çocuğun karar alma sürecine dâhil olmasını gerektirmektedir. “Yetkinliğinin gelişim düzeyi”; çocuğun bağımsızlığını, kendini ifade etme hakkını sınırlandıran, geleneksel olarak çocukların henüz olgunlaşmamış olmalarına ve sosyalleşme gereksinimlerine işaret ederek gerekçelendirilen korumacı paternalist uygulamaların dayanağı olarak değil, çocuğun kendi kararlarını alma yetkisi kazanması sürecini desteklemeyi amaçlayan ve kendi kararlarını alma yetkinliğine sahip tam donanımlı bir yetişkin olmasını güçlendiren bir ilke olarak değerlendirilmelidir. Ana babalar ve çocuk hakkında karar alan diğer kişiler “yönlendirme ve rehberlik” görevlerini, çocuğun özerkliğini onaylayan bir tutum çerçevesinde, katılım, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü dâhil, haklarını yaşama geçirecek şekilde sonuca ulaşmalıdır¹⁴⁴³. Diğer yandan ilke, çocuğun sahip olduğu

¹⁴⁴¹ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 50; RODHAM, “Children under the Law”, s. 17; WALD, “Children’s Rights: A Framework for Analyses”, s. 268; VERHELLEN, “Changes in the Images of the Child”, s. 82.

¹⁴⁴² BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 51.

¹⁴⁴³ CRC/GC/12, parag. 17.

korunma, gelişiminin desteklenmesi ve katılımının sağlanması haklarının her bir çocuk bakımından sahip olduğu ağırlığın, çocuğun gelişen yetkinlik seviyesine bağlı olarak farklılaşmasını gerektirmektedir¹⁴⁴⁴.

Çocuğun görüşüne gereken önemin verilmesi ilkesinin bir gereği olarak çocuğun iradesine bağlayıcılık tanınması gereken durumların kabul edilip edilemeyeceği konusu üzerinde de durulması gerekmektedir. Sözleşme'nin yaklaşımında çocuğun görüşüne yaş ve olgunluk seviyesine göre gereken önemin verilmesi ilkesinin çocuğun iradesine mutlak suretle bağlayıcılık tanımayı (self-determination) amaçlamadığı ifade edilmişti. Diğer yandan Sözleşme çerçevesinde, çocuğun görüşüne verilecek önem, çocuğun hukukuna ilişkin her konu bakımından aynı ağırlığa sahip değildir. Sözleşme, çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin genel ilkenin dışında, çocuk bakımından özel önem taşıyan bazı durumlarda çocuğun rızasının alınması zorunluluğunu ayrıca düzenlemektedir. Nitekim Sözleşme çocuğun, ana babasından ayrılma sonucunu doğurabilecek süreçlerde işleme katılma ve görüşünü bildirme hakkını (md. 9), evlat edinme kararlarında ise onayının alınmasını (md. 21), özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğun itiraz hakkını (md. 37) ve ceza yasasını ihlal ettiği ileri sürülen çocuğun duruşmalarda aktif olarak bulunma hakkını (md. 40) özel olarak düzenlemiştir. Türk hukuku bakımından da çocuğun tek başına nafaka davası açabileceğine ilişkin hüküm (MK. md. 329) ile “ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlât edinilemez” hükmünde olduğu gibi açıkça çocuğun rızasına (görüşüne) bağlayıcılık tanınan durumlardan söz etmek mümkündür.

Çocuğun gelişen yetkinliğinin dikkate alınması ilkesi, yalnızca aile hukukunda velisi, vasisi ya da yasal olarak bakımı ve gözetimi ile yetkili diğer kişileri değil, çocuk hakkında karar vermekle yetkili tüm mercileri bağlamaktadır. 12'nci maddenin ikinci fıkrası, taraf devletleri, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari işlemde çocuğun ya

¹⁴⁴⁴ Aynı görüşte, BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 50.

doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı tanımakla yükümlü tutmaktadır¹⁴⁴⁵. Bu nedenle ilkenin kişisel ilişki kurulması kararlarının yanı sıra, çocuğun koruyucu aile yanına ya da bir kurum bakımına alınması kararları, bireysel tıbbi müdahale kararları, okullarda çocuğun şahsı ile ilgili kararların alınmasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Komite bireysel işlemlerin yanı sıra çocuğa ilişkin genel nitelikli kararların alınmasında da grup olarak çocukların katılımının sağlanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁴⁶.

İlke devlet ve ebeveyne farklı nitelikte yükümlülükler getirmektedir. Ebeveyn bakımından çocuğun gelişen yetkinliğine saygı duyulması ilkesi, yönlendirme ve rehberlik etme yetki/yükümünün yerine getirilmesinde, çocuğun gelişen yetkinliğinin göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. İlke, gelişmekte olan yetkinlikleri ile orantılı olarak çocukların sorumluluk alabilmeleri için karar verme yetkinliklerini desteklemeyi amaçlamakta ve çocuğun yetkinliğinin gelişimi ile uyumlu olarak ebeveynin yönlendirme ve rehberlik etme yetki/yükümlülüklerinin aşamalı olarak azalmasını ve yerini eşit zeminde görüş alış verişinde bulunma yükümlülüğüne bırakmasını gerektirmektedir¹⁴⁴⁷.

İlke devlet bakımından ise, çocuk hakkında karar alınırken çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerine önem verme yükümü getirmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğa ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi olanağı verilmesi hakkı ayrıca düzenlenmiştir. Sözleşme iki ayrı maddesinde

¹⁴⁴⁵ Resmi tercümede “kavuşturma” ibaresi tercih edilmekle birlikte, Sözleşme’nin orijinal metninde yer alan “proceedings” kelimesi; adli muamele, yargılama anlamı yanında, belli bir usule bağlı bir dizi etkinlik, işlemi ifade etmektedir. Dolayısıyla kelimenin belli bir yargısal işlemde daha geniş bir anlama sahip olduğu ifade edilmelidir. Bkz: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/proceedings> (erişim tarihi: 30.3.2019). Komite, ilkenin hukuk ve ceza uyumsuzlukları yanında çocuğa ilişkin idari kararların alınması sürecinde de göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. CRC/GC/12, para. 50-67.

¹⁴⁴⁶ CRC/GC/12, parag. 86-88.

¹⁴⁴⁷ CRC/C/GC/12, parag. 84.

daha çocuğun hukuk yollarına başvurma ve hukukun korumasından eşit olarak yararlanma hakkının özel bir görünümü olan hukuki işleme katılma ve görüşünü ifade etme ile yasal prosedürlere başvurma hakkını tanımaktadır. Nitekim 9’uncu maddesinde, çocuğun ailesinden ayrılması sonucunu doğurabilecek yargısal ya da idari işlemlerde çocuğun görüşünün alınması hakkı tanınırken, 37’nci maddede, özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğa bu işleme karşı itiraz yollarına başvurma hakkı tanınması devletlere bir sorumluluk olarak yüklenmiştir. Sözleşme’nin ifadesi ile özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuk, *“özürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahiptir.”*

Görüldüğü üzere AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından yalnızca velayete ve çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlarda aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin bir gereği olarak uygulanan ilkenin, anayasada yer alan her bir hakkın çocuklar tarafından kullanılmasında göz önünde bulundurulmasını gerektiren daha geniş bir anlamı vardır.

D. Çocuğun Yaşama, Hayatta Kalma ve Gelişmesi İçin Azamî Çabanın Gösterilmesi İlkesi

ÇHS’nin 6’ncı maddesi, her çocuğun “doğuştan gelen” (inherent) yaşam hakkına sahip olduğunu kabul etmekte ve taraf devletlerin çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı göstermekle yükümlü olduklarını düzenlemektedir. Çocuğun yaşama, hayatta kalma ve gelişme hakkı, çocuğun yaşaması ve bedensel, zihinsel, ahlâki, psikolojik olarak gelişmesi, kendi bireysel yaşamını sürdürmeye hazırlanması için elverişli bir ortamın mümkün olan en üst seviyede sağlanmasını konu alan tedbirler alınmasını gerektirir.

Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde çocuğun yaşama hakkı ve gelişme hakkı iki ayrı fıkra olarak düzenlenmiştir. Yaşama hakkını düzenleyen AİHS'nin 2'nci maddesinin aksine burada kısıtlama sebebine yer verilmemiştir. Bu nedenle, çocuğun yaşama hakkının mutlak bir hak olduğu söylenebilir. Nitekim yaşam hakkının koruması çocuklar bakımından genişlemiştir. Ulusalüstü hukuk, çocukların idam cezasını çarptırılmayacağını ve hamileliği süresince anneye idam cezasının uygulanamayacağı mutlak bir hak olarak düzenlemiştir.

Yaşam hakkı en eski doğal haklardandır. Diğer hakların temeli ve öncüsüdür. Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ile Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden bu yana evrensel olarak kabul gören anayasal haklardan biridir. Yaşam hakkı, ulusalüstü hukuk tarafından da korunmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3'üncü maddesinde vazgeçilmez ve doğal bir insan hakkı olarak tanınmıştır. Buna göre “*Herkes yaşam, özgürlük ve kişiliğini koruma hakkına sahiptir*”. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de aynı ilkeyi tanımaktadır: “*Her insanın yaşam hakkı vardır. Bu hak yasalarla korunur. Kimse keyfî biçimde yaşam hakkından mahrum bırakılamaz*”. Klasik haklardan olan yaşam hakkı, kişiyi fiziki ve manevi varlığına son verecek kamu otoritesi müdahalelerinden korur. Bu türden müdahalelerin özel kişilerden gelmesi durumunda da devletin bu ihlalleri önleme ve müyyidelendirme ödevi bulunmaktadır.

Yaşam hakkının ilk olarak öldürme yasağı getirdiği açık olmakla beraber devlete kişilerin yaşam hakkını korumak biçiminde pozitif bir ödev de getirdiği kabul edilmektedir¹⁴⁴⁸. Devletin yaşam hakkını koruma amaçlı pozitif yükümlülükleri, kişileri haksız öldürmelerden korumak, hayat hakkından yoksun bırakılma durumunda etkin bir soruşturma yapmak şeklinde kendini göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre yaşam hakkı, taraf devletlere negatif ve pozitif yükümlülükler

¹⁴⁴⁸ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 272.

yüklemektedir. Negatif yükümlölük, devletlerin haklı bir neden olmadan hiç kimseyi öldürmemelerini ifade ederken, pozitif yükümlölükler ise, kendi yetki alanlarında yaşayan insanların yaşam hakkını korumak üzere gerekli tedbirleri almalarını ve hayat hakkından yoksun bırakılma durumunda etkin bir soruşturma yapmalarını gerektirmektedir.

Bakım evinde kalan çocukların yaşama hakkının korunması ile ilgili AIHM'in *Nencheva et autres c. Bulgarie*, kararı önemlidir. Karara konu olan olayda, Dzhurkovo bölgesinde bulunan fiziksel ve zihinsel engelli gençlere yönelik bir bakım evinde, yiyecek, ilaç, temel ihtiyaç sıkıntısı ve soğuk nedeniyle 1996 yılının Aralık ayı ile 1997 yılının Mart ayı arasında on beş çocuk ve genç yetişkin hayatını kaybetmiştir. Bakımevinin müdürü, söz konusu sorunları gözlemleyerek, bakımevine fon sağlamada doğrudan yetkili olan ve harekete geçmesi beklenen tüm kamu kurumlarını birçok kez uarmaya çalışmış ancak başarılı olamamıştır. Mahkeme, yetkililerin koruyucu tedbir alma yükümlölüklerine ilişkin olarak, yurt sorumlusunun yetimhanedeki koşullara dair uyarılarına birkaç ay boyunca yanıt vermemeleri ve hızlı ve uygun tıbbi yardımın açıkça sağlanmamış olması gibi, dava dosyasında yer alan çok sayıda unsurdan hareketle, yetkililerin, söz konusu kişilerin yaşamlarına yönelik gerçek ve yakın tehlikeye dair kesin bilgi sahibi olmalarına rağmen, ölümlerin önüne geçmek için hızlı, pratik ve yeterli tedbirler almamış oldukları kanaatine ulaşmış ve devlet bakımı altındaki çocukların yaşamlarını ciddi ve acil tehditten koruma görevlerini yerine getiremedikleri gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin (yaşam hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Yetkililerin, oldukça istisnai koşullar altında gerçekleşen ölümlere ilişkin resmi olarak etkin bir soruşturma yürütmemiş olmaları da yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme, yürütölen soruşturmanın, ölümlerin gerçekleşmesinde payı bulunan tüm faktörlerin belirlenmesindeki ve sistemin çocukların yaşamlarına ve

sağlıklarına yönelik tehlikeye hızlı ve uygun bir yanıt vermedeki başarısızlığının yaşam hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir¹⁴⁴⁹.

Çocukların “kaybedilmeleri” yaşama ve gelişme hakları bakımından en önemli tehditlerden biridir. İnsanların kasıtlı uygulama sonucunda “ortadan kaybolmaları” olgusu Birleşmiş Milletler Genel Kurul’nun ele aldığı konulardan biri olmuş ve 1992 yılında herkesin bu tür uygulamalardan korunmasıyla ilgili bir Bildirge benimsenmiştir¹⁴⁵⁰. Bu Bildirge’de, bu tür kayboluşların insanlık onuruyla bağdaşmadığı ve uluslararası hukuk kurallarının ihlali anlamına geldiği belirtilmiştir. Kişilerin kaybolması ile ihlal edilen hakların başında işkence ve diğer acımasız, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve cezaya maruz bırakılmama hakkı gelmektedir. Bu tür muameleler, aynı zamanda “yaşama hakkının ihlali ya da ciddi biçimde tehdit edilmesi” anlamına gelmektedir. Bildirge’nin 20’nci maddesi, ana-babaları yukarıda belirtilen biçimde ortadan kaybolan ya da anneleri ortadan kaybolmuşken doğan çocukların kaçırılmalarının önlenmesi ile ilgili hükümler içermektedir. Komite, devletlerin, kişilerin kaybolmalarının önlenmesine yönelik “somut ve etkili önlemler” almaları gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁵¹.

Çocuk Hakları Komitesi, güvenlik güçlerinin, polisin ve başkalarının çocukları hedef alan şiddet uygulamaları konusundaki endişelerini dile getirirken, yaşama hakkını ve diğer hükümleri öne çıkarmaktadır. Bu kapsamda Nijerya’da infaz görevlilerinin zor kullanımına aşırı ölçülerde başvurmalarını önleyecek güvencelerin ceza yasasında yapılan değişikliklerle zayıflatılması Komite tarafından endişe verici bir durum olarak nitelendirilmiş; bu düzenlemelerin yaşama hakkı dâhil olmak üzere çocuk haklarının

¹⁴⁴⁹ *Nencheva et autres c. Bulgarie*, (Appl. No: 48609/06), parag. 135-137, 141.

¹⁴⁵⁰ UN General Assembly, Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, 12.2.1993, **A/RES/47/133**.

¹⁴⁵¹ Human Rights Committee, General Comment No. 6, Article 6 (Right to life), içinde: **HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)**, s.177, parag. 4.

ihlâline yol açabileceği ve bu tür ihlâllere yol açanların kovuşturmaya uğramasını engelleyebileceğini ifade etmiştir¹⁴⁵².

Yaşam hakkından yoksun bırakma; infaz, kaybetme, işkence gibi eylemler yanında açlığın giderilmemesi, yaşamda kalmak için en temel ihtiyaçların karşılanmaması, temel sağlık hizmetlerine erişimin sağlanmamasından kaynaklanır¹⁴⁵³.

Gerek anayasalarda gerekse ulusüstü insan hakları belgelerinde herkese tanınan yaşam hakkının korumasından çocukların da yararlanmalarında kuşku bulunmamaktadır. Ancak yaşam hakkı çocuklar bakımından belli açılardan farklı nitelik kazanmaktadır. Yetişkinler bakımından kural olarak devletin negatif bir tutumunu gerektiren yaşam hakkı, çocuklar söz konusu olduğunda öncelikle devletin pozitif edimlerini gerektiren bir hak niteliği kazanmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, özellikle yaşamın daha erken dönemindeki çocuklar bakımından yaşam hakkının daraltıcı bir yorumla ele alınamayacağını, bu hakkın korunmasının devletlerin pozitif yükümlülüklerini gerektirdiğini ifade etmektedir. Komite, bu bağlamda, taraf devletler'in özellikle yetersiz beslenme ve salgın hastalıkların ortadan kaldırılması dâhil olmak üzere, bebek ölümlerini azaltmak ve yaşam süresini uzatmak için mümkün olan her türlü önlemi almaları gerektiği görüşündedir¹⁴⁵⁴. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri tarafından yayınlanan 1997 tarihli *İnsan Hakları Raporları Elkitabı*'nda, devletler'in Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 6'ncı maddesini uygulamak üzere aldıkları önlemlerin "olumlu edim" niteliğinde olduğu, bu nedenle hakka ilişkin yükümlülüklerin, beklenen yaşam süresini uzatma, bebek ve çocuk ölümlerini azaltma, hastalıklarla mücadele etme

¹⁴⁵² Nijerya, RSG, Add.61, parag. 24.

¹⁴⁵³ F. MENGHISTU, "The Satisfaction of Survival Requirements", içinde: B. G. RAMCHARAN (ed.), **The Right to Life in International Law**, Martinus Nijhoff Publishing, Dordrecht – Boston – Lancaster, 1985, ss. 63-84, s. 63.

¹⁴⁵⁴ Human Rights Committee, General Comment No. 6, Article 6 (Right to life), içinde: **Human Rights Instruments**, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, 27.5.2008, **HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)**, s. 177, parag. 5.

ve sağlık koşullarını iyileştirme, yeterli besin ve temiz su sağlama gibi yollardan yaşamı korumak amacıyla alınması gereken tedbirleri içerdiği ifade edilmektedir¹⁴⁵⁵.

Hukukça yaşam hakkının pozitif edimler gerektiren boyutları olduğu kabul edilmekteyken, hayatta kalma hakkının, ayrı bir ocuk hakkı olarak düzenlenmesinin nedenleri, bu hakkın aynı zamanda kapsayıcı bir ilke olarak kabul edilmesinin nedenidir.

1. Çocuğun Hayatta Kalması İlkesi

Çocuklar bakımından yaşam hakkının, kasdi öldürme eylemleri nedeniyle değil de çocuğun hayatta kalması için gerekli şartların sağlanmamasından kaynaklandığı gerçeğinden hareketle çocuğun yaşam hakkı (right to life) yanında hayatta kalması için gerekli koşulların sağlanması hakkını (right to survival) da tanıımıştır. Yaşam hakkı kural olarak devleti kasdi öldürme eylemlerinden alıkoyan bir hak iken; yaşama ve hayatta kalma hakkı, çocuğun hayatta kalması ve sağlıklı gelişimini sürdürmesi için gerekli tüm önlemlerin alınmasını konu alan pozitif nitelikli bir haktır¹⁴⁵⁶. Bu hak çocuğun lmemesini sağlamayı konu almaktadır. Bu niteliğiyle hayatta kalma hakkı ve ilkesi, diğer tüm hakların bir bütün olarak uygulanmasını gerektiren ve devlete olumlu edimler yükleyen ekonomik, sosyal, kültürel hak niteliğindedir. Diğer yandan bu hak çocuğun hayatta kalması için “asgari düzeyde” en temel ihtiyaçların sağlanmasını konu aldığı için, devletin mali imknlarının yeterliliği lsnde gerçekleştirilebilecek bir hak da değildir. Devletin önceliklerini belirlerken, çocuğun hayatta kalması için alınması gereken tedbirlere mutlak öncelik vermesi çocuğun yaşam hakkının bir gereğidir. Bu niteliğiyle hak ÇHS’nin 27’nci maddesinde düzenlenen ve (sınırlayıcı olmamak üzere) “beslenme,

¹⁴⁵⁵ **HR/PUB/91/1(Rev.1)**, Manual on Human Rights Reporting, 1997, s. 424, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/manualhrren.pdf> (erişim tarihi: 30.3.2019).

¹⁴⁵⁶ HODGSON, “The Child’s Right to Life, Survival and Development”, s. 384; BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child** s. 293; Manfred NOWAK, **Article 6 The Right to Life, Survival and Development Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2005, s. 7, 8.

giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek” (ÇHS md. 27/3) sağlanmasını da içerdği kabul edilen “yeterli bir hayat seviyesi hakkı” (an adequate standard of living) (ÇHS md. 27/1) ile karşılaştırıldığında, yaşam hakkına ilişkin en temel ihtiyaçların karşılanmasına yönelmekte ve daha dar bir yükümlülüğe işaret etmektedir.

Çocukların hayatta kalma ve gelişme hakları, çocuğun maddi ve manevi varlığını korumayı konu alan sağlık hakkı, eğitim hakkı, yeterli beslenme ve barınma hakkı gibi sosyal nitelikli hakların yanı sıra, üçüncü kuşak haklar olarak sınıflandırılan ve “*İnsan, kendisine onurlu ve iyi bir yaşam sürdürmesine olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve tatmin edici yaşam koşullarına sahip olma temel hakkına sahiptir*” ifadeleri ile tanınan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı¹⁴⁵⁷ ile barış hakkı ve gelişme haklarının hiç birisi ihmal edilmeksizin tanınmış olmasını gerektirmektedir.

Görüldüğü gibi çocuğun hayatta kalma hakkı (right to survival), yaşam hakkını içeren ancak ondan daha geniş bir korumayı kapsayan bir haktır. Bu niteliğiyle hakkın üçüncü kuşak haklar arasında yer alan boyutları da bulunmaktadır. ÇHS de çocuğun hayatta kalma hakkı ile yaşam hakkı arasındaki bu ayrımı vurgulamak üzere, 6’ncı maddesinde çocuğun yaşam hakkı ile hayatta kalma haklarını ayrı ayrı ele almıştır. Bu niteliğiyle çocuğun hayatta kalma hakkının tanınmış olması yeni bir hakkın kodifikasyonu anlamına gelmeyip, söz konusu devletin, çocuğun yaşam hakkı başta olmak üzere sağlık hakkı, eğitim hakkı, yeterli beslenme ve barınma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı¹⁴⁵⁸ ile barış hakkı ve gelişme haklarının bir bütün olarak gerçekleştirilmesi konusundaki yükümlülüklerini yerine getirme konusundaki güçlü taahhüdünün ilanı niteliğindedir.

¹⁴⁵⁷ 1972 Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucu kabul edilen Stockholm Bildirgesi.

¹⁴⁵⁸ 1972 Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucu kabul edilen Stockholm Bildirgesi.

Hayatta kalma hakkının hukukça tanınması, her bir çocuk hakkının bir diğerinden bağımsız olarak gerçekleştirilmesinin olanaksız olduğunun kabul edilmesi anlamına gelir. ÇHS, bebek ölümlerinin azaltılması, temel sağlık hizmetlerinin sağlanması, besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, toplum ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesi konusunda ebeveynin bilinçlendirilmeleri, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması (ÇHS md. 24/2), yeterli bir hayat seviyesi hakkı (an adequate standard of living) gibi çocuğun hayatta kalmasının desteklenmesini konu alan haklar yanında hayatta kalma hakkını ayrıca düzenlemiştir. Çocuğun hayatta kalmasını desteklemeye yönelik söz konusu haklar ile birlikte hayatta kalma hakkına ilişkin özel bir hükme ayrıca yer verilmesi, gerekli tüm önlemlerin bütüncül bir yaklaşımla alınmaksızın çocuk haklarının gerçekleştirilemeyeceğinin kabulünün göstergesidir. Dolayısıyla ilke çocuğun hayatta kalması için gerekli tüm önlemlerin bütüncül bir yaklaşımla gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.

Çocuğun yaşama, hayatta kalma hakkı, devletlerin çocuğun yaşaması ve sağlıklı gelişimini sürdürmesi için yerine getirmesi gereken pozitif edimlerin tamamını kapsamaktadır. Bu nedenle çocuğun yaşama hakkının pozitif hukuk tarafından tanınmış olması, sağlık hakkı, beslenme hakkı gibi çocuğun sağlıklı gelişimini ve mümkün olduğunca daha uzun süre hayatta kalmasını konu alan her bir çocuk hakkının bir diğerinden bağımsız olarak korunamayacağının kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Benzer biçimde kadınların okuryazarlık oranlarının artırılması da çocuğun hayatta kalması üzerindeki olumlu etkisi nedeniyle çocuğun hayatta kalma hakkı kapsamında gündeme gelen edimlerden¹⁴⁵⁹. Yoksulluk, aşırı nüfus yoğunluğu gibi daha büyük

¹⁴⁵⁹ Emine AKYÜZ, “Çocuk Hakları Sözleşmesinin Temel İlkeleri Işığında Çocuğun Eğitim Hakkı”, **Milli Eğitim Dergisi**, Sayı 151, 2001, s. 151, https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/akyuz.htm (erişim tarihi: 30.3.2019). Anne ve çocuk ölümlerinin önde gelen etkenlerinden birinin, annenin eğitim düzeyinin

ölçekli etmenler de çocuğun hayatta kalma ve gelişme hakkının gerçekleştirilmesini olumsuz etkilemektedir. Dolayısıyla bu hakların yaşama geçirilmesi, öncelikle sosyal, ekonomik, kültürel hakların gerçekleştirilmesi konusunda devletlerin olanaklarını var güçleriyle seferber etmelerini gerektirmektedir. Çocuğun hayatta kalma hakkı ulusal yargı makamları tarafında pozitif yükümlülük yükleyen haklardan olarak kabul edilmekte ve hükümetler çeşitli tedbirler almakla sorumlu kabul edilmektedir. Örneğin Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 27/2'nci maddesinde her vatandaşın hakkı olarak düzenlenen sağlık hakkının, kamu hastaneleri ve kliniklerini HIV/AIDS'in anneden çocuğa bulaşmasını önlemek için anti-retroviral ilaç sağlamak konusunda sorumluluk altına aldığını kabul etmiştir¹⁴⁶⁰.

2. Gelişme Hakkı/İlkesi

Gelişme, olanaklarını veya gücünü geliştirmek; aktif hale getirmek, ilerletmek, daha da artırmak anlamına gelir. Bir insan hakkı olarak gelişme hakkı, kişilerin, grupların ve halkların haklarından biri olarak, tüm insan haklarının gerçekleştirilmesine olanak verecek bir ekonomik, siyasal ve kültürel gelişmeye katkıda bulunmayı ve bu yöndeki gelişmeden yararlanmayı konu alan bir hak olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁶¹. Bu hakkın çocuklar da dâhil olmak üzere herkes için fırsat eşitliğinin sağlanmasını konu aldığı kabul edilmektedir¹⁴⁶².

Bir çocuk hakkı olarak gelişme hakkı, gelişmekte olan insanlar olarak çocukların (developing human beings) çocukluk döneminde gelişimlerinin desteklenmesini konu

düşüklüğü ya da hiç okuma yazma bilmemesi olduğu ortaya konmuştur. UNICEF tarafından yapılan bir araştırmaya göre, kız çocuklarının okullaşma oranındaki 10 puanlık bir artış sonunda bebek ölüm hızı binde 4.1 azalmaktadır. Bkz. The State of The World's Children 1999 : Education, United Nations Children's Fund, <https://www.unicef.org/sowc99/sowc99e.pdf> s. 7. (Erişim tarihi: 1.3.2019).

¹⁴⁶⁰ *Minister of Health v Treatment Action Campaign* (2002) 5 SA 721 (Constitutional Court) (S Afr).

¹⁴⁶¹ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 293.

¹⁴⁶² BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 294.

alan çocuk hakları kataloğunun kilit unsurlarından biridir. İsim benzerliğine rağmen “çocuğun gelişme hakkı”, üçüncü kuşak haklardan bir olan ve ulusların ya da halkların hakkı olarak siyasal ve ekonomik gelişmeyi konu alan hak ile farklı bir muhtevaya sahiptir¹⁴⁶³.

Bir çocuk hakkı olarak gelişme hakkı Milletler Cemiyeti Çocuk Hakları Bildirgesi’nde (1924) kökleri bulunan bir haktır. Bildirge’de “*Her çocuğa hem maddi hem de manevi olarak, normal gelişimi için gerekli olan araçlar verilmelidir*” ilkesi kabul edilmiştir. Bildirge, “normal gelişimin” kolaylaştırılması için gerekli araçların çocuğa sağlanması yükümlülüğünü tanımıştır. Ancak Deklarasyon, “normal gelişim” terimi ile ne kastedildiğini ve bu amaca ulaşmak için ne yapılması gerektiğini açıklamamaktadır. Bu niteliğiyle Bildirge, çocuğun temel ihtiyaçlarına veya aç olmama hakkı gibi haklarına değinmeden önce gelişme fikrini vurgulayan ilk uluslararası hukuk belgesidir. O zamandan beri, gelişme hakkını kabul etmek ve korumak, çocuk haklarını düzenleyen uluslararası belgelerin hükümlerinin temel taşı olmuştur.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi’nde de “*Çocuğa fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve sosyal olarak sağlıklı ve normal bir şekilde, özgürlük ve haysiyet koşullarında gelişmesini sağlamak için yasalar ve başka yollarla fırsatlar ve olanaklar sağlanacaktır.*” ilkesine yer verilmiştir. İlke, çocuğun “özel koruma” hakkına sahip olduğunu ve çocuğun “bedensel, ahlaki ve manevi olarak” gelişebilmesi için “yasalar ve başka yollarla” fırsat ve olanaklara sahip olmasını beyan etmektedir. Beyanname ayrıca, “sağlıkla büyüme ve gelişebilmesi” için çocuğun sosyal güvenlik hakkını (ilke 4), “tam ve uyumlu gelişimi” için ebeveynleriyle birlikte “sevgi ve anlayış” içinde yetişme hakkını (ilke 6), çocuğun sağlığına veya eğitimine zarar verebilecek veya fiziksel, zihinsel veya

¹⁴⁶³ Noam PELEG, “What Do We Mean When We Speak about Children’s Right to Development”, içinde: Farhad MALEKIAN – Kerstin NORDLÖF, (ed.), **The Sovereignty of Children in Law**, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2012, ss. 134-157, s. 134.

ahlaki gelişimine olumsuz etkileyebilecek şekilde çalışmaya zorlanmama hakkını (ilke 9) tanımaktadır.

1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara Dair Uluslararası Sözleşme de çocuğun gelişme hakkına yer vermiştir. Sözleşme'nin 12'nci maddesi herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarına sahip olma hakkını düzenlerken *“ölü doğum ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak”* konusunda doğrudan çocuklara özgülenmiş bir hakka yer vermiştir.

ÇHS ise Başlangıç kısmında *“çocukların gelişmeleri ve esenlikleri için doğal ortamı oluşturan ailenin toplum içinde kendisinden beklenen sorumlulukları tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli koruma ve yardımı görmesinin”* önemini *“Çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliğini”* vurgulamıştır. Sözleşme, çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın hak ve yükümlülüklerini (md 5, 14), ve her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine hakkını (md. 27) tanımaktadır. Ayrıca eğitimin amacının çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi olduğunu vurgulamaktadır (md. 29). 32'nci maddesiyle de sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını tanımaktadır.

Sözleşme'nin getirdiği yükümlülüklerin çoğu, özellikle sağlığa, yeterli yaşam standardına, eğitime, boş zamana ve oyuna ilişkin yükümlülükler ve çocuğun düşünce ve kanaat özgürlüğü, çocuğun gelişme hakkı ile ilgilidir. Çocuğun maddi ve manevi gelişiminin sağlanmasını konu alan haklar birbirini tamamlar niteliktedir ve ancak bir

bütün olarak uygulandıklarında çocuğun gelişiminin mümkün olan en üst düzeyde desteklenmesi hakkının yaşama geçirilmesini garanti edebilirler. Dolayısıyla bir çocuk hakkı olarak çocuğun gelişme hakkı, çocuğun gelişimin bütün yönlerinin desteklenmesini konu almaktadır.

ÇHS'nin 6'ncı maddesi, ikinci paragrafında yaşama hakkının ötesine geçerek çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için devletin “mümkün olan azamî çabayı göstermesi” yükümlülüğünü düzenlemektedir. Çocuğun hayatta kalması, sağlığı, moral ve sosyal esenliği birçok yönden birbirine bağlıdır. Çocuk Hakları Komitesi tarafından çocuğun yaşama hakkı ile hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabanın gösterilmesi ilkesini, Sözleşme’de tanınan tüm hakların yaşama geçirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken genel ilke olarak tanımlanmaktadır. Komite, çocuğun gelişimini, Sözleşme’de tanınan tüm hakları kapsayan bütüncül bir kavram olarak değerlendirdiğini vurgulamıştır. Sözleşme’nin birçok maddesi bir amaç olarak çocuğun gelişmesine atıfta bulunmakta ve o hakkın tanınmasındaki amacın, çocuğun gelişiminin mümkün olan en üst seviyeye çıkarılması olduğunu ifade etmektedir. Diğer maddeler, ana-babanın ve ailenin çocuğun gelişmesindeki başat rolünü ve Devlet’in onları bu yönde destekleme yükümlülüğünü vurgulamaktadır. Komite, hayatta kalma ve gelişme hakkının ancak bütüncül bir yaklaşımla; sağlık, yeterli beslenme, sosyal güvenlik, yeterli yaşam standardı, sağlıklı ve güvenli bir ortam, eğitim ve oyun (maddeler 24, 27, 28, 29 ve 31) dâhil olmak üzere Sözleşme’de yer alan diğer bütün hükümlerin uygulanmasıyla yaşama geçirilebileceğini vurgulamaktadır¹⁴⁶⁴. Şiddet ve sömürüden korunma da hayatta kalma ve gelişme hakkı açısından önemlidir.

Sözleşme’de tanınan her bir çocuk hakkı, “çocuğun hayatta kalma ve gelişme hakkı” ile bir biçimde ilişkilidir. Örneğin 27’nci madde uyarınca devletler “her çocuğun

¹⁴⁶⁴ CRC/C/GC/7/Rev.1, parag. 10.

bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ve toplumsal gelişimi açısından yeterli bir yaşam standardına ulaşma hakkını” (an adequate standart of living) tanımak durumundadırlar. Eğitim hakkının 29’uncu maddede belirtilen amaçları arasında “... *çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve fiziksel yeteneklerinin eksiksiz biçimde geliştirilmesi*” ve çocuğun “*özgür bir toplumda yaşantıyı sorumlulukla üstlenecek*” biçimde eğitilmesi yer almaktadır. 23’üncü madde ise, özürlü çocuklara ilişkin olarak, bu çocuklara yapılacak yardımların “*kültürel ve manevî gelişme dâhil, çocuğun mümkün olan en eksiksiz sosyal uyumu ve bireysel gelişimini sağlayacak biçimde*” yapılması gerektiğini belirtmektedir. Benzer biçimde çocukların yaşamlarının ve gelişimlerinin korunması yükümlülüğü çocukların her türlü şiddetten; işkence ve diğer insanlık dışı, acımasız ya da aşağılayıcı muamele ve cezalardan; ihmal veya istismar niteliğindeki muamelelerden korunmalarını gerektirmektedir. Çevre bakımından olumsuz yaşam koşulları da çocuğun yaşama ve gelişimlerinin korunması hakkını ihlal etmektedir.

Çocukların hayatta kalma ve gelişim hakkı ihlalleri ebeveynin ihmali, tecrübesizliği ya da yetersizliğinin yanı sıra çocuğun içinde bulunduğu sağlık, çevre, sosyal ve kültürel şartlardan da etkilenmektedir. Çocuğun mümkün olan en yüksek sağlık düzeyinde olması, kendisine mümkün olan en iyi tedavi ve rehabilitasyonun sağlanması hakkının tanınması ve güvence altına alınması; hiçbir çocuğun bu tür sağlık hizmetlerine erişim hakkından yoksun bırakılmaması; çocuğun hayatta kalma ve gelişme hakkı için azamî çaba gösterme ilkesi ile yakından ilgilidir¹⁴⁶⁵. Yine çocuklara ilişkin cinsiyete dayalı ayrımcılığı destekleyen geleneksel tutumlar, özellikle kız çocuklar bakımından erken yaşta evlilik geleneği, yalnızca tüm çocukların haklardan eşit olarak yararlanması hakkı ve ilkesi

¹⁴⁶⁵ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 15, The Right of the Child to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health (art. 24), 17.4.2013, **CRC/C/GC/15**, parag. 16-18.

bakımından ayrımcılık sorunu yaratmamakta, aynı zamanda 6'ncı madde gereğince hem çocuk-anne, hem de bebek bakımından yaşama ve gelişme hakkını tehdit etmektedir.

Çocuğun gelişmesi için azami çabanın gösterilmesi, tıpkı çocuğun hayatta kalma hakkının olduğu gibi, diğer hakların da mümkün olan en üst seviyede tanınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle çocuğun hayatta kalma ve gelişiminin en üst seviyede sağlanması hakkının, sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel etkenler göz ardı edilerek, salt hukuksal bir yaklaşımla ele alınamayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁶⁶. Çocuğun hayatta kalma ve gelişim hakkının mümkün olan en üst seviyede gerçekleştirilmesi ile ekonomik ve sosyal gelişmişlik arasında karşılıklı bir ilişki bulunmaktadır¹⁴⁶⁷.

Türk Hukuku bakımından Anayasanın herkesin temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğunu kabul eden Başlangıç kısmı ile 5'inci maddesi, *“Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”* ifadeleriyle Devletin gelişme hakkı konusundaki yükümlülüğünü açıkça düzenlemektedir. Ayrıca *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”* hükmüyle (md. 17/1) tanınan gelişme hakkı ile birlikte, *“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.”* (md. 56/2), *“Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden*

¹⁴⁶⁶ Rene-Jean DUPUY (ed.), **The Right to Health as a Human Right: Workshop, the Hague, 27-29 July 1978**, Martinus Nijhoff, 1979, s. 76'dan aktaran BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 294.

¹⁴⁶⁷ Ülkelerin gelişmişlik düzeyi ile ekonomik, sosyal hakların yerine getirilmesi arasında sıkı bir ilişki olduğunu yapılan çalışmalar ortaya koymuştur. Bkz UNICEF, **The State of the World's Children, 1988**.

ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır” hükmü (md. 59/1) ile eğitim hakkına ilişkin hükümler, devlete çocuğun yaşama ve gelişiminin sağlanması konusunda sorumluluk yüklemektedir.

IV. ÇOCUK HAKLARININ ÖZNESİ

Çocuk haklarının öznesi çocuklardır. Çocuklar kural olarak “herkes” gibi anayasal hakların öznesidir. Ayrıca pek çok anayasanın tercih ettiği üzere çocuklara özel olarak tanınan hakların öznesi de o anayasal sistem bakımından çocuk kabul edilen herkeştir.

Belli bir sosyal sınıf oluşturmayan fakat anayasalarda “özel olarak korunması gereken”ler sosyal statüsünde yer alan çocuklara tanınan hakların, ülkede bulunan tüm çocuklara uyruk/mülteci olma statüleri dikkate alınmaksızın tanınması, devletin çocukların korunma haklarından kaynaklanan yükümlölüklerindedir. ÇHS’nin 22’nci maddesine göre, taraf ülkeler kendi topraklarında mülteci ya da sığınmacı olan tüm çocukların Sözleşme’de yer alan tüm haklardan faydalanması için gerekli önlemleri almak durumundadır. ÇHS’yi imzalayan devletlerin, Sözleşme’de yer alan hakları “kendi egemenlik alanları içindeki” tüm çocuklara tanımak ve bu hakları güvenceye almak, ailelerinden kopmuş olanlar dâhil mülteci çocuklara özel koruma ve insani yardım sağlama yükümlölükleri vardır. Komite, devletlerin kendi yetki alanları dâhilinde çocuk haklarına saygı duyma ve bunları sağlama yükümlölüğünü kabul etmektedir. Ayrıca devletin Sözleşme’den kaynaklanan yükümlölükleri, “sınırları” ile sınırlı değildir. Uluslararası hukuka uygun olarak, Komite daha önce devletlerden, bölge sınırlarını aşan ve fiili olarak egemenlikleri altında olan bölgelerde çocukların haklarını korumakla yükümlü olduklarını kabul etmektedir. Ayrıca, devletin çocuk haklarına ilişkin yükümlölüklerinin topraklarında yargı yetkisine tabi olan tüm çocuklara uygulanacağını

vurgulamıştır¹⁴⁶⁸. Çocuk hakları kapsamındaki hak ve özgürlükler, herhangi bir ayırım gözetmeksizin 18 yaş altında tüm çocukları kapsaması nedeniyle mülteci çocukların da yasama, yürütme ve yargı makamları ile tüm kurum ve kuruluşlar karşısındaki haklarını kapsamaktadır.

Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunya v. Belgium davasında AİHM ebeveyninin mülteci statüsünde yaşadıkları Kanada'ya götürülmek üzere dayısı tarafından Belçika'da bir havaalanına getirilen ve gerekli belgeleri olmadığı gerekçesi ile havaalanında tutularak, bir refakatçisi olmaksızın uçakla Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne geri gönderilen beş yaşındaki çocuğun, sınır dışı edilmesi için yeterli hazırlık, gözetim ve güvencenin sağlanamamasının Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde düzenlenen insanlık dışı muamele niteliğinde olduğunu kabul etmiştir¹⁴⁶⁹. Ayrıca Mahkeme çocuğun tutuklanması ve Kanada hükümetine ülkeye alınıp alınmayacağı konusunda danışılmaksızın geri gönderilmesinin, kendisini bakmakta olduğu ve refahından sorumlu olan ailesinin üyeleri ile birleşmesini engellediği gerekçesi ile Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkının da ihlal edildiğini kabul etmiştir¹⁴⁷⁰. Diğer yandan Belçika kanunlarına göre geri gönderilecek kişilerin tutulmasına ilişkin düzenleme söz konusu iken, geri gönderilen çocukların tutulabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığını, çocuğun yetişkinlerle aynı koşullarda yasadışı göçmenlere yönelik kapalı bir merkezde gözaltına alındığını; refakatçisi bulunmayan küçük bir çocuk olarak aşırı kırılgan bir durumda (position of extreme vulnerability) bulunmasının dikkate alınmadığı göz önünde bulundurarak

¹⁴⁶⁸ General Comment No. 6 Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, 1.9.2005, **CRC/GC/2005/6**, parag. 12; Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 16 "State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights, 17.4.2013, **CRC/C/GC/16**, parag. 39-46.

¹⁴⁶⁹ *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunya v. Belgium*, (Appl. No: 13178/03), 12.01.2007, parag. 66-71.

¹⁴⁷⁰ *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunya v. Belgium*, (Appl. No: 13178/03), parag. 82-87.

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ilk fıkrasının da ihlal edildiğini kabul etmiştir. Görüldüğü üzere Mahkeme, somut olay bakımından Sözleşme'nin ilgili her bir hükmünü çocuğun kırılgan ve incinebilir bir durumda olmasını göz önünde bulundurarak ele almış ve devletin yükümlülüğünün kapsamını tayin etmiştir.

Anayasalarında kimlerin çocuk sayılacağını açıkça düzenleyen ülkelerden söz etmek mümkündür. Nitekim Kongo Anayasası'nın 41'inci maddesi 18 yaşın altındaki herkesin “küçük” olduğunu, Mısır Anayasası'nın 80'inci maddesi 18 yaşına gelmemiş kişilerin çocuk sayılacağını, Zimbabwe Anayasası'nın 81'inci maddesi ise on sekiz yaşın altındaki her kadın ve erkeğin çocuk olduğunu düzenlemiştir. Somali Anayasası çocukların haklarının sayıldığı 29'uncu maddesinde söz konusu maddenin uygulanması bakımından 18 yaşının altında olan herkesin çocuk olarak kabul edileceğini düzenlemiştir. Benzer biçimde Güney Sudan Anayasası'nın 17'nci maddesi de Anayasa'nın amaçları bakımından 18 yaşın altındaki kişilerin çocuk kabul edileceğini düzenlemektedir. Nijerya Anayasası “yaş” ölçütü yerine hısımlık bağına esas alarak farklı bir tanım getirmektedir. Buna göre çocuk, üvey çocuklar, evlilik birliği dışında doğan çocuklar, hukuka uygun bir şekilde tanınmış çocuklar ve herhangi bir bireyi, ana babası yerine koyan çocukları kapsamaktadır (bölüm 19/5)¹⁴⁷¹. Görüldüğü üzere Nijerya anayasası dışında kimlerin çocuk kabul edileceğine ilişkin açık bir hükme yer veren anayasalarda çocuk, “yaş” ölçütü temel alınarak tanımlanmıştır.

Diğer yandan bazı ülke anayasalarında, belli hak ve özgürlüklere özgü çocuk tanımına yer verildiği görülmektedir. Örneğin Uganda Anayasası, çalışma yaşamı bakımından on altı yaşının altındaki kişileri çocuk olarak tanımlamaktadır (md. 34 (4) ve (5)). Bir grup anayasa ise belli hak ve özgürlükler için çocuklara uygulanırken

¹⁴⁷¹ Nijerya Anayasası'nın bu geniş kapsamlı ve çocuk ile olan ilişkiyi temel alarak yaptığı tanımın, Afrika kültürüne özgü geniş kapsamlı aile kavramını yansıttığı değerlendirilebilir. Bu geniş tanım, çocuğun haklarının yükümlülerinin kapsamının genişlemesi anlamına da gelmektedir.

yetişkinlere tanınan güvencelerden farklı güvenceler öngörmüştür. Guyana Anayasası'nın 138'inci maddesi, bir suç işlediği iddia olunduğu sırada on sekiz yaşından küçük hiç kimsenin, ölüm cezasına çarptırılmayacağını, Honduras Anayasası'nın 122'nci maddesi on sekiz yaşından küçük hiç kimsenin hapsedilemeyeceğini, Güney Afrika Anayasası'nın 28'inci maddesi ile Zimbabve Anayasası'nın 81'inci maddesi on sekiz yaşından küçüklerin yetişkinlerden ayrı olarak tutuk ya da cezaevinde tutulacağını hüküm altına alarak, kişilere çocuk olmaları nedeniyle özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından yetişkinlere tanınan güvenceleri aşan güvenceler tanımaktadır. 1982 Anayasası da 141'inci maddesinde küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulacağını hüküm altına almış, böylece yasama organına çocukların haklarının korunması amacıyla özel yargılama usulleri belirleme görevi vermiştir. Ayrıca 50'nci maddesinde kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını, küçüklerin çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağını düzenlemiştir.

Anayasalar incelendiğinde, on sekiz yaşın altında olan kişilerin bir kısım anayasal haktan yararlanamayacağına ilişkin düzenlemeler de dikkat çekicidir. Örneğin Libya Anayasası'nın 78'inci maddesi çocukların oy kullanma haklarının bulunmadığını düzenlemiş, Malezya Anayasası'nın 127'nci maddesi, on sekiz yaşın altındaki kişilerin dininin ana babası ya da kanuni temsilcileri tarafından belirleneceğini hüküm altına almıştır. 1982 Anayasası seçme ve halkoylamasına katılma haklarını kullanabilmek (md. 67), parti üyesi olabilmek (md. 68), milletvekili seçilebilmek için (md. 74) on sekiz yaşını tamamlamak şartını öngörmüştür. Aktif statü hakkı niteliğindeki seçme ve seçilme hakkına ilişkin bu kısıt pek çok ülke anayasasında kabul edilmiştir¹⁴⁷².

¹⁴⁷² Angola AY md. 54, Ermenistan AY md. 48, Avusturalya AY md. 41, Burundi AY md. 8, Çin AY md. 34, Çekya AY md. 131, Eritre AY md. 301, Estonya AY md. 57, Finlandiya AY md. 14, Gana AY md. 42, İzlanda AY md. 161, Lihtenştayn AY md. 111, Makedonya AY md. 12, Peru AY md. 90,

Anayasal hakları kullanma ehliyetine ilişkin bir diğer kategori olarak, incinebilir ve gelişim hâlinde bireyler olmaları nedeniyle çocukları korumak amacıyla, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında korunan hakların çocuklar tarafından kullanılmasını kısıtlayan anayasalardan söz etmek mümkündür. Uganda (md. 31) ve Zimbabve anayasaları (md. 78) 18 yaşına erişen kişilerin evlenme ve aile kurma hakkına sahip olduklarını düzenlerken bir grup anayasa açık bir yaş sınırı belirtmeksizin rüşt yaşına erişen kişilerin evlenme hakkına sahip olduklarını¹⁴⁷³, Kırgızistan Anayasası (md. 36) rızasını açıklayabileceği yaşa erişen kişilerin evlenebileceğini, Maldivler Anayasası'nın 34'üncü maddesi ise kişilerin evlenebilecekleri yaştan kanun tarafından belirleneceğini, Somali Anayasası'nın 28'inci maddesi rüşt yaşına ulaşmadan evlenen kişilerin evliliğinin resmi olarak kaydedilemeyeceğini düzenlemiştir. Söz konusu anayasaların evlenme yaşını ya bizzat düzenleyerek ya da yasama organının çıkaracağı bir yasa ile sınırlandırılarak bu yaştan altında kalanların bu haktan yararlanmayacaklarını kabul eden bir anayasal eğilime sahip oldukları görülmektedir.

Görüldüğü üzere bir grup anayasa kimlerin çocuk kabul edileceğini bizzat düzenleme yolunu benimserken, diğer bir grup anayasa belli yaştan altında olan kişilerin sahip olduğu özel hakları ya da kısıtlamaları belirleme yoluna gitmiştir. 1982 Anayasası kimlerin çocuk kabul edileceğini düzenlememiş, çocukların dışlandığı hakları, çocuklara özgü hakları ve çocukların özel olarak kayırlacağı durumları diğer bir ifade ile menfaatler çatışmasında çocuğun menfaatlerine öncelik verilecek durumları belirtmekle yetinmiştir.

Anayasa hukuku açısından “çocuk haklarının öznesi kimdir” sorusuna verilecek cevap, çocuk haklarını konusunun ve bu hakların uygulanacağı zaman diliminin

Portekiz AY md. 49, Romanya AY md. 36, Slovenya AY md. 43, Türkmenistan AY md. 119, Ukrayna AY md. 70, Vietnam AY md. 27, 29 örnek olarak gösterilebilir.

¹⁴⁷³ Azerbaycan AY md. 34), Belarus AY md. 32, Güney Sudan AY md. 15, İspanya AY md. 32, Svaziland AY md. 27, Tacikistan AY md. 33.

belirlenmesinde önemlidir¹⁴⁷⁴. Ayrıca çocuk haklarının öznesinin tanımlanması, bir grup kişinin, belli haklardan özel olarak yararlanması ya da belli haklardan dışlanması konusu ile yakından ilgilidir¹⁴⁷⁵. Bu dışlamayı haklı kılacak bir nedene dayanılmadığında eşitlik ilkesinin ihlali gündeme gelebilecektir.

Ulusalüstü hukuk bakımından, ÇHS’de “*daha erken yaşta reşit olma durumunu mümkün kılan bir kanun bulunmadıkça, on sekiz yaşına kadar her insanın çocuk*” sayılacağı düzenlenmektedir¹⁴⁷⁶. Görüldüğü üzere Sözleşme’de, çocukluğun sona ermesine ilişkin bir kural öngörülmüş ancak bu kuralın esnetilebileceğine ilişkin istisnaya da yer verilmiştir. Çocuk Hakları Komitesi, 18 yaşın altındaki gençlerin Sözleşme’de garanti edilen hakların tamamına ehil olduklarını vurgulayarak, farklı bir rüşt yaşı belirlenmesi durumunda da Sözleşme’nin çocuklar için öngördüğü özel koruma önlemlerinden yararlandırılmalarında devletlerin sorumluluklarının devam ettiğini ifade etmektedir¹⁴⁷⁷. Ayrıca Komite, 18 yaşın altındaki gençlerin gelişen kapasiteleri ile uyumlu olarak kendilerine tanınan hakları kullanma ehliyetine de sahip olduğunu vurgulamaktadır¹⁴⁷⁸.

Ancak bu çalışmanın ilk bölümündeki tartışmaların sonucunda ulaşıldığı üzere ehliyet kavramı, bireyin somut yetkinliğine işaret eden bir kavram olmaktan çok, politik

¹⁴⁷⁴ Marta PRUCNAL, “Who is a Child? The International Definition of a Child”, içinde: Farhad MALEKIAN, Kerstin NORDLÖF (ed.), **The Sovereignty of Children in Law**, Cambridge Scholars Publishing, 2012, ss. 69-87, s. 69.

¹⁴⁷⁵ USTA, **Çocuk Hakları ve Velayet**, s. 7; Ali Naim İNAN, **Çocuk Hukuku**, s. 10. Bir grup insanın belli haklardan dışlanması anayasa hukuku bakımından hakların sınırlanması ve eşitlik ilkesine ilişkin bir konudur. Bu çalışma çerçevesinde, hem eşitlik ilkesi hem de çocuk haklarının sınırı konusu sahip oldukları önem nedeniyle ayrı başlıklar altında ayrıca incelenmişlerdir. Bu başlık altında yalnızca konunun çocukluğun anayasa hukukunda sınırına ilişkin olan hususların incelenmesi amaçlanmaktadır.

¹⁴⁷⁶ Uluslararası Çalışma Örgütü 15-24 yaş grubu arasını çalışma hayatı açısından “genç işçi” kabul ederken, 15 yaşın altında aile bütçesine katkıda bulunmak ya da yaşamını kazanmak amacıyla çalışanları “çocuk işçi” veya “çalışan çocuklar” olarak adlandırmıştır.

¹⁴⁷⁷ Committee on the Rights of the Child, “Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child”, 1.7.2003, **CRC/GC/2003/4**, parag. 1.

¹⁴⁷⁸ Committee on the Rights of the Child, “Implementation of the Rights of the Child During Adolescence”, 6.12.2016, **CRC/C/GC//20**, parag. 39.

ve hukuki bir statüye işaret etmektedir¹⁴⁷⁹. Yetkinliğe ilişkin yasal düzenlemelerin, çocukların haklarını korumak yerine daha önemli kabul edilen sosyal amaçları gerçekleştirmek olduğu ifade edilebilir. Nitekim çoğunlukla çocukların ehliyeti konusu, trafik güvenliği, şiddet suçlarının önlenmesi, ailenin korunması, mülkiyetin korunması, iş gücünün çıkarlarının korunması gibi büyük ölçekli sosyal sorunları ele alan yasalar ile düzenlenmektedir¹⁴⁸⁰.

Gerek çocuk sayılmaya ilişkin açık bir yaş sınırı öngören, gerekse hak ve özgürlüklerden yararlanmada belli bir yaşı altında olanlar bakımından kısıtlayıcı kurallar öngören anayasal düzenlemeler, belli yaşı altındaki kişilere çocuk olmaya özgü belli haklar tanınması ve yetişkinlere özgü kabul edilen bir dizi anayasal hakkın çocuklar bakımından sınırlandırılması sonucunu doğurur. Diğer yandan eğer anayasada açıkça temel hak ve özgürlükleri kullanmaya ilişkin bir yaş sınırı ya da genel bir rüşt yaşı sınırı öngörülmemişse bu sınırın yasa ile belirlenmesi gündeme gelir. Anayasanın çocuk olma sınırını belirleme konusunda sessiz kaldığı ya da bu sınırı belirleme yetkisini yasama organına bıraktığı durumlarda, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya ilişkin yaş sınırı öngören düzenlemelerin ilk olarak anayasanın demokratik toplum düzeninin

¹⁴⁷⁹ Martha MINOW, “Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children's Rights”, **Harvard Women's Law Journal**, Vol. 9, 1986, ss. 1-24, s. 2. Çocuğu konu alan yasal düzenlemeler de aslında diğet toplumsal meseleler çerçevesinde çocuğu konu almaktadır. Minow’a göre çocuk işçiliğine karşı olan bir yasal düzenlemenin, kendi çıkarları doğrultusunda örgütlenmiş iş gücü hareketinin desteğı olmaksızın kabul edilmesi mümkün değildir ve çocukların iş gücünde yer almasını önlemeye yönelik yasalar, yetişkin işçilerin daha yüksek ücretler için mücadelesinin önündeki engellerin kaldırılmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla çocuklar bu tür yasal düzenlemelerin dahi odaklandığı temel konu değildir. Bu nedenle odaklandığı temel konu çocuklar olmayan yasal düzenlemelerin ehliyete dair tutarlı hükümler öngörmesi şaşırtıcı olacaktır.

¹⁴⁸⁰ Hukukun rüşt yaşı belirlerken, çocuğun menfaatlerini değil de, çatışan menfaatlarda diğet tarafın menfaatlerini göz önünde bulundurmasına verilebilecek en çarpıcı örneklerden biri, rüşt yaşı 21’den 18’e indiren California Medeni Kanunu’nun 25’inci maddesidir. Bu değışikliğin nedeni boşanma davalarında, çocuğun velayeti verilmeyen tarafa gerekli durumlarda çocuk için nafaka yükümü ve okul giderlerinin ödenmesi yükümüne karar verilmesi yönündeki bir içtihadî geleneğin kaldırılmak istenmesidir. California’da hızla artan boşanma vakalarında, velayet yetkisi kendisine bırakılmayan ebeveynlerin 21 yaşına kadar okul ücretlerinin ödenmesi yükümünü çok ağır bulmaları nedeniyle, yasama üyeleri oy kullanma yaşı ve rüşt yaşı 18 olarak belirleme yoluna gitmişlerdir¹⁴⁸⁰. Görüldüğü üzere California yasama meclisinin rüşt yaşı düşürmedeki amacı, çocuğun 18 yaşında bir yetişkinin sahip olduğu yetkinliği kazandığını keşfetmesi değil, artan boşanma olaylarının mali külfetini taşıyan tarafın yükünü hafifletmek istemesidir.

gerekleri, eşitlik, hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklerden “herkes”in yararlanmasının sağlanmasında devletin yükümlü olduğunu düzenleyen ve temel hak ve özgürlükler bakımından güvence niteliğindeki hükümlerine uygun olması gerekir. 1982 Anayasası, Başlangıç kısmı ile 2 ve 5’inci maddelerinde Devletin herkes bakımından temel hak ve özgürlükleri yaşama geçirmekle yükümlü olduğunu, 12’nci maddesinde ise herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Bu hükümler devleti, herkes gibi çocukların da anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamakla yükümlü tutmaktadır. Ayrıca pek çok hak bakımından hakkın öznesinin “herkes” olduğu düzenlenmiştir. Her bir somut hak bakımından hakkın öznesinin herkes olduğunu düzenleyen hükümler de devlete meşru bir amaç olmaksızın haklardan çocukların yararlanmasını engellememe yükümü getirmektedir.

Temel haklardan yararlanmaya ilişkin yaş sınırı öngören yasaların bu haktan yararlanmayı sınırladıkları göz önüne alındığında ayrıca bu sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal hükümlere de uygun olması gerekir. Bu nedenle 1982 Anayasası bakımından 13’üncü madde öngörülen, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı güvencelerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir.

Çocuğun menfaatleri ve ilişkileri bakımından öne çıkan Sözleşme’nin 8’inci, 1982 Anayasası’nın 17 ve 20’nci maddelerinde korunan haklarının sınırlandırılmasında meşru nedenler olarak düzenlenen kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması -bu nedenler dışında AİHS’nin 8’inci maddesinde “ülkenin ekonomik refahı” nedeni de sayılmaktadır- nedenlerine dayanılması zorunludur.

Bazı haklar bakımından o hakka ilişkin hükümde yer verilen sınırlama nedenleri arasında hakkın öznesinin çocuk olması durumunda gündeme gelebilecek özel sınırlama nedenleri açıkça düzenlenmiştir. Örneğin 1982 Anayasası bakımından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin 19'uncu maddesinde bu hakkın bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabileceği düzenlenmiş ayrıca kişilerin eğitim ve ıslahı amacıyla da söz konusu hakkın sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin bu iki sınırlama nedeninin hakkın öznesinin çocuklar olduğunda gündeme geldiği açıktır.

Diğer yandan Anayasada haktan yararlanma konusunda açıkça bir yaş sınırı öngörülmemiş ya da hakkın sınırlama sebepleri arasında çocuklar bakımından özel sınırlama nedenlerine yer verilmeyen hakların da yasa ile çocuklar tarafından kullanılmasının sınırlanması gündeme gelebilmektedir. Örneğin 1982 Anayasası'nın 23'üncü maddesinde yerleşme ve seyahat özgürlüğünün çocuklar bakımından sınırlanmasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Medeni Kanun'un 21'inci maddesinde ise ana babaya çocuğun ikametgâhını belirleme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla Anayasada herkese tanınan bir haktan çocukların yararlanmasının ana babaya tanınan velayet hakkından kaynaklanan yetkiler çerçevesinde sınırlandırılması gündeme gelebilmektedir. AİHM, annesinin kararı üzerine tedavi amacıyla bir psikiyatri kliniğine yatırılan 12 yaşındaki çocuğun babası aracılığıyla açtığı davada, Danimarka'da ana babanın kararı ile çocuğun psikiyatri kliniğine yatırılmasına olanak veren yasanın, çocuğun seyahat özgürlüğünü haksız yere kısıtlayarak Sözleşme'nin hiç kimsenin özgürlüğünden hukuka aykırı olarak yoksun bırakılamayacağını düzenleyen hükmünü (md. 5) ihlal ettiği iddiasını incelemiştir. Mahkeme çocuğun seyahat özgürlüğünün ana babanın velayet hakkından kaynaklanan yetkilerinden hareketle sınırlandırılabilirliğini

kabul etmiştir¹⁴⁸¹. Yaşı gereği halen velayet hakkına sahip ebeveynin kararlarına tabi olan çocuğun psikolojisinin tedavi edilmesi amacıyla hastaneye yatırılmasının, velayet hakkından kaynaklanan yetkilerin kullanılması niteliğinde olduğu, çocuğun bir tedavi kurumunda tutulmasının Sözleşme'nin 5'inci maddesi çerçevesinde ele alınamayacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁴⁸². Görüldüğü üzere Mahkeme, bu kararda velayet altındaki çocukların seyahat özgürlüklerinin ana babalarının kararları çerçevesinde sınırlı olduğunu kabul etmektedir. Velayet hakkına sahip ebeveynin kararlarının mutlak olarak çocuğun menfaatlerine uygun olacağını kabul etmiş görünmektedir. Mahkeme, annenin kararını özel aile doktoruna danışarak aldığını, bu kararın mevcut yasalara uygunluğunun sağlık alanında faaliyet gösteren kamu kurumlarınca onaylandığını göz önünde bulundurmuştur. Kararda bir akıl hastalığına sahip olmayan çocukların bir hastane ortamında, ana babalarının talebiyle tutulmalarına olanak veren ve ulusal mevzuata dayanan bu yetkinin, çocuğun 7 ay kadar süre ile kilitli bir odada üstelik tıbbi olarak herhangi bir akıl hastalığı bulunmadığının tespit edildiği, ilaç tedavisine başvurulmaksızın tedavinin yalnızca ortam değişimine yönelik bir terapi (environment therapy) olduğu, çocuğun hastaneden kaçtığı, polis tarafından bulunarak tekrar hastaneye getirildiği dikkate alındığında çocuğun özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılması niteliğinde olduğu dikkate alınmamıştır. Bu husus azınlık oylarında da ifade edilmiştir. Azınlık oylarında ana babanın bu yöndeki bir kararının ayrıca bir yargıcın denetiminden geçmemiş olmamasının özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu davada tartışılması gereken asıl sorun mental bir hastalığı bulunmayan bir çocuğun bu kadar uzun süre velayet yetkisinden kaynaklanan yetkilere dayanılarak bir hastanede tutulmasının özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali niteliğinde olup olmadığı hususudur.

¹⁴⁸¹ *Nielsen v. Denmark*, (Appl. No: 10929/84), parag. 71.

¹⁴⁸² *Nielsen v. Denmark*, (Appl. No: 10929/84), parag. 72-73.

Anayasada yer alan her bir hakkın öznesine ilişkin açık bir anayasal sınırlama bulunmayan hallerde çocukların haklardan yararlanmalarının sınırlandırılmasına ilişkin bir diğer örnek evlenmeye ilişkin yaş sınırı öngören yasal düzenlemelerdir. Çocukların korunması amacıyla yasal düzenleme yoluyla 1982 Anayasasında bu yönde bir sınırlama nedeni yer almadığı halde çocuğun özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının konusuyla ilgili olan evlenme ehliyeti bakımından bir yaş sınırı öngörülmektedir¹⁴⁸³. Yine yasa ile getirilen yaşa ilişkin düzenlemelerin gereği olarak çocuklar belli bir yaşa kadar okula devam yükümlülüğüne tabi sayılmakta, çocuğun bağımsız yerleşim yeri edinme hakkı ile dolaşım özgürlüğü sınırlandırılabilir.

Yasa koyucunun genel ya da belli bir alanda ehliyetli kabul edilmeye ilişkin bir yaş sınırı belirleyen ya da çocuklara özgü belli bir sınırlama getiren düzenlemelerin, anayasa hukuku bakımından eşitlik ilkesi (1982 AY md. 10), herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu güvencesi (md. 12), kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (md. 17) ile özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının (md .20) sağladığı güvencelere dayanması ve ayrıca çocuğun korunması ya da özerkliğinin tanınması ilkeleri ile uyumlu olması gerekir. Çocuğun haklarını kullanmasını ana babanın iznine bağlayan yasaların, yine çocuğun gelişimini sağlıklı bir biçimde tamamlayabilmesi amacına uygun olması, çocuğun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve aile yaşamına saygı hakkının bir gereğidir (1982 AY. md 17).

Çocukluk statüsünün önemli bir sonucu, kişinin çoğu kişisel hakkını veli ya da vasinin izni olmaksızın kullanamamasıdır. Ancak kişilerin eşitliğinin kabul edildiği

¹⁴⁸³ Türk hukukunda Medeni Kanun'un 124 ile 128'inci maddeleri evlenme ehliyeti bakımından on yedi yaşının tamamlanmasını şart koşmakta ve çocuğun evlenmesi için ana babasının izninin alınmasının gerekli olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca çok önemli şartların bulunması halinde on altı yaşını tamamlayan çocuğun hâkim kararıyla evlenmesine izin verilebileceğini düzenlemektedir. Evlenme ve aile kurma hakkının da ana babanın ya da aile mahkemesi hâkiminin kararına bırakılmasını kabul eden bu hükümler çocuğun özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

demokratik bir hukuk düzeninde kişinin çocuk olarak kabul edilmesine ilişkin yasaların, çocuğun gereksinimlerinin karşılanması ve haklarının korunması ile diğer kamusal menfaatlerin korunması amacıyla örtüştüğü ölçüde anayasaya uygun olacağı ifade edilebilir¹⁴⁸⁴. Dolayısıyla yasa koyucunun, genel rüşt yaşı belirlerken çocuğun korunma ve gelişiminin desteklenmesi ihtiyacı ile kendi yaşamı hakkında özerk kararlar alabilme hakkının dengelenmesini amaçlaması gerekir¹⁴⁸⁵.

Farklı ilişki alanlarında çocukların ehliysiz kabul edilmesine ilişkin yasal düzenlemelerin anayasa hukukuna uygun olabilmesi için konunun öncelikle eşitlik ilkesi bakımından ele alınması ve yaşa dayalı belirli bir ayrımın (age based differentiation), belirli bir yaştan altındaki insanların yetkinliklerindeki farklılıklarla veya çocukların özel ihtiyaçları ile rasyonel olarak ilişkili olup olmadığının incelenmesi gerekir¹⁴⁸⁶. Yaş temel alınarak belli bir grup kişinin haklarını kısıtlayan bir düzenleme, söz konusu gruba orantısız bir yük getirmesi durumunda ayrımcılığa neden olacaktır. Yasama organının bu işlemi denetlenirken yargı makamının, çocuklara farklı muameleyi haklı çıkarmak için devletlerin daha yüksek bir ispat yükünü karşılamasını gerektiren bir “şüpheli sınıflandırma” (suspect classification¹⁴⁸⁷) ilişkisi olup olmadığını da belirlemesi

¹⁴⁸⁴ Aynı yönde bkz: Eugène VERHELLEN, “Changes in the Images of the Child”, içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, *The Ideologies of Children’s Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, ss. 79-94, s. 79.

¹⁴⁸⁵ BREEN, *Age Discrimination and Children’s Rights Ensuring Equality and Acknowledging Difference*, s. 2.

¹⁴⁸⁶ BREEN, *Age Discrimination and Children’s Rights Ensuring Equality and Acknowledging Difference*, s. 20 vd; WALD, “Children’s Rights: A Framework for Analysis”, s. 267.

¹⁴⁸⁷ “Suspect classification”, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin, ırk ve renk ayrımı ve benzer nitelikte bazı özelliklere dayalı kanuni sınıflandırmalarda, yasama organının takdir yetkisini geleneksel akla uygunluk ölçütünden çok daha kısıtlayıcı olarak başvurduğu bir denetim ölçütüdür. Kuşku sınıflandırmalar ölçütüne göre, ırk, renk, soy ve etnik köken, yabancılık gibi özelliklerin meşru kanuni amaçlarla ilişkisi kuşkuludur. Bu gibi özelliklere dayalı kanuni sınıflandırmalarda, haksızlık veya keyfilik olasılığı yüksektir. Bu niteliklere dayalı sınıflandırmaların eşitlik ilkesine uygunluğu kuşkuludur. O hâlde bu sınıflandırmalar, ancak onları haklılaştıran çok önemli ve zorlayıcı nedenlerin varlığı hâlinde anayasaya uygun kabul edilebilir. Mahkeme, kuşku özelliklere dayalı sınıflandırmanın meşru bir kamusal amaçla akla uygun şekilde ilgisini yeterli bulmamakta, onu haklılaştıracak zorlayıcı nedenlerin veya çok önemli kamusal yararların varlığının, yasama organı tarafından açıkça ortaya konmasını şart koşmaktadır. ÖDEN, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, s. 317.

gerekmektedir. Kişilerin yaşa dayalı olarak bazı haklarını kullanmalarının sınırlandırılmasını öngören kanunların denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin öncelikle çocuğun korunması ya da meşru bir kamusal çıkarı gerçekleştirmek için herhangi bir yaş sınırlaması gerekip gerekmediğini değerlendirmesi eşitlik ilkesinin gereğidir. Ancak bununla yetinmeyip seçilen sınıflamanın, farklı yaşlardaki çocukların yetkinliklerine ilişkin mevcut bilimsel veriler ışığında makul olup olmadığını belirlemeleri de gerekmektedir. Amerikan yargısı “şüpheli sınıflandırmalar” ölçütünden hareketle çocukların haklarını kısıtlayan birçok yasayı Anayasaya aykırı bulmuştur. Örneğin, mahkemeler, öğrenciler tarafından yapılan konuşmaları (öğrencilerin ifade özgürlüğünü) sınırlandıran okul yönetmeliklerini¹⁴⁸⁸, yanı sıra öğrencilerin kılık ve kıyafetlerini kısıtlayan okul yönetmeliklerini¹⁴⁸⁹ diğer anayasal haklar ile birlikte eşit koruma hükmünü de ihlal ettiğini kabul etmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi, *Karr v. Schmidt* davasında okul yönetiminin öğrencilerin saçlarını uzatmasını yasaklayan kuralını, “birinin saç stilini seçiminin Anayasa'nın on dördüncü değişiklik ile kabul edilen eşit koruma ve uygun usullere tabi olma kuralının ‘equal protection and/or due process clauses of the Fourteenth Amendment’ koruması altında olduğunu ve Devletin ancak zorlayıcı bir sebep gösterdiğinde bu kuralı ihlal edebileceğini” kabul etmiştir. Mahkeme uzun saç yasağının ancak bu saç stilinin eğitim sistemine maddi ve çok önemli bir zararının olacağını, nesnel olarak taciz, müstehcen veya aşağılayıcı dil kullanımı anlamına geldiğini, kavgaya yol açabileceğini, sağlık veya güvenlik tehlikesi taşıdığını veya diğer öğrencilerin dikkatini dağıtması gibi eğitim sürecinin aksamasına neden olduğunu gösterdiği durumlarda Anayasa'ya uygun kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, “bu tür düzenlemelerin Anayasa'ya uygun kabul edilmesinin temel

¹⁴⁸⁸ *Tinker v. Des Moines School Dist.*, 393 U.S. 503, 514 (1969); *Board of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

¹⁴⁸⁹ *Karr v. Schmidt*, 320 F. Supp. 728 (W.D. Tex. 1970).

şartı, eğitim sürecine olumsuz müdahaleleri hafifletmek için gerekli olduklarının Devlet tarafından nesnel olarak kanıtlanması”dır. Yine Amerikan Yüksek Mahkemesi, çocukların özgürlüklerinden yoksun kalma olasılığı olan bir işleme maruz kaldıklarında yasal yardım ve danışmanlık alma haklarının olduğunu, Anayasada herkese tanınan adil usullere tabi olma hakkının (due process) korumasından çocukların da yararlanabileceğini kabul etmiştir¹⁴⁹⁰.

Farklı cinsler bakımından farklı rüşt yaşı öngörülmesi de yapılan sınıflandırmanın eşitlik ilkesine uygunluğu açısından anayasaya aykırılık iddiasını gündeme getirebilir. Gerek AİHM, gerekse Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesi ya da ayrımcılık yasağını değerlendirirken yapılan ayrımın yaş, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep gibi Sözleşme’de ya da Anayasa’da sayılan nedenlere dayandığında bu ayrımı haklı kılan daha önemli gerekçelerin devlet tarafından ortaya konmasını beklediği ifade edilmişti. Bu nedenler yanında AİHM, başvuranın incinebilir ve dezavantajlı durumunu¹⁴⁹¹, ayrımcı bir muamelenin bulunup bulunmadığını denetlerken göz önünde bulundurduğu hatırlandığında¹⁴⁹², içinde bulundukları incinebilir durum göz önüne alınarak kız çocuklarını korumak amacıyla farklı bir ehliyet yaşının öngörülmesi, haklı bir nedene dayanacağından eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğinin değerlendirilmesini gerektirecektir. AİHM daha savunmasız ve incinebilir durumda olan kadınları aile içi şiddetten koruma yükümlülüğüne ilişkin davalarda, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruyan hükümler yanında Sözleşme’nin eşitlik ilkesine ilişkin 14’üncü madde uyarınca devletin

¹⁴⁹⁰ Çocuğun ehliyetine ilişkin düzenlemelere Amerikan Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı için bkz: John H. GARVEY, “Child, Parent, State, and the Due Process Clause: An Essay on the Supreme Court’s Recent Work”, **Southern California Law Review**, Vol. 51, 1977, ss. 769-822.

¹⁴⁹¹ Bu husus eşitlik ilkesinin ele alındığı başlıkta etraflıca incelenmiştir. AİHM yakın tarihli kararlarında ayrımcı durumların bulunup bulunmadığını değerlendirirken başvurucunun incinebilir, kırılgan bir durumda bulunmasını (vulnerability) göz önünde bulundurularak, doğrudan haklı bir nedenin bulunup bulunmadığını incelemeye geçmiştir.

¹⁴⁹² Örneğin Mahkeme, *Rumor v. Italy*, kararında da çocuklar ve diğer incinebilir grupların devletin özel korumasına ihtiyaç duyduklarını kabul etmiştir. *Rumor v. Italy*, (Appl. No: 72964/10), parag. 58 ve 60.

pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini de tespit etmektedir¹⁴⁹³. AİHM'nin aile içi şiddete ilişkin konularda kadınların incinebilir ve hassas durumlarından hareketle 14'üncü maddeye dayanarak kadınlar lehine özel önlemler alınmasını gerektiren bu içtihadı çerçevesinde, diğer konularda da eşitlik ilkesinden kaynaklanan yükümlülüklerinden hareketle devletin kadınlar lehine hükümler koymasının, Sözleşmede düzenlenen hakların somut ve etkili haklar olduğu ve devletin hakların gerçekleşmesi için etkili önlemler almakla yükümlü olduğu ilkesi ile Türk hukuku bakımından anayasal eşitlik ilkesinin gereği olduğu değerlendirilebilir. Nitekim AİHM¹⁴⁹⁴, Rusya'da kadınlara ömür boyu hapis cezası uygulanamayacağını öngören hükmün eşitlik ilkesinin ihlali olduğunun ileri sürüldüğü davada, AİHS'den kaynaklanan kadınların toplumsal cinsiyete dayalı şiddete, cezaevi ortamında istismar ve cinsel tacize karşı korunmaları yükümü ile hamilelik ve anneliğin korunması bakımından kadınların ihtiyaçlarını ve incinebilir durumlarını ele alan Avrupa'da ve uluslararası düzeyde kabul edilen çeşitli belgeler bulunduğuna işaret ederek, yapılan ayrımın 14'üncü maddeye göre ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde olmadığını kabul etmiştir¹⁴⁹⁵.

Anayasada asgari rüşt yaşına ilişkin bir hükme yer verilmemesi durumunda, yasama organının konuyu düzenlemede bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetki sınırsız değildir. Bu yetkinin sınırı, rüşt için belli bir yaş sınırı öngörülmesinin amacının henüz

¹⁴⁹³ *TM. and C.M. v. the Republic of Moldova*, (Appl. No:26608/11), 28.04.2014, parag. 59; *Halime Kılıç v. Turkey*, (Appl. No: 63034/11), 28.6.2016, parag. 112-122; *D.H. and Others v. the Czech Republic*, (Appl. No: 57325/00), parag. 175-181. *Talpis v. Italy*, (Appl. No. 41237/14), 18.09.2017, parag. 141; *Eremia v. the Republic of Moldova*, (Appl. No. 3564/11), 28.5.2013, parag. 89, 90; *Opuz v. Turkey*, (Appl. No.33401/02), parag. 191.

¹⁴⁹⁴ Mahkeme'nin cinsiyet, ırk, dil, din gibi ayrımcılık bakımından temel kabul edilen durumlarda tarafların özel olarak korunmalarına gerek duyulmayan eşit ilişki içinde olduklarının kabul edilmesi gereken durumlarda farklı muameleye tabi tutulmalarını 14'üncü maddeye aykırılık olarak nitelendirmediğini burada hatırlamak gerekir. Dolayısıyla ayrımcılık bakımından sorunlu konularda Mahkemenin, sosyal bakımdan dezavantajlı statü ile ilişki içinde olan tarafın somut olay bakımından özel olarak korunmasını gerektiren bir nedene dayanılmadığı durumlarda mutlak olarak kayırılması yaklaşımını benimsemediği değerlendirilebilir. Örneğin Mahkeme, Rusya'da sadece babaları nafaka ödemekle yükümlü tutan hükmü 14'üncü maddeye aykırı bulmuştur. *Konstantin Markin v. Russia*, (Appl. No: 30078/06), 22.3.2012, parag. 140.

¹⁴⁹⁵ *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, (Appl. No: 60367/08 ve 961/11), 24.1.2017, parag. 80, 81.

kavrama yetkinlikleri tam olarak gelişmemiş olduğu için korunma ve rehberlik edilme ihtiyacı içinde olan çocukların haklarının ve kamunun çok önemli ve ciddi menfaatlerinin¹⁴⁹⁶ korunmasıdır.

Anayasal haklardan yararlanmaya ilişkin yaş sınırı ya da genel bir rüşt yaşı öngören bir yasal düzenlemenin ulusalüstü sözleşmelerin ulusal hukuk bakımından etkisini açıkça düzenleyen ya da bu çalışmanın ilk bölümünde açıklandığı üzere anayasasında yasaların ÇHS'ne uygun olması gerektiğine yer veren anayasal sistemlerde, yasa ile belirlenen yaş sınırının ÇHS'ye de uygun olması gerekmektedir.

Sözleşme'nin anayasal değerde olduğunun kabul edilmediği anayasal sistemler bakımından ise çocuğun haklarının korunması ve diğer kamusal ve özel menfaatleri de göz önünde bulundurarak rüşt yaşını belirleme yetkisi yasama organına aittir.

Hakların kullanılabilmesi ya da sınırının belirlenmesi konusunda yasama organına yetki veren anayasalar bakımından¹⁴⁹⁷ (ya da bu konuda sessiz kalan anayasalar bakımından), bir hakkın kullanılabilmesi bir yaş sınırı öngörülmesi, bir anayasal hakkın bu yaş sınırının altındaki kişiler bakımından sınırlandırılması anlamına geleceğinden, ehliyeteye ilişkin yasaların anayasada düzenlenen hakların sınırlandırılmasına ilişkin güvencelere de uygun olması zorunludur. Dolayısıyla ehliyet yaşına ilişkin düzenlemelerin yasa ile

¹⁴⁹⁶ Kamusal menfaatlerin de değerlendirilmesi, çocuğun menfaatlerinin gereklerinden başka nedenlere dayanarak da çocuğun ehliyetinin sınırlandırılması anlamına gelir. Çocuğun menfaatlerine üstün gelen kamusal menfaatler göz önünde bulundurularak çocuğun haklarının sınırlandırılabilmesi AİHM içtihatlarında kabul edilmiştir. Bkz: *Godelli v. Italy*, *Odièvre v. France*. AİHM'nin bu yaklaşımını, çocuğun ehliyetine ilişkin olası davalarda da sürdüreceği değerlendirilebilir. Türk anayasa hukuku bakımından çocuğun menfaatlerinin yarışan menfaatler karşısında mutlak üstün kabul edileceğine ilişkin bir anayasal hükmün (paramount consideration) yer almadığı göz önünde bulundurulduğunda çocuğun ehliyeti sınırlandırırken, çocuğun menfaatleri ile birlikte yarışan diğer üstün ve ciddi kamusal menfaatlerin de göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilebilir. Ancak anayasasında çocuğun menfaatlerine mutlak öncelik verileceği kabul edilen ülkelerde, mutlak biçimde çocukların menfaatlerinin gereklerini esas alan bir ehliyet yaşı belirlenmesinin anayasal zorunluluk olduğu ifade edilebilir. Bu anayasalara örnek olarak bkz: Gana AY md. 28, İrlanda AY md. 42, Kenya AY md. 53, Somali AY md. 29, Güney Sudan AY md. 17, Zimbabve AY md. 81.

¹⁴⁹⁷ Kuşkusuz yasama yetkisinin asliliği ve ilköllüğü ilkeleri, anayasa ile açıkça yasama organına yetki verilmesine gerek olmaksızın yasama organının, anayasaya aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapmakla yetkili olmasını gerektirir. Dolayısıyla yasama organı anayasada yer alan haklar bakımından bir yaş sınırı öngörülmesi konusunda anayasanın yetki vermesine gerek duymaksızın düzenleme yapabilir.

yapılması, demokratik toplum düzeninin gerekleri çerçevesinde çocuğun korunması amacına ve çocuğun menfaatlerine uygun olması, ayrıca gerçekleştirilmek istenen amaç bakımından ölçülü ve orantılı olması anayasal bir zorunluluktur. Bu nedenle belirlenen yaş sınırının demokratik bir toplumda çocuğun korunması amacını gerçekleştirecek ölçüde seçilmesi, başka uygun önlemlerin de değerlendirilmesi gerekir.

Bu güvenceler çerçevesinde Türk anayasa hukuku bakımından yasama organının çocuğun korunma ihtiyacı ile gelişen yetkinliğinin göz önünde bulundurularak kararların alınmasına katılma hakkını birbiri ile dengelemeyi amaçlayan bir yaklaşımı benimsemesinin anayasaya uygun olduğu ifade edilebilir.

Yasa koyucunun, genel rüşt yaşından ayrı olarak belli bir konuda, belli bir çocuğa ehliyet tanınmasının değerlendirilmesine olanak vermek amacıyla bir yaş haddi belirlemesi konusu, anayasa hukuku bakımından çocuğun gelişen yetkinliği ve korunma ihtiyacının birlikte göz önünde bulundurularak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir tercihte çocuğun yaşam, maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları ile özel yaşam ve aile yaşamına saygı haklarından kaynaklanan güvencelerin her bir somut olayda dengelenmesi gerekir. Demokratik toplum düzeninin ilkelerini benimsemiş, kişilerin eşit kabul edildiği, bunun sonucu olarak çocukların da eşit ve özerk hak özneleri olarak kabul edildiği bir anayasal düzende, çocuklar üzerindeki velayet yetkisinin çocuğun korunması amacına yönelik hak yüküm niteliğinde bir yetki olduğunun kabulü zorunludur. Bu yaklaşımın AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da kabul edildiği bu çalışmada ortaya konmuştu. Bir çocuğun gelişen yetkinliğinin değerlendirilmesine dayanan ehliyet yaşı öngörülmesi, bazı alanlarda çocuğun korunma ihtiyacının öne çıkarılarak özerkliğinin sınırlanmasını gerektirirken, bazı alanlarda somut olayın koşullarına göre çocuğun ana babasının katılımı olmaksızın bağımsız karar alabilme hakkının tanınmasını gerektirebilir. Örneğin çocuğun kendi başına velisinin rızası olmaksızın adli ya da tıbbî danışma hizmetinden yararlanması, velisinin rızası

aranmaksızın kendisi ile ilgili işlemler hakkında yetkili idari makamlara ya da adli makamlara şikâyetle bulunması, mahkeme önünde tanıklıkta bulunması, sağlık yardımı alması gibi hakları tek başına kullanması, özellikle aile içinde çocuğa yönelik ihmal ve istismar durumlarında tek başına kamusal makamları ve yargısal süreçleri harekete geçirmesi çocuğun ihmal ve istismardan kurtulması bakımından yaşamsal öneme sahip yetkililerdir. Çocuğun bu tür yetkileri “tek başına” kullanabilmesi bakımından asgari yaş sınırı öngörülmesi, bu yaş altında kalan çocukların mutlak olarak bu haklardan yararlanmalarını engelleyeceğinden, anayasal hakların ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle çocuğun yaş ve olgunluğu dikkate alınarak ehliyetinin değerlendirilmesine olanak veren düzenlemelerin, herkesin anayasal haklardan yararlanması konusunda devletin yükümlülüğünü kabul eden anayasal hükümlerin de gereği olduğu değerlendirilebilir.

Ancak özellikle çocuğun maddi ve manevi varlığı ve özel yaşamına saygı hakkına ilişkin konularda çocuğun tek başına haklarını kullanmasında mutlak bir asgari yaş sınırı belirlenmesi yerine, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme ve yaş ve gelişimine uygun olarak görüşlerine gereken önemin verilmesi hakkının tanınması ayrıca ayrımcılık yasağına ilişkin 10’uncu madde ile herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu kabul eden 12’nci maddenin de bir gereğidir.

Konunun ulusal hukuklarda düzenlenme biçimi incelendiğinde, bazı devletlerin belli hakları kullanma ehliyetinin kazanılması bakımından yasal yaş sınırı belirlemeye ek olarak, çocukların yeterli kavrama becerisine eriştiklerinde, belli konularda kendileri adına bağlayıcı karar alma hakkı kazanacaklarını düzenleyen, bu niteliğiyle çocuğun

gelişen yeteneklerinin değerlendirilmesini esas alan hükümlere yer verdikleri görülmektedir¹⁴⁹⁸.

Türk hukuku bakımından, ergin kabul edileceği döneme kadar kişi; çocuk veya Medeni Kanun'un tercih ettiği terim ile küçüktür. Medeni Kanunun 11'inci maddesi, on sekiz yaşın doldurulmasıyla kişinin ergin sayılacağını düzenlemiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında evlenmenin kişiyi ergin kılacağı düzenlenerek, evlenen kişi bakımından rüşt yaşının aşağıya çekilmesinin önü açılmıştır¹⁴⁹⁹. Kanun'un 12'nci maddesi ise, on beş yaşını dolduran küçüğün, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabileceğini düzenlemiştir. Çocuğun erginliğine karar verilirken “gelişen yetkinliği”nin göz önünde bulundurulması ve reşit kılınmanın çocuğun yararını korumaya hizmet edip etmeyeceğini de değerlendirmesi gerektiği açıktır. Çocuk Koruma Kanunu'nda ise çocuk, “daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmakta, mahkeme kararı ya da evlenme yoluyla ergin kılınmış olsa bile, rüşt yaşına ulaşmamış kişiler Çocuk Koruma Kanunu hükümlerinden yararlandırılmaları amacıyla çocuk sayılmaktadır. Görüldüğü üzere Türk hukuk sisteminde, hâkim kararıyla ergin kılınmak dışında, çocukluk statüsü yaş ile ilişkilendirilmiş, fiziksel ya da bilişsel olgunluk gibi herhangi başka bir nitelik dikkate alınmamıştır.

¹⁴⁹⁸ Bu yönde esnek bir sistemin kabul edildiği bir hukuk düzeninin çocuklar bakımından yararının, katı yaş sınırlamasından kaçınılması, olumsuz yönünün ise çocukların yeterli kavrama yetkinliğine erişip erişmediği konusunda uyumsuzluk durumunda, “çocuğun gelişen kapasitesi”nin değerlendirilmesi yetkisini, aile mahkemesi hâkimine bırakarak ailenin iç işleyişini kamu müdahalesine açık hale getirmesi olduğu öğretilde ifade edilmektedir. HODGKIN – NEWELL, **Implementation Handbook**, s. 2.

¹⁴⁹⁹ Medeni Kanunun 124'üncü maddesine göre erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. İmkân bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir. Maddenin ilk fıkrası hükmü açıkça evlenmek için 17 yaşının doldurulmasını şart koşmuştur. Maddenin ikinci fıkrası ise olağanüstü evlenme yaşını düzenlemiştir. Bu hükme göre hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple 16 yaşını doldurmuş erkek ve kadının evlenmesine izin verebilir.

Ancak ergin sayılıp sayılmadığından bağımsız olarak çocuğun ana babasının muvafakati bulunmasa da tek başına sağlık veya hukuk yardımı alması ya da yargısal makamlara başvuru hakkının mutlak olarak yasaklanması, çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ile özel yaşamına saygı hakkının ihlal edilmesini gündeme getirebilir. İnsan yaşamının on sekiz yaşının tamamlanmasına değin uzanan çocukluk döneminde, çocuğun korunmasını ve gelişimini desteklemesini konu alan menfaatleri ile çocuğun özerk bir kişi olarak kabul edilmesi ve tam donanımlı bir kişi olarak yetişkinliğe hazırlanması menfaatine ilişkin hakların, çocuğun yaşına bağlı olarak kazandığı ağırlık ve önem farklılık gösterir. Çocuğun gelişen yetkinliğinin göz önünde bulundurulmasına imkân veren bir yaklaşımın Türk hukuku bakımından anayasaya daha uygun olduğu değerlendirilebilir.

Sözleşme'nin denetim organı Komite, devletlerin Sözleşme'de kabul edilen asgari yaş sınırının altında bir rüşt yaşı benimsemeleri durumunda, yasa ile belirlenen yaş sınırının Sözleşme'nin dayandığı ilkelere uygun olmasını önemle vurgulamaktadır¹⁵⁰⁰. Buradan hareketle devletlerin, Sözleşme'den farklı bir yaş sınırı belirlerken “eşitlik ilkesine” riayet etmek zorunda oldukları, kız ve erkek çocukları için farklı rüşt yaşı belirleyemeyecekleri ifade edilmelidir¹⁵⁰¹. Ayrıca Komite, Sözleşme'den farklı bir rüşt yaşı belirlenirken çocuğun yararının esas alınması, yaşama ve hayatta kalma hakkının tanınması, gelişen yetkinliği ile uyumlu olarak özel ya da ilave koruma önlemleri alınmasını ve farklı konularda çocuğun ehliyetini düzenleyen yasal düzenlemeler arasında uyum bulunmasını tavsiye etmektedir¹⁵⁰². Komite, taraf devletlere hukuk sistemlerinde çocuk tanımını gözden geçirmelerini ve özellikle cinsel dokunulmazlık alanına ilişkin konularda geçerli rızada bulunabilme, işgücüne katılma ve cezai

¹⁵⁰⁰ HODGKIN – NEWELL, **Implementation Handbook**, s. 2.

¹⁵⁰¹ **CRC/C/GC//20**, parag. 1.

¹⁵⁰² **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 3.

sorumluluk yaşlarının, çocuğun korunması amacıyla mümkün olduğunca yükseltilmesini önermektedir¹⁵⁰³.

Diğer yandan çocuğun 18 yaşından önce yasal düzenlemelerle ehliyetli sayıldığı durumların anayasaya uygunluğu sorunu gündeme gelebilmektedir. Evlenme ehliyeti, çalışma ehliyeti ve cezai sorumluluk ehliyetine ilişkin yasal düzenlemeler ile 18 yaşından önceki bir yaştan ehliyetli sayılmak bakımından yeterli kabul edilmesinin anayasaya aykırılık teşkil ettiği itirazı gündeme gelebilmektedir.

AIHM önüne çocukların oldukça küçük bir yaşta ceza hukuku bakımından ehliyetli sayılmalarının Sözleşme'ye aykırı olduğu iddiası getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi önüne ise on sekiz yaşına kadar çocukların farklı bir ceza rejimine tabi olmalarının on sekiz yaşını bir gün geçmiş kişiler ile kıyaslandığında eşitlik ilkesine aykırılığı iddiası getirilmiştir¹⁵⁰⁴. Çocuklar için ceza ehliyeti bakımından farklı ehliyet yaşlarının kabul edilmesinin eşitlik ve hukuk devletine aykırılık teşkil edeceğinin somut norm denetimi yoluyla ileri sürüldüğü davada Anayasa Mahkemesi, öncelikle yasa önünde eşitliğin, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulması anlamına gelmediği, durumlarındaki özelliklerin, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirdiği yönündeki içtihadını yinelemiş, suça sürüklenen çocuklar olarak nitelendirdiği çocukların, olayları kavrama ve değerlendirme yeteneği, işlenen suçun sebep ve sonuçlarını değerlendirebilecek akli, ruhi ve fiziki olgunlukları, geçerli hukuki işlem yapabilme, kendini savunma ve kendini üçüncü kişilere karşı temsil etme bakımından reşit kişilerden farklı konumda olduklarını ifade ederek reşit kişilerle farklı

¹⁵⁰³ CRC/C/58/Rev.3, parag. 40.

¹⁵⁰⁴ Türk hukuku bakımından çocukların ceza sorumluluğunun başlangıcı konusunda asgari yaş sınırı 12 olarak kabul edilmiştir (TCK md. 31/1). 12 yaşından küçük çocukların (TCK md. 33) ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiş; 15 yaşından küçük 12 yaşından büyük çocuklar bakımından ise kural olarak ehliyetsiz oldukları, ancak işledikleri fiilin anlam ve önemini kavrayabildikleri takdirde cezai sorumluluklarının gündeme geleceği kabul edilmiştir. 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte 18 yaşını doldurmamış olan çocuklar (TCK md. 31/3) bakımından ceza sorumluluklarının bulunduğu kabul edilmiş, ancak bu kişilerin yaş küçüklüğü nedeniyle kusurluluk hallerinin diğer kişilerden daha az olduğu kabul edilerek cezalarında bir indirim kabul edilmiştir.

ceza ve ceza usul kurallarına tâbi tutulmalarında Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir durumun bulunmadığını kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca çağdaş devletlerin ceza hukuku ve ceza usul hukuku uygulamalarında da reşit olan suçlular ile çocuk suçluların, farklı konumda olduklarının kabul edildiğine işaret etmiştir. Benzer bir ihlal iddiası AİHM önüne de gelmiştir. 10 yaşında iki çocuğun okuldan kaçarak kaçırdıkları iki yaşındaki bir bebeği öldüresiye dövmele, sonrasında tren raylarına bırakarak ölümüne sebebiyet vermelerine ilişkin davada, ceza ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilerek yargılanmaları ve hapis cezasına çarptırılmaları sonrasında, yargılama usulü yanında içinde bulundukları yaşta cezai ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilmesinin Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde düzenlenen insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir. AİHM on yaşındayken işlenen eylemler nedeniyle cezai sorumluluğun kabul edilmesini, kendi başına, 3'üncü maddenin ihlal edilmesine yol açıp açamayacağını değerlendirirken, Avrupa'da ceza sorumluluğına ilişkin henüz genel olarak kabul edilmiş bir asgari yaşın bulunmadığını, genel olarak Akit Devletlerin çoğunun, İngiltere ve Galler'de geçerli olanlardan daha yüksek olan bir yaş sınırı benimsemiş olsalar da, Kıbrıs, İrlanda, Lihtenştayn ve İsviçre gibi diğer Devletlerin çocuklara daha küçük yaşlardan itibaren cezai sorumluluk yüklediklerini, ilgili uluslararası metinlerin incelenmesinden net bir eğilim tespit edilemediğini, bağlayıcı olmasa da, uluslararası bir uzlaşmanın ürünü olan Pekin Kurallarında suç sorumluluğunun hangi yaşta başlaması gerektiğinin belirlenmediğini, ÇHS'nin de Taraf Devletlere çocukların ceza ehliyetine sahip olmadıklarını öngören bir yaş sınırı belirleme yükümü getirmekle birlikte Sözleşmede bu yaşın sınırı konusunda bir hüküm bulunmadığını değerlendirerek, on yaşında cezai ehliyetin kabul edilmesinin, AİHS'nin 3'üncü maddesinin ihlalini gündeme getirmeyeceğini kabul etmiştir.¹⁵⁰⁵

¹⁵⁰⁵ T. v. The United Kingdom, (Appl. No: 24724/94), 16.12.1999, parag. 70-72.

ÇHS, çocuğun bazı alanlarda özel olarak korunması gereken sürenin, devletlerin yasal düzenlemeleri ile kısaltılmasının önüne geçmek istemiş, bu alanlarda asgari yaş haddini bizzat kendisi belirlemiş, böylece devletlerin takdir yetkisini kaldırmıştır. Bu çerçevede, Sözleşme'ye göre 18 yaşının altındaki çocuklar idam cezasına ve ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilemezler (madde 37), on beş yaşından küçük çocuklar askere alınamazlar (madde 38)¹⁵⁰⁶. Ayrıca Sözleşme, bazı konularda, devletlerin bir alt sınır getirmesini emretmektedir. Buna göre, işe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı getirilmesi, cezai sorumluluk ve zorunlu eğitim için bir yaş sınırı belirlenmesi Sözleşme'nin gereğidir.

Komite, Sözleşme'nin amaçları bağlamında kabul edilemeyecek ölçüde düşük bir yaş sınırı belirlenmesini onaylamamakta ve 18 yaşın altındaki çocukların iç hukuk kuralları gereği rüşte ermiş sayıldıkları durumlarda dahi, devletlerin Sözleşme ile öngörülen yükümlülüklerden kurtulamayacaklarını ifade etmektedir¹⁵⁰⁷. Ayrıca Komite devletlerin rüş yaşını genel geçer objektif bir hukuk kuralına bağlamış olmalarını gerekli görmektedir. Örneğin Suudi Arabistan tarafından Komiteye sunulan 2006 yılına ilişkin Periyodik Raporda, çocuğun daha erken bir yaşta ergenliğe ulaşmış ulaşmadığını değerlendirme konusunda hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunun bildirilmesi üzerine Komite, çocuk adalet sistemi de dâhil olmak üzere özel durumlar için bir istisna öngörülmezsizin rüş yaşının 18 olarak açık bir şekilde düzenlenmesini tavsiye etmiştir¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁶ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki Seçmeli Protokol, kişilerin silah altına alınması ve silahlı çatışmalarda kullanılması konusunda yaş sınırını 18 olarak belirlemektedir.

¹⁵⁰⁷ CRC/C/GC//20, parag. 40.

¹⁵⁰⁸ Committee on the Rights of the Children, Concluding observations: Saudi Arabia 17.3.2016, CRC/C/SAU/CO/2, parag. 25-26.

Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında rüşt için on sekizden daha büyük bir yaş sınırı belirlenmesi önerisi reddedilmiştir¹⁵⁰⁹. Sözleşme, Sözleşme'de öngörülen ilkelerle uyumlu olmak ve hakların hayata geçirilmesini engellemek şartıyla, daha yüksek ya da daha düşük bir rüşt yaşı belirlenmesini yasaklamamaktadır. Ancak tehlikeli işlerde çocukların istihdamı, cinsel dokunulmazlığa ilişkin konularda rıza, cezai ehliyet, hapis cezası, askeri yükümlülük gibi konularda Sözleşme'nin çocuğu korumayı amaçlayan hükümlerine ilişkin asgari yaş sınırının mümkün olduğunca yüksek olarak belirlenmesi, çocuğun korunma hakkının yaşama geçirilmesi bakımından önemlidir.

Uzun bir süreci kapsayan çocukluğun farklı aşamalarında, çocukların, korunma, gelişiminin desteklenmesi, kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılımının sağlanması ve görüşlerine yaş ve olgunluk seviyesine uygun olarak önem verilmesi haklarına duydukları gereksinim ve bu haklardan yararlanmaları için alınması gereken önlemler farklılık göstermektedir. Bakım ve gözetim ihtiyacının karşılanması için bir yetişkine sıkı biçimde bağlı olan çocukların hakları ile artık bir yetişkinin yardım ve desteğine doğrudan ihtiyaç duymayan çocuklar bakımından öne çıkan haklar farklılık gösterdiği gibi, bu hakların yaşama geçirilmesi bakımından devlet ve ebeveyn başta olmak üzere çocuk haklarının muhataplarının edimlerinin niteliği de farklılık göstermektedir.

Bu nedenle çocuk haklarının öznesi konusunun, küçük çocuklar ve erişkin çocuklar olarak iki ayrı kategoride incelenmesi gerekli görülmüştür. Bu ayrımı açıkça benimseyen anayasal düzenlemeler mevcuttur. Ancak öncesinde, anne karnındaki çocuğun, anayasa hukukundaki statüsünün, çocuğun hakların öznesi olarak kabul edildiği anın başlangıcı ile ilgili olması nedeniyle incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

¹⁵⁰⁹ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 115-116.

Diğer yandan çocukların gelişen bireyler olmasına dayanan bu ayırım, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının (1982 AY. md. 17) da bir gereği olan çocuğa ilişkin her bir işlemde gelişim seviyesinin göz önünde bulundurulması ve korunmasını gerektiren haklar ile özerk bir özne olarak kendi hukukuna ilişkin işlemlere katılma haklarının dengelenmesi (evolving capacities) ilkesinin uygulanması bakımından elverişli bir çerçeve sunmaktadır. Görüldüğü gibi anayasa hukuku bakımından çocukluğun sona erme anı belirlenirken çocuğun korunma hakkı ile gelişen yetkinliğine uygun olarak görüşüne önem verilmesi haklarının birbiri ile dengelenerek bir sonuca ulaşılması önerilebilir.

A. Anayasa Hukuku Bakımından Ceninin Statüsü

Çocuğun haklardan yararlanmaya başladığı an konusunda, çocukluğun sona ermesi konusundaki gibi üzerinde uzlaşılmış bir sınırdan söz etmek mümkün görünmemektedir.

Bir hukuk sisteminde çocukluğun başlangıç anının tespiti, kişiliğin başlangıcı ve dolayısıyla kişiler için öngörülen haklardan yararlanmaya başlama anının belirlenmesi tartışmaları etrafında şekillenen bir konudur. Hukukun çeşitli alanlarında özellikle miras hukuku ve haksız fiil hukuku başta olmak üzere, aile ve velayet hukuku, çocuk koruma hukuku alanlarında doğmamış çocuğa bir takım haklar tanındığı ve bazı korumalardan velisi ya da vasisi aracılığıyla yararlanabileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, tanımayla birlikte evlilik dışı baba ile çocuk arasında kurulan sahih olmayan nesep bağının sonuçlarını, çocuğun ana rahmine düştüğü tarihten itibaren doğuracağını kabul etmiştir¹⁵¹⁰.

Anayasal düzenlemelerinde açıkça ceninin haklarını tanıyan ülkelerden söz etmek mümkündür. Bu anayasal düzenlemelerin, ceninin özellikle yaşam hakkını koruma altına

¹⁵¹⁰ AYM, E: 1987/1, K: 1987/18, K.T: 11/9/ 1987.

almayı amaçladığı görülmektedir. Arjantin Anayasası, ceninin korunma hakkını, (md. 75), Dominik Cumhuriyeti Anayasası, gebeliğin başlangıcından itibaren ceninin yaşam hakkının dokunulmazlığını (md. 37), Filipinler Anayasası gebeliğin başlangıcından itibaren devletin doğmamış çocuğun yaşam hakkını koruma yükümü altında olduğunu (12'nci bölüm), Şili Anayasası, doğmamış çocuğun yaşam hakkını (md. 19), Honduras Anayasası, kanunla belirlenen sınırlar çerçevesinde ceninin tüm hakların koruması altında olduğunu (md. 67), İrlanda Anayasası, annenin yaşama hakkına gereken saygı dikkate alınarak ceninin yaşam hakkının korumasından yararlanacağını (md. 40), Norveç Anayasası, doğmamış çocuğun miras hakkını, (md. 6), Peru Anayasası doğmamış çocuğun, ihtiyaç duyduğu tüm hakların korumasından yararlanacağını (md. 2), Filipinler Anayasası anne ve doğmamış çocuğun eşit olarak yaşam hakkının koruması altında olduğunu (md. 12), Uganda Anayasası, kanun tarafından izin verilen durumlar dışında, kürtajın yasak olduğunu (md. 22), Zambiya Anayasası, kanun tarafından izin verilen durumlar dışında ceninin yaşam hakkına müdahale edilemeyeceğini, (md. 12), Zimbabwe Anayasası doğmamış çocuğun yaşam hakkının garanti altında olduğunu ve ancak kanunla öngörülen durumlarda bu hakka müdahale edilebileceğini (md. 48) hüküm altına almıştır. Alman Anayasa Mahkemesi, doğmamış çocuğun yaşamının değerinin en azından annenin yaşamının değerine eşit olduğunu, insan yaşamının kutsallığı ilkesinden ceninin doğumdan önce de yararlanabileceğini kabul etmiştir¹⁵¹¹. Avrupa'da ise İrlanda, İspanya, Portekiz ve İtalya anayasaları doğum öncesi dönemde yaşam hakkını korumaktadır. Bu sayılan örnekler dışında, anayasaların ceninin hakları konusunda sessiz kalmayı tercih ettikleri değerlendirilebilir.

1982 Anayasasında da doğmamış çocuğun haklarına ya da hukuki statüsüne ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Çocuğun haklarının korumasından yararlanmaya

¹⁵¹¹ 28 Mayıs 1993 tarihli karar. Bkz: BUEREN, **Child Rights in Europe**, s. 56.

başlama anına ilişkin bir anayasal düzenleme de bulunmamaktadır. Öncelikle temel hak ve özgürlükler ve kişi hakları bakımından 1982 Anayasasında kullanılan sözcük “herkes” sözcüğüdür. Örneğin Anayasanın 12’nci maddesinde “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*” Yine 17’nci maddeye göre “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” 20’nci madde uyarınca “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” Yine, kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19’uncu madde, haberleşme hürriyetini düzenleyen 22’nci madde, yerleşme ve seyahat hürriyetini düzenleyen 23’üncü madde, din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 24’üncü madde, düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26 ve 27’nci maddeler düzenledikleri hakkın öznesinin “herkes” olduğunu ilan etmektedir ve bu örnekleri artırmak mümkündür. “Herkes” sözcüğünün, ceninin hakları bakımından gündeme getirdiği soru, cenini de içerip içermediğidir.

Konuya yaklaşılrken Anayasanın 12’nci maddesinde yer alan “herkes ... temel haklara sahiptir” hükmünün hak sahipliği bakımından doğmuş olma durumunu özel bir şart olarak aramadığı göz önünde bulundurulmalıdır¹⁵¹². Buradan hareketle anne karnındaki çocuğun özel durumuna uygun olan haklardan yararlanabileceği sonucuna ulaşılabilir. Bu haklardan özellikle kişi dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği örneğinde olduğu gibi doğmuş olma ya da henüz anne karnında bulunma bakımından hiçbir fark bulunmadığı dahası “müdahaleyi men” yeteneğinden yoksun cenini özel olarak korumayı amaçlayan hükümlerin ihdası gibi pozitif yükümlerin bulunduğu ileri sürülebilir. Din ve vicdan hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, toplanma ve dernek kurma

¹⁵¹² Aynı yönde bkz: ÇOBAN, “Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü”, s. 92.

özgürlüğü gibi anayasal hakların bir kısmı bakımından, ceninin doğası gereği bu hakların öznesi olmayacağı açıktır.

Buradan hareketle anne karnındaki çocuğun sağlıklı gelişiminin desteklenmesi bakımından kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (AY. md. 17) ile çocuğun maddi ve manevi varlığını korumayı sağlıklı gelişimini desteklemeyi konu alan hakların korumasından yararlanabileceği açıktır. Bu yaklaşım çocuk koruma hukuku bakımından kabul edilmiştir. Çocuk Koruma Kanunu'nda çocuğun doğumdan önce Kanunda öngörülen tedbirler aracılığıyla korunma haklarından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Benzer bir hüküm Medeni Kanunda da yer almaktadır.

Anayasa hukuku öğretisinde Kanadoğlu, doğmamış insan yaşamının, ailevi ve sosyal şartlardan veya kadın ve ailenin hayat ilişkilerinden kaynaklı tehlikelerden korunması görevinin, devletin yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri arasında olduğunu değerlendirmektedir¹⁵¹³.

Diğer yandan öğretideki, Anayasanın 12'nci madde hükmünün, insanın bazı haklara ve özgürlüklere doğuştan sahip olduğu anlayışına dayanan doğal hukuk kuramına uygun olarak, doğmuş olmak koşulunu örtük biçimde içerdiği gerekçesiyle reddeden yaklaşıma da değinmek gerekmektedir. Bu görüş uyarınca 17'nci maddede, herkesin yaşam hakkı “kişiliğin dokunulmazlığı” başlığı altına yerleştirilerek kişiliğe bağlanmıştır. Kişilik ise, Türk Medeni Kanununa göre “*çocuğun sağ ve tam doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” Buradan hareketle, Anayasada yer verilen temel haklara, yalnızca sağ doğmuş olan kişilerin sahip olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁵¹⁴.

¹⁵¹³ Korkut KANADOĞLU, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 119, 2015, ss. 11-34, s.15.

¹⁵¹⁴ SOYSAL, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 137.

Oysa başka yasal hükümler dikkate alındığında, temel hakları kişi hakları olarak gören bu yorumun benimsenmediği görülecektir¹⁵¹⁵. Nitekim, yasalarda yalnızca kişinin değil, doğmamış olan çocuğun da hak sahibi olduğunu kabul eden hükümler de yer almaktadır. Bu bağlamda Medeni Kanunda yapılan hak ehliyeti ve fiil ehliyeti ayrımı önemlidir. Buna göre, “her insanın hak ehliyeti vardır” (md. 8) ve hiç kimse hak ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez (md. 23). Yasa sağ doğmak koşuluyla, çocuğun ana rahmine düştüğü andan başlayarak hak ehliyetini kazandığını kabul etmektedir. Kanun’un düzenlemesinin, ceninin her insanın sahip olduğu ve vazgeçemeyeceği hak ehliyetine sahip olduğu yönündeki Anayasal hükümle (md. 12) uygun olduğu görülmektedir¹⁵¹⁶. Üstelik bu hak ehliyeti, çocuğun doğmasına kadar da ertelenmiş değildir, cenin ölmediği sürece hak ehliyetine sahiptir. Medeni Kanun’un açık düzenlemesi uyarınca “*çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” Görülüyor ki cenin, doğumdan önceki tüm evrelerde her insanın sahip olduğu ve vazgeçemeyeceği hak ehliyetine sahiptir. Herkes kavramının cenini de içerdiği kabul edildiğinde ceninin; dokunulmaz, devredilmez temel hakları olarak yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (md. 17), özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına (md. 20), mülkiyet ve miras haklarına ((md. 35), meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına (md. 36), kanuni hâkim güvencesine (md. 37), Anayasa ile tanınmış hakları ihlal edildiğinde yetkili makama geciktirilmeden başvurma olanağının sağlanması hakkına (md. 40), sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına (md. 56), sosyal güvenlik hakkına (md. 60) sahip olduğu değerlendirilebilir.

¹⁵¹⁵ Aynı yönde bkz. ÇOBAN, “Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyo’nun Hukuki Statüsü”, s. 91.

¹⁵¹⁶ ÇOBAN, “Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyo’nun Hukuki Statüsü”, s. 92.

Ayrıca medeni hukuk alanında ceninin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ya da kişilik haklarının ihlali nedeniyle velayetin kaldırılması, cenine vasi atanması gibi özel hukuk korumalarından yararlanma hakkı açıkça tanınmıştır.

AİHS çerçevesinde kürtaj hakkı tanınmasının yaşam hakkının ihlali niteliğinde olduğu iddiası Mahkeme önüne taşındığı gibi, kürtajın yasaklanmasının özel yaşama saygı hakkının ihlali niteliğinde olduğu konusu da Mahkeme önüne taşınmıştır. Örneğin karısının kürtaj olma kararına karşı aile mahkemesi hakiminden önleyici bir karar vermesi talebinde bulunan kocanın talebinin reddedilmesi üzerine gündeme gelen ve İngiliz hukukunun doğum öncesi yaşamı korumadığı şikayetini içeren *W.P. v. the United Kingdom* davasında Komisyon, doğmamış çocuğun 2'nci madde çerçevesinde korunup korunmadığı konusunu ele almış ve Mahkeme, “herkes” sözcüğünün hemen hemen tüm durumlarda sadece doğumdan sonra uygulanacağını¹⁵¹⁷, Sözleşme çerçevesinde fetüse mutlak bir yaşam hakkının tanınmadığını kabul etmiştir¹⁵¹⁸. Sonraki tarihlerde de embriyonun veya fetüsün yaşam hakkının ihlali gerekçesiyle AİHM'ye yapılan başvurulara ilişkin hiçbir kararında Mahkeme yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmemiştir.

Fetüsün yaşamının kasıtlı olmayan bir müdahale sonucu sona ermesi üzerine, sorumlu doktorun yalnızca hukuk davasına muhatap olması ve Fransa hukukunda fetüsün yaşam hakkının ihlali halinde ceza yaptırımını uygulanmasını öngören bir yasanın bulunmamasının, fetüsün yaşam hakkının korunması bakımından yetersiz bir hukuki koruma sağladığı ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali niteliğinde olduğunun ileri sürüldüğü *Vo v. France* davasında¹⁵¹⁹ AİHM, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2'nci

¹⁵¹⁷ *W.P. v. the United Kingdom* , (Appl. No: 8416/78), 13/05/1980, parag. 8.

¹⁵¹⁸ parag. 17, 18.

¹⁵¹⁹ Dava konusu olayda başvuru, gebeliğinin altıncı ayında kontrol amacıyla hastaneye gitmiştir. Hastanede isim karışıklığı nedeniyle başka bir hastaya yapılması planlanan amniyotik sıvı örneği alınması işlemine maruz kalmış bu işlem sonucunda bebeğin yaşamı sona ermiş ve kürtaj yaptırmak

maddesinin amaçları bakımından bir kişi olup olmadığının değerlendirilmesine bu dava çerçevesinde girişmeyeceğini, yaşam hakkının sağlık çalışanlarının kasdi olmayan davranışları nedeniyle ihlali halinde devletin yaşam hakkının korunması çerçevesinde gündeme gelen pozitif yükümlülüklerinin etkili bir yargı sistemi kurmasını getirdiği ancak bu pozitif yükümün her durumda bir ceza hukuku yolunun sağlanmasını kapsamadığına ilişkin önceki kararlarında da benimsediği içtihadını bu dava bakımından da yinelemiştir. Tıbbi ihmal nedeniyle gündeme gelen yaşam hakkı ihlallerinde ilgili doktorların hukuk yargılaması sonucu tazminat ödemeye mahkum edildiklerine işaret ederek somut olayda 2’nci maddenin uygulanabilir olduğu varsayımında dahi Devlet adına bir başarısızlığın bulunmadığını kabul etmiştir¹⁵²⁰.

Diğer yandan Mahkeme bu kararında, fetüsün insan ırkına ait olduğunun devletler arasında bir ortak zemin olarak kabul edilebileceğini, var olma potansiyeli ve insan olma kapasitesinden hareketle özellikle özel hukuk bakımından kendisine haklar tanındığını, AIHS’nin 2’nci maddesinin amaçları bağlamında “yaşam hakkına” sahip bir “kişi” olarak nitelenmeksizin, insanlık onuru kavramından hareketle korunması gerektiğini kabul etmiştir¹⁵²¹.

Bir kısım anayasal haklar bakımından ceninin hakları ile üçüncü kişilerin hakları çatışabilmektedir. Örneğin, annenin irade hürriyeti ve vücut bütünlüğü hakkı ile ceninin yaşam hakkı, bilimsel faaliyette bulunma hakkı ile ceninin vücut bütünlüğü ya da yaşam hakkı çatışabilmektedir. İşte böylesi durumlarda çatışan haklardan hangisine üstünlük tanınacağını anayasada çatışan bu hakların dengelenmesine ışık tutabilecek ilkeler göz önünde bulundurulabilir. Örneğin Anayasanın 2 ve 5’inci maddelerinde yer alan Devlete

zorunda kalmıştır. Bu sebeple de çocuğun kasıtsız öldürülmesi gerekçesiyle ceza davası açılmasını talep etmiştir.

¹⁵²⁰ *Vo v. France*, (Appl. No: 53924/00), parag. 90,91.

¹⁵²¹ *Vo v. France* (Appl. No: 53924/00), parag. 84.

insan haklarının korunması ve insanın maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi için gerekli önlemleri alma yükümü, Devletin doğumdan önce de kişinin haklarının korunması amacıyla önlemler almasını gerektirir. Bu çerçevede Devlet, doğumdan önce de kişinin maddi ve manevi varlığı tehdit eden deneylere maruz kalmama, çevresel etkilere maruz kalmama, ya da haksız eylemlere maruz kalmama hakkını korumakla yükümlüdür.

Çatışan menfaatlerin dengelenmesi konusu özellikle annenin yaşam ya da maddi ve manevi bütünlüğü hakkı, özel yaşam hakkı ile fetüsün yaşam hakkının dengelenmesi konusu da bir anayasal sorun olarak gündeme gelebilmektedir.

AIHM önüne cenin yaşam hakkı ile hamile kadının hakları konusunun dengelenmesini ele aldığı başvurular gelmiştir. Örneğin *Tysiac v. Polond* davasında başvuran, gebeliğini normal süresi içerisinde tamamlayıp doğum yapması durumunda hâlihazırda ağır düzeyde seyreden miyop hastalığının daha da kötüye gidebileceği yönünde ikaz edilmesi üzerine gebeliğini tıbbi kürtaj yoluyla sonlandırmak istemiş, fakat bu talebi reddedilmiştir. Başvuran, çocuğu doğduktan sonra retina kanaması geçirmiş ve ağır engelli hale gelmiştir. AIHM bu davada başvuranın, yasal kürtaj sağlanmasına yönelik koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesini sağlayacak etkin bir mekanizmadan mahrum bırakıldığını ifade ederek, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁵²².

A, B, C v. Ireland davasında başvurucular ülkelerinde kürtaja izin verilmemesinin Sözleşme'nin yaşam, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ve özel yaşam haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. AIHM ilk iki başvuru için uğradıkları zarar bakımından iç hukukta başvurabilecekleri hukuki yollara sahip olduklarını dikkate alarak ihlal olmadığına yaşam ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının sınırlarının

¹⁵²² *Tysiac v. Poland*, (Appl. No: 5410/03), 20.3.2007, parag. 124,125.

aşılmağına karar vermiştir¹⁵²³. İlk iki başvuru bakımından özel yaşama saygı hakkı bakımından devletin yükümlülüğünün negatif bir yükümlülük olduğuna işaret eden Mahkeme, İrlanda yasalarına göre doğmamış çocuğun yaşama hakkına uygulanan korumanın, yaşamın doğasına ilişkin derin ahlaki değerlere dayandığını tespit etmiş¹⁵²⁴ ve bu korumanın çerçevesini belirlemenin, yaşamın ne zaman başladığı sorusunu içeren tek tip bir Avrupa ahlak anlayışı bulmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle, akit devletin takdir yetkisinde olduğunu kabul etmiştir¹⁵²⁵. C ise diğer iki başvurucunun iddialarına ek olarak gebeliğinin hayatını tehdit ettiğini belirtmiştir. Ancak ülkede kürtaj yapma hakkını göstermeye yarayan herhangi bir yasal mevzuatın olmadığını, mevzuatta kürtaj için aranan ‘gerçek ve ciddi bir risk’ kavramının muğlâk olduğunu ve bunun da doktorlar üzerinde caydırıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bu başvurucu bakımından, İrlanda yasaları kapsamında kürtaj olması gerektiğini ispatlamak için etkili ve ulaşılabilir bir prosedürün bulunmadığını göz önünde bulundurarak, Sözleşme’nin 8’inci maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir¹⁵²⁶.

AİHM’nin kürtaja erişim konusundaki yaklaşımının, kadının menfaatleri ile çocuğun menfaatlerinin dengelenmesine olanak verecek bir mekanizmanın bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi sonucu şekillendiği ifade edilebilir. Örneğin Polonya hukukunda başvuranın mevcut tanı hizmetlerine erişimi ve bu hizmetlerin sonucunda kürtaj yaptırıp yaptırmama konusunda bilinçli bir karar vermesini sağlayacak etkin bir mekanizma bulunmaması nedeniyle, Sözleşme’nin 8’inci maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Polonya hukukunda, fetal malformasyon vakalarında kürtaja izin verildiği dikkate alındığında, hamile kadınlara

¹⁵²³ *A, B and C v. Ireland*, (Appl. No: 25579/05), 16.12.2010, parag. 240-242.

¹⁵²⁴ parag. 222.

¹⁵²⁵ parag. 223.

¹⁵²⁶ parag. 267.

fetüsün sağlığına ilişkin uygun, tam ve güvenilir bilgilerin sağlanması güvence altına alacak yeterli hukuki ve usuli çerçevenin bulunmamasını 8'inci maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. *P. and S. v. Polond* davasında ise 15 yaşıının altındaki bir çocuğun tecavüz sonucu hamile kalması üzerine, ülke hukukunda somut dava çerçevesinde, kürtaj olabılme hakkı tanınmış olmasına rağmen, kürtajı gerçekleştirme istemiyle başvuru olan sağlık personelinin, inanç ve kanaatlerini gerekçe göstererek tıbbi işleme gerçekleştirme imtina edebilme hakkı tanıyan hükme dayanarak işleme gerçekleştirme kararı vermesinden sonra, başvuru olanlara, kürtaj yaptırmak için yerine getirilmesi gereken yasal koşullar hakkında (bekleme süresi, gerekli belgeler, bu tür belgelerin karşılanması gereken resmi şartlar, her iki ebeveyn tarafından izin gerekip gerekmediği) çelişkili ve yanlış bilgiler verilmesi nedeniyle, kürtaj konusunda özgürce karar vermelerinin engellendiği iddiasıyla yapılan başvuru üzerine, Mahkeme 8'inci maddenin kürtaj hakkı verdiği şeklinde yorumlanamayacağına ifade etmekle birlikte, sağlık ve/veya esenlik nedenleriyle kürtaj olmaya karar vermeyi yasaklayan düzenlemelerin kişinin özel hayatına saygı hakkı kapsamına girdiğini tespit etmiştir¹⁵²⁷. Mahkeme, devletin 8'inci maddeden hareketle, hamile bir kadının yasal kürtaja erişim hakkını etkili bir şekilde kullanmasına imkan veren bir usul çerçevesi oluşturma yönünde pozitif bir yükümlölük altında olduğunu ifade ederek, kürtaj koşullarının belirlenmesi amacıyla kabul edilen yasal çerçevenin “ilgili meşru menfaatlerin yeterince ve Sözleşmeden doğan yükümlölöklere uygun olarak dikkate alınmasına izin veren tutarlı bir şekilde” düzenlenmesini gerekli görmektedir¹⁵²⁸.

1982 Anayasası bakımından Türk milletinin “Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip bir üyesi” olduğunu ilan eden Anayasa'nın Başlangıç kısmında yer alan ibare ile olağanüstü durumlarda dahi kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının

¹⁵²⁷ *P. and S. v. Poland*, (Appl. No: 57375/08), 30/10/2012, parag. 96.

¹⁵²⁸ *P. and S. v. Poland*, (Appl. No: 57375/08), 30/10/2012, parag. 99.

bütünlüğüne ilişkin haklarının korunması bakımından milletlerarası yükümlülüklerin dikkate alınmasını devlete bir sorumluluk olarak yükleyen 15’inci maddesi konuya ilişkin ulusalüstü hukukta kabul edilen ilkelerin de göz önüne alınmasını gerektirir. Bu çerçevede Biyotıp Sözleşmesi ile ÇHS hükümleri çerçevesinde insan onuruna ve çocuğun doğumdan sonra olduğu kadar doğumdan önce de korunma ve gelişimini destekleyecek özel önlemlere hakkı olduğu hükmüne uygun olarak düzenlemenin, yasa koyucunun görevleri arasında olduğu değerlendirilebilir.

Bu belgelerden ÇHS, çocukluğun başlangıcı konusunu açıkça düzenlemekten kaçınmıştır. Ancak Sözleşme’nin Önsözünde yer alan “*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 bulunduğunu hatırd tutarak,*” ifadesinden hareketle Sözleşme’de garanti edilen korumadan anne karnındaki çocuğun dışlanmadığı, Sözleşme’nin, çocukluğun başlangıcına ilişkin açık bir tercihte bulunması durumunda, devletlerin önemli bir kısmı tarafından onaylanmasının tehlikeye gireceği endişesiyle konuyu muğlak bırakarak, kürtajın hukukiliği, ceninin kişi dokunulmazlığı ve sağlık hakları, ceninin menfaatleri ile çatışan menfaatler konusunu, devletlerin takdirine bıraktığı değerlendirilmektedir¹⁵²⁹.

İnsan haklarını düzenleyen uluslararası sözleşmelerde yer alan “herkes” sözcüğünün, cenini kapsayıp kapsamadığı konusunda bir uzlaşma yoktur¹⁵³⁰. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin¹⁵³¹ ilk maddesinde, taraf devletlere

¹⁵²⁹ BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, s. 33; HODGKIN – NEWELL, *Implementation Handbook*, s. 1.

¹⁵³⁰ Aykut ÇOBAN, “Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü”, **6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar**, 15- 17 Kasım 2007, Ankara Üniversitesi Biyoteknoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007, ss. 85-110, s. 87.

¹⁵³¹ Sözleşme’nin İngilizce metni için Bkz: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm> (erişim tarihi: 31.3.2019).

tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruma ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında ayırım yapmadan herkesin kişi dokunulmazlığına ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterme yükümü getirilmektedir. Maddede geçen “herkes” deyiimi, Sözleşme Taslağının hazırlanması sırasında tartışmalara neden olmuş, Açıklama Raporunda maddede geçen “herkes” ifadesi yerine “doğmuş olan kişi” ifadesinin yer alması önerisinin benimsenmediği, “herkesin” “insan embriyosunu içerdiği” ifadesinin konulması önerisinin de yaygın kabul görmediği ifade edilmiştir¹⁵³². Sözleşme’de, onurunu ve kimliğini korumak üzere, hem tüpteki embriyonun korunması ile ilgili hükümde tüpteki embriyo için (md. 18), hem de Sözleşme’nin eki bir protokolde insan klonlamayı hedefleyen herhangi bir müdahale yasaklanırken, bir insanın genetik özdeşi olarak klonlanan varlık için “insan” terimi kullanılmaktadır. Sözleşme’nin birkaç saat ya da birkaç gün için bile olsa, tüpte klon insan embriyosu üretme çabasını yasaklaması, insan onurunun yaşamın en erken evresinden başlanarak korunmasının amaçladığı biçiminde yorumlanabilir. “Sözleşmeye göre, onuru ve kimliği korunacak insanlar doğmuş insanlar olmadığı” görüşünde olan Çalışma Grubu, insan onuruna yaşamın en erken evresinden başlayarak saygı duyulması düşüncesini vurgulamaktadır. Biyoetik Komitesinde oluşan ortak görüş, insan teriminin en geniş anlamda anlaşılması ve yalnızca doğmuş kişi ile sınırlanmaması biçimindedir¹⁵³³. Nitekim Açıklama Raporuna göre, Sözleşme yaşam başlar başlamaz insanın onuruna ve kimliğine saygı gösterilmesi ilkesini benimsemiştir¹⁵³⁴. “Herkes” deyiimi üzerinde uzlaşma sağlanamadığı için, terime

¹⁵³² <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm> (erişim tarihi: 31.3.2019).

¹⁵³³ Directorate General of Legal Affairs, Preparatory Work on The Convention on The Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being With Regard to The Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights And Biomedicine, 2000, s. 12-13.

[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF\(2000\)1PrepConv.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF(2000)1PrepConv.pdf) (erişim tarihi: 1.2..2020).

¹⁵³⁴ Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Medicine, 1996), parag. 19.

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm> (erişim tarihi: 31.3.2019).

yüklenecek anlam, Sözleşme'nin uygulanması amacıyla çıkarılacak üye ülke yasalarına bırakılmıştır¹⁵³⁵. Görüldüğü üzere, Sözleşme bağlamında insanın insan olarak saygı görmesi ve kimliğinin korunması için doğumun gerçekleşmesi zorunluluğu bulunmamaktadır; insan yaşamının başlamış olması yeterlidir.

Sözleşmeye taraf ülkelerde hukuken yaşamın ne zaman başladığı noktasında farklılıklar bulunabilir. Ancak Sözleşme ana rahmine düştüğü andan başlayarak embriyonun onuru, hakları ve kimliğinin korunmasını öngörmektedir¹⁵³⁶.

ÇHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 6'nci maddesinde, her çocuğun yaşam hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. “Çocuk” sözcüğü ise Sözleşme'nin 1'inci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre “çocuk, on sekiz yaşının altındaki herkestir.” Bu tanımın “doğum öncesini” kapsayıp kapsamadığı konusunda maddede açık bir hükme yer verilmezken, çocuğun özel koruma ve bakım ihtiyaçlarını vurgulayan Başlangıç kısmının 9'uncu paragrafı, bu ihtiyaçların doğum sonrasında olduğu kadar doğum öncesinde de karşılanması gereğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında “çocuk” sözcüğünün doğumdan önceki yaşamı da kapsayıp kapsamadığı konusunda görüş birliğine ulaşılamadığı ifade edilmektedir¹⁵³⁷. Çocuğun doğum sonrası kadar hatta belki gelişiminin en hızlı gerçekleştiği ve olumsuz etkilerin tüm hayatını etkisinde bıraktığı doğum öncesinde “*özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğu hatırd tutularak*” bedensel ve zihinsel gelişimini olumsuz etkileyen etkenlerden korunması gerektiği açıktır. Sözleşme, bu ihtiyaçtan hareketle doğum öncesi dönemde de çocuğun korunması yönünde devletlere sorumluluk yüklemektedir.

¹⁵³⁵ Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Medicine, 1996), parag. 18(erişim tarihi: 31.3.2019) .

¹⁵³⁶ ÇOBAN, “Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü”, s. 89.

¹⁵³⁷ DETRICK – DOEK – CANTWELL (ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child**, s. 102, 103, 109, 121.

Bu açıklamalar çerçevesinde, cenin de dâhil olmak üzere, çocuk haklarının öznesinin, 18 yaşından küçük herkes olduğu kabul edilebilir. Yarışan menfaatlerin dengelenmesinde anayasada yer alan ilkeler ve güvenceler doğmamış çocuğun hakları ile diğer çatışan menfaatlerinin dengelenmesinde de uygulama olanağı bulacaktır¹⁵³⁸.

B. Küçük Çocuklar

1. Çocuğun Küçük Olmasının Anayasa Hukuku Bakımından Anlamı

İnsan yaşamının 18 yaşına kadar oldukça uzun bir dönemini kapsayan çocukluk dönemi, yeni doğan döneminden başlayarak, kişinin gençlik döneminin ilk yıllarını içine almaktadır. Yeni doğan dönemindeki çocuğun gereksinimleri ile erişkin bir çocuğun gereksinimleri, maruz kaldığı tehlikeler, çocuğun korunması için alınması gereken önlemler farklı niteliktedir. Bakımını sağlayan kişiye yoğun bağımlılığı olan küçük çocuklar ile bakım ve gözetimini sağlayan kişiye olan bağımlılığı azalan, pek çok konuda aşamalı olarak yetkinlik kazanan büyük çocukların haklarının yaşama geçirilmesi için alınması gereken önlemler farklılık göstermektedir.

İnsan hayatının, yaşam, vücut bütünlüğü ve gelişim hakları bakımından daha kırılgan olunan bir dönemine karşılık gelen erken çocukluk dönemine dair kesin sınır önerilerine rastlanmakla birlikte¹⁵³⁹, çocuğun yakın ilişki içinde bulunduğu kişilerin bakım ve gözetimine daha yoğun ihtiyaç duyduğu dönem, erken çocukluk dönemi olarak tanımlanabilir. Çocuğun bir yetişkine bağımlı olduğu süreyi öne çıkaran bu tanım, haklarını bir yetişkin aracılığıyla talep edebildiği, bir yetişkin aracılığıyla haklardan yararlanabildiği ve bir yetişkinin otoritesine tabi olduğu bir döneme işaret etmektedir. Bu

¹⁵³⁸ R.G. Başvurusu, (B. No: 2017/31619), 23/7/2020, parag. 93.

¹⁵³⁹ Erken çocukluk dönemini 8 yaşın altı olarak kabul eden Çocuk Hakları Komitesi, bu dönemin süresinin farklı ülkelerde ve bölgelerde yerel gelenekler ile okula başlama yaşına göre farklılık gösterdiğini vurgulayarak, taraf devletlerin, erken çocukluk döneminde önem kazanan haklarının yaşama geçirilmesi amacını göz önünde bulundurarak bir sınır belirlemelerini önermektedir. **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 2.

dönemde çocuk, kamu ile doğrudan bir ilişki içinde değildir. Bunun bir sonucu olarak çocuğa yönelik hak ihlallerinden devletin haberdar olabilmesi amacıyla etkin izleme ve denetim mekanizmaları kurması, Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan herkesin yaşam, maddi ve manevi varlığını korunma ve geliştirme hakkından yararlanacağı ve kimsenin maddede sayılan hâller dışında vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tâbi tutulamayacağı ve kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağını emreden hükümlerinin bir gereği olarak devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır¹⁵⁴⁰.

Çocuk yaşamın ilk döneminde çok daha kırılgan ve incinebilir (vulnerable) bir durumdadır. Anayasa hukukunda, incinebilir ve hassas bir statüde bulunmak, bu statü ile ilişkili kişilere özel haklar tanınmasının ya da herkese tanınan hakların bu kişiler bakımından etkin olarak yaşama geçirilmesi için alınması gereken önlemlerin kapsamının genişlemesinin dayanağıdır. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesini konu alan hakların öngördüğü güvencelerin gerçekleştirilmesi, kişinin yaşı, cinsiyeti, azınlıkta olan bir etnik grubun üyesi olması gibi içinde bulunduğu incinebilir ve hassas durumların göz önünde bulundurulmasını gerektirir¹⁵⁴¹. Diğer yandan 1982 Anayasası'nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10'uncu maddesine 2010 yılında eklenen 3'üncü fıkra, çocukların da dâhil olduğu incinebilir hassas kişiler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağını, 61'inci maddesi ise korunmaya muhtaç çocukları da içeren incinebilir ve hassas konumda olan bir dizi sosyal statü ile ilişkili kişilerin "haklarının korunması", "toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlanması", "toplum hayatına intibaklarının sağlanması", "topluma kazandırılması" amacıyla devlet tarafından özel önlemler alınmasını öngörmüştür. AIHM

¹⁵⁴⁰ *Z. and Others v. United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73-74. **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 36.

¹⁵⁴¹ *A. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 3455/05), parag. 20; *E. and others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), parag. 88.

de kadınlar, azınlıklar, çocuklar gibi hakların ihlal edilmesi hususunda incinebilir hassas bir durumda bulunan kişiler bakımından maddi ve manevi bütünlüğe ve özel yaşama ilişkin hakların ve ayrımcılık yasağının özüne ilişkin yükümlülüklerin kapsamının genişlediğini kabul etmektedir¹⁵⁴².

Bebekler ve küçük yaştaki çocuklar, yaşamlarını sürdürmek için bir yetişkinin bakımına bağımlı olan ve kendilerini koruma yeteneğinden tamamen yoksun kişilerdir. Hayatta kalabilmek ve yaşamlarını sürdürebilmek için bir yetişkinin bakım ve gözetimine ihtiyaç duymaktadırlar. Küçük çocuklar bakımından haklarının ihlal edilmesine yol açabilecek tehlikelerin öncelikle bakımlarını sağlamakla yükümlü olan ana-baba ve çevrelerindeki en yakın kişilerden gelme olasılığı öne çıkmaktadır. Diğer yandan yaşamlarının erken dönemindeki bu çocukların bakımını sağlayan kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmelerindeki ihmali eylemleri, başta yaşam hakkı olmak üzere, vücut bütünlüğü ve gelişim haklarını olumsuz etkilemektedir. Ayrıca erken çocukluk döneminde çocukların motor, bilişsel ve sosyal gelişimlerinin desteklenmesi, ilerleyen yaşamlarında özlerinde taşıdıkları potansiyelini gerçekleştirebilmeleri için yaşamsal önemdedir¹⁵⁴³. Küçük çocukların haklarının gerçekleştirilmesi için fiziksel ve duygusal olarak bakım ve gözetilmelerinin yanı sıra sosyal gelişimlerini desteklemek amacıyla oyun oynamaları, keşfetmeleri ve öğrenmeleri için zaman ve mekân sağlanması gibi özel gereksinimleri de vardır¹⁵⁴⁴.

Çocuk Hakları Komitesi, küçük çocukların Sözleşme’de yer alan tüm haklara sahip olduğunu ve erken çocukluk döneminin bu hakların gerçekleştirilmesi için kritik bir

¹⁵⁴² Çocukların haklarına ilişkin olarak bkz: *O’keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), 28.1. 2014, parag. 144; *Grzelak v. Poland*, (Appl No. 7710/02), parag. 87; *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 35, 10.4.2012, Kadınlar için bkz: *Avşar v. Turkey*, (Appl. No: 25657/94), 27.03.2002, parag. 284, *D. H. and Others v. the Czech Republic* (Appl. No: 57325/00, parag. 209.

¹⁵⁴³ ÖZMERT, “Erken Çocukluk Gelişiminin Desteklenmesi-III: Aile”, s. 256.

¹⁵⁴⁴ **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 5.

dönem olduğunu ifade etmektedir¹⁵⁴⁵. Çok küçük yaştaki çocukların başlı başına bir “kişi olarak” hakların korumasından yararlanma hakları vardır. Bunun ilk şartı, çok küçük yaştaki çocukların, ailelerinin ve toplumun eşit önemde bir üyesi olarak tanınmalarıdır¹⁵⁴⁶. Anayasa’da herkese tanınan haklardan küçük çocukların da yararlanmalarında kuşku bulunmamaktadır. Dahası maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakları ile ilişkili menfaatlerinin korunması, yaşamın ilk dönemindeki kişiler için devletin yükümlülüklerinin kapsamının genişlemesini gerektirir¹⁵⁴⁷.

Bu çalışmada sürekli vurgulandığı üzere, diğer incinebilir ve hassas durumda olan kişilerin haklarının korunmasında olduğu gibi yaşamın erken döneminde olan çocukların haklarının korunması için alınması gereken önlemlerin genişlediği bir zaman dilimidir. Bu ilke ile paralel olarak, diğer dezavantajlı statüler ile ilişkili çocukların haklarının korunması için alınması gereken önlemlerin daha da genişlediği ifade edilebilir. Kız çocukları, yoksulluk içinde yaşayan, engelli, yerli veya azınlık gruplarına mensup, göçmen, mülteci, sığınmacı, yetim, ebeveyn bakımından yoksun, kurum bakımına alınan, cezaevinde anneleriyle yaşayan, HIV/AIDS hastalığına yakalanan küçük çocuklar ile alkol veya uyuşturucu bağımlısı ebeveynlerin çocukları dâhil olmak üzere risk altında bulunan küçük çocukların haklarının korunması, daha da kapsamlı önlemlerin alınmasını gerektirir¹⁵⁴⁸.

Bir dizi anayasa, erken çocukluk döneminde çocuğun haklarını özel olarak hüküm altına almıştır. Bunlardan 1976 Portekiz Anayasası, çocuklar ve gençlerin haklarına ilişkin iki ayrı hükme yer vermiş; küçük çocuklar bakımından korunma haklarının önem

¹⁵⁴⁵ CRC/C/GC/7/Rev.1, parag. 6.

¹⁵⁴⁶ CRC/C/GC/7/Rev.1, parag. 5.

¹⁵⁴⁷ *A. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 3455/05); *E. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96).

¹⁵⁴⁸ CRC/C/GC/7/Rev.1, parag. 24.

kazandığını vurgulamıştır. Portekiz Anayasası'nın 69'uncu maddesinde çocukların gelişmeleri için toplum ve devlet tarafından korunma hakları olduğu, özellikle terk edilme, ayrımcılık ve baskı, aileden ya da kamusal bir otoriteden kaynaklanan suiistimale karşı özel korunma hakları bulunduğu, devletin öksüz, terk edilmiş veya bir aile ortamından yoksun bırakılmış çocuklar için özel koruma sağlamakla görevli olduğu düzenlenmiş, okul yaşındaki çocukların bir işte çalıştırılması kesin olarak yasaklanmıştır. Arjantin Anayasası da erken çocukluk döneminde çocuğun korunma hakkını özel olarak düzenlemiştir. Arjantin Anayasası'nın 23'üncü maddesinde, gebelikten başlayarak ilköğretim çağının sonuna kadar çocukların özel korunma ve sosyal güvenlik hakları olduğu hüküm altına alınmıştır. ÇHS'de yer verilen hakların neredeyse tamamını kapsayan çocuğun haklarına ilişkin hükümde Brezilya Anayasası, devletin mali kaynaklarının dağıtımında öncelik tanıyacağı gruplar arasında küçük çocukları özel olarak saymıştır. Kolombiya Anayasası'nın 44'üncü maddesinde, çocuğun temel hakları konusunda oldukça kapsamlı bir listeye yer verilmiş ve bir yaşının altındaki çocukların haklarına öncelik verileceği hüküm altına alınmıştır. Ekvador Anayasası, altı yaşın altındaki çocuklar bakımından, yeterli beslenme, eğitim ve sağlığın korunmasını garanti etmek amacıyla Devletin özel yükümlülükleri bulunduğunu ifade etmektedir (md. 46). Küçük çocuğun özel olarak korunma ve destekleme ihtiyacını temel alan bu anayasal düzenlemelerin ortak noktası, özellikle ekonomik ve sosyal hak niteliğindeki haklarla çocukların desteklenmesini devletin yükümlülüğü olarak kabul etmeleridir.

1982 Anayasası da her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkını tanımış, Devleti, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri almakla yükümlü tutmuştur (md. 41). Öznenin küçük bir çocuk olduğu durumlarda, diğer anayasal haklar gibi doğrudan çocuklara yönelik olan 41'inci madde yer alan hakların yaşama geçirilmesine yönelik edimler, nitelik ve kapsam bakımından

farklılık gösterdiği gibi bu haklar küçük çocuklara uygulanırken, menfaatlerinin en iyi şekilde dengelenmesi amacıyla gözetilmesi gereken usuli yükümlülüklerin de genişlemesini beraberinde getirir.

2. Anayasa Hukukunda Küçük Çocukların Haklarının Korunması

İlk olarak Anayasa'nın 20'nci maddesinde düzenlenen aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı ile 41'inci maddesinde düzenlenen ana babası ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkının sağladığı güvenceler, öznenin küçük bir çocuk olması durumunda, devletin alması gereken önlemlerin niteliğinde ve içeriğinde önemli farklılıkları beraberinde getirir.

Gerek AİHM, gerekse Anayasa Mahkemesi aile yaşamına saygı hakkının, çocuğu ana babasından haksız olarak ayrılmanmaya ilişkin bir negatif edim yanında, çocuğun ana babası ile ilişkilerini sürdürmesi için önlemler alınmasını da gerektirdiğini kabul etmektedir. Küçük çocuklar bakımından aile yaşamına saygı hakkı ve bu hakkın çocuklar bakımından özel bir kısmına işaret eden ana baba ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı, çocuğun ana babasından ayrı geçirdiği sürenin uzaması ile birlikte ana babasını hatırlamasının güçleştiği dikkate alındığında, ana babasından ayrılması sonucunu doğuran kararların alınmasında daha ivedi bir yargılama usulü benimsenmesi de dâhil olmak üzere alınması gereken pozitif yükümlülüklerin kapsamının genişlemesini gerektirir. Buradan hareketle küçük çocukların aile ve özel yaşamlarına saygı gösterilmesi hakları ile ana babası ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme haklarına (md. 20 ve 41) müdahale edilirken göz önünde bulundurulması gereken ölçülülük ilkesi, gelişimini tehdit eden tehlikelere uygun ölçüde ve ağırlıkta tedbirler ile müdahale edilmesi bakımından daha titiz bir incelemeyi gerektirir. Ölçülülük ilkesi gereği somut durumun koşulları elverdiği ölçüde ailenin psikolojik ve sosyal bakımdan desteklenmesi ya da eğitim tedbiri gibi daha hafif bir önlem ile düzelebilecek bir durum için ana

babasından ayrılması sonucunu doğuran daha ağır bir tedbire başvurulması, çocuğun ana babası ile ilişkisinin kopması anlamına geleceğinden çocuğun haklarına haksız bir müdahale teşkil edebilir¹⁵⁴⁹. Bu nedenle çocuğun yaşı ne kadar küçükse ana babasından ayrı kaldığı sürenin, ana babası ile ilişki kurma hakkını o ölçüde olumsuz etkileyeceği göz önünde bulundurularak ailenin desteklenmesi, aileye psikolojik danışma yardımı verilmesi gibi alınabilecek diğer önlemlerin, Anayasa'nın 20 ve 41'nci maddelerinde düzenlenen haklardan kaynaklanan pozitif yükümlülüklerden olduğu, bu tür ödevlerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan hak ihlallerinin bireysel başvuruya konu edilebileceği ifade edilebilir¹⁵⁵⁰. Özellikle ailenin sosyal, ekonomik statüsünden kaynaklanan zorluklar nedeniyle çocuğun aileden alınması yerine destekleyici önlemlerin öncelikle değerlendirilmesi, Anayasa'nın herkesin "özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı" tanıyan 20'nci ve her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma hakkı ile yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı'nı tanıyan 41'inci maddesinin bir gereğidir. Aileye çocuk yetiştirme konusunda eğitim almalarının sağlanması gibi çocuk yetiştirme yetkinliklerini desteklemeye yönelik pozitif edim niteliğindeki yükümlülüklerin, Anayasa'nın "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" başlıklı 3'üncü bölümünde düzenlenen haklarla ilişkili olmakla birlikte, aynı zamanda Anayasa'nın kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenen hakların (AY md. 17 ve 20) güvenceleri ile ilişkili olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu hakların bireysel başvuruya konu edilebileceği değerlendirilebilir.

Bir dizi anayasa, anne-babası bulunmaması ya da bulunsa bile çocuğun bakım görevini ihmal etmesi durumunda çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınması

¹⁵⁴⁹ GRASSINGER, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, s. 100-105. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Olsson v. Sweden*, (Appl. No: 10465/83), parag. 72; *K. and T. v. Finland*, (Appl. No: 25702/94), parag. 173.

¹⁵⁵⁰ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 127.

hakkını düzenlemektedir¹⁵⁵¹. Erken çocukluk döneminde, ana babanın yetkin birer ebeveyn niteliği kazanmaları için eğitimleri ve desteklenmelerini de birer anayasal yükümlülük olarak kabul eden anayasalardan ayrıca söz etmek gerekmektedir. Finlandiya Anayasası devletin, ebeveynleri çocuğun refahını ve gelişimini sağlayacak yeteneği kazanmaları amacıyla destekleme görevini düzenlemiştir. (md. 19). Yine Irak Anayasası devletin, çocuklu aileler ve kişilere, iyi bir yaşam için temel şartları sağlama ve onlara uygun gelir ve uygun konutları temin etme yükümünü hüküm altına almıştır (md. 30)¹⁵⁵². Bu haklardan kaynaklanan pozitif edimlerin çocuk henüz küçükken yerine getirilmesi gerekir. Çocuk aileye katıldıktan çok sonra böyle bir eğitimin verilmesi anlamını yitirebilir.

Anayasasında küçük çocuğun haklarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmayan ülkeler bakımından ise yaşam, sağlık, kişi güvenliği, vücut dokunulmazlığı, kişiliğini geliştirme hakkı, eğitim hakkı ve durumlarının gerektirdiği diğer anayasal haklar uyarınca çocuğun haklarının korunacağı açıktır. Örneğin yaşam, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına dayanılarak çocuğun yeterli ve sağlıklı beslenmesi, ihmal ve istismardan korunması, yeterli sağlık bakımından yararlanma talep edilebilecek, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına dayanılarak ana babasından haksız olarak ayrılmama, kişi güvenliği hakkı çerçevesinde hukuka aykırı olarak ana babasından alınıp devlet bakımına yerleştirilmeme, hukuka aykırı olarak bir ıslah kurumuna yerleştirilmeme, kaçırılmama, vücut dokunulmazlığı hakkına dayanılarak rızası olmaksızın tıbbi müdahalelere maruz bırakılmama, kişiliğini koruma ve geliştirme

¹⁵⁵¹ Örnek olarak bkz. İrlanda AY md. 42-A, El Salvador AY md. 34, İtalya AY md. 30, Kırgızistan AY md. 36.

¹⁵⁵² Bu iki anayasa, anayasa hukukunda üzerinde çok da durulmayan, “doğrudan çocuğa” ya da “çocuk dolayısıyla aileye özel sosyal haklar tanınması” konusunda tercihini açıkça ailenin desteklenmesinden yana kullanan anayasalara örnektir. Özellikle Kıta Avrupa hukukunda çocuk dolayısıyla aileye özel sosyal haklar tanınması gerektiğini kabul eden yaklaşım, ebeveynin çocuk yetiştirmede desteklenmesini konu alan devletin pozitif edimlerini gündeme getirmektedir.

hakkına dayanılarak, kimlik ve soybağının korunması, gelişimini olumsuz etkileyen çevresel faktörlerden korunması talep edilebilecektir. Ayrıca bu haklar, küçük çocuklara uygulanırken, öznenin kırılgan, zayıf ve bir yetişkinin desteğine mutlak olarak bağlı olduğu dikkate alınarak, hakların konu ve niteliğinde önemli farklılıkların gündeme geldiğinin kabul edilmesi zorunludur. Dolayısıyla örnek olarak sayılan bu hakların, yetişkin kişiler bakımından kural olarak negatif edim gerektirenlerin dahi küçük çocukların haklarının korunması bakımından devletin pozitif edimini gerektirdiği, pozitif edim gerektirenlerin ise küçük çocuklar bakımından ek yükümlülükleri gerektirdiği ifade edilebilir.

Erken çocukluk dönemi, çocuğun bakım-gözetim, korunma ve rehberlik edilme gereksinimini karşılayan ebeveyni ya da bakımını üstlenen kişiler ile güçlü duygusal bağ kurması ile özdeşleşen bir dönemdir. Normal şartlar altında, küçük yaştaki çocukların ebeveynleri veya bakımlarını sağlayan kişi ile kurduğu karşılıklı güçlü ilişkiler, fiziksel ve duygusal olarak güvende hissetmelerini sağlar ve özen ve ilgi görme gereksinimini karşılar. Bu ilişkiler sayesinde çocuklar kişisel bir kimlik oluşturur ve kültürel beceriler, bilgi ve davranışlar kazanır. Bu nedenle ebeveynler normal olarak küçük çocukların haklarını gerçekleştirebilmelerinde en önemli aracıdırlar¹⁵⁵³. Bu doğrultuda 1982 Anayasası da her çocuğun “yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkını” tanımıştır (md. 41/3). Diğer taraftan özellikle erken çocukluk döneminde çocuğun haklarına yönelik ihlaller bu kişilerin ya ihmal ya da istismar niteliğindeki eylemlerinden -ki bu durumda bu kişilerin kusurundan söz edilebilecektir- ya da bu kişilerin ekonomik, sosyal, siyasal statülerinden kaynaklanmaktadır.

¹⁵⁵³ CRC/C/GC/7/Rev.1, parag. 16.

Her iki durumda da devletin, çocuğun haklarının yaşama geçirilmesini sağlama yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmelidir. Anne babalarının ekonomik yetersizlikleri nedeniyle çocukların sağlık, yeterli beslenme haklarından yararlanamamaları, sosyal statüleri nedeniyle ayrımcılığa ve dışlanmaya maruz kalmaları, siyasal statüleri nedeniyle vatandaşlık hakkından mahrum kalmaları, mülteci ya da azınlık statüsüne yerleştirilmeleri, ana babalarının kusurlarını aşan ama yine de ana babalarının statülerinden dolayı maruz kaldıkları hak ihlalleridir¹⁵⁵⁴. 1982 Anayasasının sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler başlıklı 61'inci maddesinde korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbirin alınacağı düzenlenmektedir. Devlet, ebeveynin kusuru ya da yetersizliği yanında ebeveynin sosyal-hukuksal statüsünden kaynaklanan ve çocuğun haklardan eşit yararlanmasını engelleyen nedenlere karşı tedbir almakla yükümlüdür¹⁵⁵⁵.

Ebeveynin veya çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilerin ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğum ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin hakları tanıma yükümlülüğü gereğince (AY md 10, AİHS md. 14, ÇHS md. 2), özellikle mülteci (ÇHS md. 22), soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halklara mensup ailelerden gelen çocukların (ÇHS md. 30), haklardan yararlanmaları bakımından alınması gereken tedbirlerin kapsamı genişlemektedir¹⁵⁵⁶. Çocuk Hakları Komitesi bu statülere ana babanın mahkûmiyetini de eklemektedir¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵⁴ Erken çocukluk döneminde çocuğu özellikle aile içi ihmal ve istismara karşı korumanın en etkili yollarından birinin annenin aile içinde ekonomik ve sosyal statüsünü güçlendirmek olduğu ifade edilmelidir. Ekonomik açıdan bağımsız ya da yeterli devlet desteği görebilen kadın, aile içinde çocuğa yönelik ihmal ve istismarın önlenmesinde etkin bir rol üstlenebilecektir.

¹⁵⁵⁵ **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 11-12.

¹⁵⁵⁶ *Timishev v. Russia*, (Appl. No:55762/00 , 55974/00, parag. 56.

¹⁵⁵⁷ Bu kapsamda devlet özellikle erken çocukluk döneminde ebeveyni ile birlikte ceza evinde bulunan çocukların haklarının gerçekleştirilmesi için alınması gereken tüm önlemleri almakla aynı şekilde yükümlüdür. Komite hiçbir suçları olmaksızın gelişimlerinin en önemli ve hassas evresinde bulunan bu çocukların, haklardan tam olarak yararlanabilmeleri için sağlık, bakım ve eğitim programları dâhil olmak üzere uygun ve etkili hizmetlere erişimini kolaylaştıracak önlemler alınmasını gerekli

Küçük çocuklar bakımından, çocuğun korunmasını konu alan ve bu çalışma çerçevesinde “korunma hakları” olarak nitelendirilen haklar ile çocuğun gelişiminin desteklenmesini amaçlayan “gelişimsel haklar” çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi ile özel yaşam ve aile yaşamına saygı haklarının güvencesi (AY md. 17 ve 20) kapsamındadır.

Çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi haklarının koruma kapsamına giren bu yükümlülükler, 1982 Anayasası’nın temel hak hürriyetlere ilişkin özellikle klasik haklar olarak nitelenebilecek kişi haklarının konuları ile ilişkilidir. Bunun bir sonucu olarak çocuğun maddi ve manevi varlığını ve özel yaşamını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin menfaatlerinin norm denetimi usulü yanında Anayasada güvence altına alınan ve AİHS kapsamında yer alan temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvenceye dayanılarak Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru usulü çerçevesinde korunması mümkündür. Gerek AİHM içtihatlarında gerek Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvurular üzerine verdiği kararlarda, çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı (AY md. 17) ile özel yaşamının, sağlığının ve sağlıklı bir çevrede yaşamasının korunması hakları Anayasa’nın ilgili hükümleri (AY md. 20, 41, 56) çerçevesinde korunmaktadır¹⁵⁵⁸. AİHM de özellikle sağlık sistemine ve çevresel etkilere dayalı başvurularda, ihlalin Sözleşme’nin 8’inci maddesinin güvence alanına

görmektedir. **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 24. Küçük çocuğu olan ebeveynin cezasını cezaevi dışında çekmesine imkân veren ev hapsi, cezanın çekilmesinin çocuğun belli bir yaşı tamamlamasının sonrasına ertelenmesi gibi alternatif yöntemlerin değerlendirilmesi, incinebilir ve hassas durumları nedeniyle özel olarak korunması gereken çocukların haklarının korunması bakımından devletin alması gereken tedbirler arasındadır. Anayasa’nın çocukların haklarının korunması bakımından alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağını öngören 10’uncu maddesi uyarınca bu tür önlemler, ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilemeyecektir. 10’uncu maddede yer alan bu hükümden hareketle Anayasa Mahkemesi’nin çocuğun haklarının korunmasını amaçlayan ancak ayrımcı olarak değerlendirilebilecek hükümler karşısında, daha güçlü bir anayasal dayanağa sahip olduğu değerlendirilebilir. AİHM ise kırılgan ve hassas durumdaki kişilerin haklarının korunması amacıyla, bu kişilere özel haklar tanınmasını içtihat yoluyla benimsediği “bu kişilerin dezavantajlı ve incinebilir hassas durumlarının, devletin alması gereken pozitif nitelikli ödevlerinin gereği olmasına” (pozitif yükümlülükler doktrini) dayanmakta ve Sözleşme’nin 14’üncü maddesi ile uyumlu olduğunu kabul etmektedir. Bu nitelikli kararlara örnek olarak bkz: *Rumor v. Italy*, (Appl. No: 72964/10), *Konstantin Markin v. Russia* (Appl. No: 30078/06).

¹⁵⁵⁸ *Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu*, (B. No: 2015/4662), parag. 79-80.

girmesini gerekli görmektedir. Mahkeme, çevre kirliliğinin 8’inci maddenin alanına girebilmesi için, olumsuz etkilerinin belirli bir asgari seviyeye ulaşması gerektiğini kabul etmektedir. Asgari ağırlığa ulaşmış olma kriterinin ise göreceli olduğunu kabul etmekte asgari eşiği, rahatsızlığın yoğunluğuna, fiziksel ve ruhsal etkilerine göre olayın şartlarına bağlı olarak değerlendirmektedir¹⁵⁵⁹. Bu çalışmada pek çok hak bakımından ifade edildiği üzere hakkın muhatabının küçük çocuk olması durumunda, Mahkeme ihlalden söz edilebilmesi için aşılması gereken şiddet eşiğinin daha düşük bir sınıra karşılık geldiğini kabul etmektedir¹⁵⁶⁰. Bu sınırın altında kalan ihlaller ise 1982 Anayasası’nın ekonomik, sosyal ve kültürel hak niteliğinde kabul edilen ve “çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabanın gösterilmesi yükümü ile ilişkili olan hakların konusu ile ilgilidir.

Küçük çocukların haklarının korunması devletin ekonomik ve sosyal haklara ilişkin alanlarda da yükümlülüklerinin kapsamının genişlemesini gerektirir. Ebeveynlik eğitimi dâhil olmak üzere (ÇHS. md. 18), çocuğun sağlıklı gelişimi için gerekli bir ortama sahip olabilmesi için aileye sosyal güvenlik hakkı kapsamında destek sunulması (ÇHS. md. 27/3 ve 4), ebeveynlere vergi kolaylığı ya da indirimi, çalışma saatlerinde kolaylıklar tanınması özellikle küçük çocukların haklarını korumak amacıyla devlet tarafından alınabilecek ekonomik, sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerdir ve küçük çocuğu olan ana babaya tanınan bu tür haklar Anayasa’nın 10’uncu maddesinin 3’üncü fıkrası gereği eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacaktır¹⁵⁶¹. Bu haklar ÇHS’nde “*çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren*

¹⁵⁵⁹ *Moreno Gómez v. Spain*, (Appl. No: 4143/02), 16.2.2005, parag. 54, 61; *Hatton and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 36022/97), parag. 96; *Fadeyeva v. Russia*, (Appl. No: 55723/00), parag. 133.

¹⁵⁶⁰ Örnek olarak bkz: *A. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 20, *Z and others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, (Appl. No: 13134/87), parag. 30.

¹⁵⁶¹ **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 20.

kuruluşlardan yararlanma hakkı”¹⁵⁶², olarak tanımlanmıştır. 148’inci maddede yer alan kısıt nedeniyle bireysel başvuru usulü çerçevesinde korunmaları kabul edilmeyen ancak yine de çocuğun gelişimini kendi potansiyelinin en ideal noktasında tamamlamasına ilişkin menfaatlerinin korunmasını konu alan bu nitelikli hakların, soyut ya da somut norm denetimi yoluyla korunması ise mümkündür. Dolayısıyla çocuğun gelişimini potansiyelinin en üst noktasında tamamlaması, sağlık hizmetlerinde en iyi şekilde yararlanması, sağlıklı gelişimini en ideal biçimde sürdürmesine olanak veren bir çevrede yaşamasına ilişkin taleplerin, AİHS’nin 8’inci maddesinin ihlali için aranan eşiğin altında kalan durumlarda, Anayasanın 12’nci maddesinde yer alan herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu güvencesi ile, bu güvencenin sağlıklı çevre ve sağlıklı gelişme haklarının pozitif yönlerine ilişkin yükümlülükleri tanıyan anayasa hükümleri çerçevesinde yorumlanması gerekir. Dolayısıyla çocukların bu türden haklarının Anayasa’nın çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevrenin kirlenmesini önlemenin (md. 56), her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri almanın (md. 59) korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri almanın (md. 61), bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine gerilmesinin (md. 65) Devletin yükümlüklerinden olduğunu kabul eden hükümlerinin bir gereği olduğu ifade edilebilir.

¹⁵⁶² Sözleşme’nin 24’üncü maddesinde “çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma” hakkı çerçevesinde taraf devletlerin alması gereken önlemler şu şekilde sayılmaktadır: Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi; bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması; 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 alınarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi, anneye doğum öncesi ve sonrası uygun bakımın sağlanması; 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; koruyucu sağlık bakımlarının, ana-babaya rehberliğini, aile planlaması eğitimi ve hizmetlerinin geliştirilmesi. Ayrıca hükümde Taraf Devletlerin, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemi alacakları düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı, bebeklik ve erken çocukluk döneminde, çocuğun bakımını sağlayan kişilerden ya da ilişkili oldukları yakın çevreden yönelen tehlikelere karşı korunmasını amaçlayan pozitif yükümlülükleri öne çıkardığı ifade edilmişti.

Çocuğun bakımını sağlayan kişilerin kusur ya da ihmalleri, ağırlık derecesine göre çocuğun yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (AY md. 17) ya da özel yaşamına ve aile yaşamına haksız bir müdahale (AY md. 20) niteliği kazanabilir. Bu çalışmada pek çok defa ifade edildiği üzere bu tür ihlaller ağırlık ve ciddiyetine göre AİHM tarafından Sözleşme'nin yaşam hakkına ilişkin 2'nci, işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağına ilişkin 3'üncü, özel ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin 8'inci maddesi çerçevesinde ele alınmaktadır. AİHM bir muamelenin 3'üncü madde'nin ihlali anlamına gelebilmesi için, belli bir şiddet düzeyine erişmesi gerektiğini kabul etmekte ve her bir somut olay bakımından, asgari şiddet derecesinin göreceli olduğunu ifade etmektedir¹⁵⁶³. Mahkeme, somut bir davada söz konusu muamelenin asgari şiddet eşiğini aşp aşmadığını değerlendirirken, muamelenin niteliği ve içeriği, muamelenin süresi, fiziksel veya ruhsal etkilerinin yanı sıra mağdurun cinsiyeti, yaşı ve genel sağlık durumunu göz önünde bulundurmaktadır¹⁵⁶⁴. Dolayısıyla çocuğun yaşının henüz çok küçük olması, Sözleşme'nin 3'üncü maddesine ilişkin şiddet eşiğinin aşağı çekilmesini gerektirecektir.

Nitekim AİHM, küçük çocukların bakımlarını üstlenen ya da yakın ilişki içinde oldukları kişilerden kaynaklanan kötü muamele ve istismar eylemlerini, 3'üncü madde kapsamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele niteliğinde değerlendirmekte ve devletin

¹⁵⁶³ *A. v. The United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 20; *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, (Appl. No: 13134/87), parag. 30.

¹⁵⁶⁴ *Ireland v. the United Kingdom*, (Appl. No: 5310/71), parag. 130; *Tyrer v. the United Kingdom*, (Appl. No. 5856/72), parag. 29-30;

çocukları özel kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallerden koruma yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir¹⁵⁶⁵. Mahkeme, 3'üncü maddenin, demokratik toplumun en temel değerlerinden birini içerdiğini ve mutlak anlamda işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezalandırmayı yasakladığını ifade etmektedir. Mahkeme, çocuğun yakın ilişki içinde olduğu kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallere karşı devletin, bildiği ya da bilgi sahibi olması gereken durumlarda kötü muameleyi önlemek için makul önlemler almakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir¹⁵⁶⁶.

Mahkeme, *Z and Others v. the United Kingdom* davasında dört çocuğun aile içinde maruz kaldığı ihmal ve istismarın, çocukların içinde bulundukları incinebilir hassas durum göz önüne alındığında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele eşiğine vardığı konusunda hiçbir tereddüt kalmadığını, devletin özel kişilerden yönelen insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının kapsamını belirlerken devletin bildiği ya da bilmesinin gerekli olduğu durumlarda sorumluluğunun gündeme geleceğini ifade etmiştir¹⁵⁶⁷. Mahkeme, çocukları koruma altına almakla görevli kurumlara, sosyal hizmet uzmanları ve çocuk doktorları tarafından çocukların içinde bulundukları durum hakkında bilgi verildiğini, bu yetkililerin çocukları korumak konusunda yasal sorumluluk taşıdıklarını ve çocukların bulundukları evden alınmasını da içeren geniş yetkilere sahip olduklarını, buna rağmen, çocukların annelerinin ısrarı üzerine ancak dört yıl sonra koruma altına alındığını, aradan geçen süre zarfında kendi evlerinde, sonradan kendilerini muayene eden bir çocuk psikiyatri danışmanının ifadesiyle, dehşet verici deneyimler yaşadıklarının tespit edildiğini, Criminal Injuries Compensation Board adlı kurumun da çocukların uzun süre feci bir ihmale maruz kaldığını ve doğrudan doğruya şiddete dayalı suç sonucunda

¹⁵⁶⁵ *A. and Others v. The United Kingdom*, (Appl. No: 3455/05), 19.2.2009; *E and others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95).

¹⁵⁶⁶ *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73; *A. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 3455/05), 19.2.2009, parag. 22.

¹⁵⁶⁷ *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73.

fiziksel ve psikolojik zarar gördüklerini saptadığını göz önünde bulundurarak, çocukların maruz kaldığı muamelenin insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının sınırına girdiğini kabul etmiştir¹⁵⁶⁸.

Annelerinin birlikte yaşadığı erkek tarafından cinsel bakımdan istismar edildiklerinin, çocukların okullarında sorunlu davranışları sonucu ortaya çıkması ve failin suçunu itiraf etmesi böylece çocukların kötü muameleye maruz kaldıklarının ispatlanmasına rağmen, failin ceza evinde şartlı tahliye edilmesi sonucu çocukların annesi ile birlikte yaşamaya devam etmesi ve çocukları istismar etmeyi sürdürmesi üzerine gündeme gelen davada Mahkeme, çocukların cinsel ve fiziksel tacizinin Sözleşme'nin 3'üncü maddesi çerçevesinde insanlık dışı ve onur kırıcı muamele niteliğinde olduğunu kabul etmiştir¹⁵⁶⁹.

A v. United Kingdom davasında okuz yaşında olan başvuranın üvey babası tarafından bahçe hortumu ile feci şekilde dövülmesine ilişkin başvuruda, çocuğun dokuz yaşında olması ve eylemin birden çok kez tekrarlandığının anlaşılması karşısında, çocuğun maruz kaldığı muamelenin Sözleşme'nin 3'üncü maddesi ile yasaklanan insanlık dışı ve kötü muamele yasağının minimum eşiği içinde olduğunu kabul etmiştir¹⁵⁷⁰.

Mahkeme, Cork ve Ross Katolik Piskoposluğuna ait olan ve Piskoposluk tarafından yönetilen okulda dokuz yaşında olan ve altı ay boyunca, öğretmen ve okul müdürü olarak görev yapan L.H. tarafından yaklaşık yirmi kez cinsel saldırıya maruz kalmasını konu alan *O'keeffe v. Ireland* davada 3'üncü madde çerçevesinde devletin alması gereken tedbirlerin özellikle çocuklar ve diğer savunmasız kişiler için etkili koruma sağlamasını ve yetkililerin bilgi sahibi olduğu ya da bilgi sahibi olması gereken kötü muameleyi

¹⁵⁶⁸ *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 74.

¹⁵⁶⁹ *E and others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), parag. 89.

¹⁵⁷⁰ *A. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 3455/05), parag. 20-21.

önlemek için makul önlemlerin alınmasını içermesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁷¹. Mahkeme, çocuklara yönelik özel şahıslar tarafından uygulanan kötü muamele de dâhil olmak üzere işkenceye veya insanlık dışı veya onur kırıcı muameleyle tabi tutulmalarını önleyecek önlemleri almakla yükümlü olduklarını kabul etmektedir¹⁵⁷². AİHM kararında çocuk üzerinde otorite ve idareci konumunda olan okul müdürünün eyleminin Sözleşme'nin 3'üncü maddesi çerçevesinde ele alınması gerektiğini kabul etmiştir¹⁵⁷³.

Çalışmanın ilerleyen kısmında etraflıca inceleneceği üzere Mahkeme, devletin çocukları özel kişilerin fiillerinden kaynaklanan hak ihlallerinden korumaya ilişkin pozitif yükümlülüğünü, Sözleşme'nin 1'inci maddesinde yer alan Taraf Devletlerin Sözleşme'de düzenlenen hakları kendi yetki alanında bulunan herkese güvence altına almaları buyruğu ile 3'üncü maddede yer alan insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı ile birlikte ele alarak temellendirmektedir¹⁵⁷⁴. Bu önlemler, özellikle çocuklar ve diğer savunmasız kişilerin etkili bir şekilde korunmasını sağlamalı ve yetkililerin bilgi sahibi olması veya yaptırıma bağlaması gereken kötü muamelenin önlenmesi için makul önlemler alınmasını içermelidir. AİHM, çocukların bakıldığı, eğitildiği kurumlarda görev yapan kişilerin çocuklara yönelik tutumlarını denetlemek, çocukların maruz kaldığı muameleleri izlemek ve kötü muamele de dâhil olmak üzere olası şikâyetleri ele almak ve etkili bir şekilde hareket etmelerini sağlamaya yönelik yeterli yasal çerçevenin bulunmamasını, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinden kaynaklanan

¹⁵⁷¹ *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No. 35810/09), parag. 114; *E and others v. The United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96); *X and Y v. the Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 21-27, *A. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 22; *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 74-75; *D.P. and J.C. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 38719/97), 10.01.2003, parag. 109; *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 149.

¹⁵⁷² *A. v. The United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 22,

¹⁵⁷³ *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No. 35810/09), parag. 153.

¹⁵⁷⁴ *E and Others v. The United Kingdom*, (Appl. No. 33218/96), parag. *Z. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No. 29392/95), parag. 74, 75; *A. v. The United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 22.

pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirmektedir¹⁵⁷⁵. Mahkeme buradan hareketle çocukların haklarının korunmasını izlemek ve denetlemekle görevli kurumların ve usullerin düzenlenmesini, hakkın özüne ilişkin bir usuli yükümlülük olarak değerlendirmektedir¹⁵⁷⁶.

Mahkeme daha yakın tarihli bir kararlarında 3'üncü maddeyle güvence altına alınan hakların temel niteliğini ve çocukların özellikle korunmasız doğasını dikkate alarak (vulnerable nature of children), devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamının genişlediğini kabul etmiştir¹⁵⁷⁷. *O'Keeffe v. Ireland* kararında mağdurun küçük yaşta bir çocuk olduğunu ve failin çocuk üzerinde otorite konumunda bulunan bir okul müdürü olduğunu göz önünde bulundurarak, 3'üncü maddenin uygulanabilmesi için ihlalin asgari şiddet eşiğine ulaşmış olduğunu değerlendirmeye hiç girmeksizin, maddenin demokratik bir toplumun en temel değerlerinden birini koruduğunu vurgulayarak, devletin çocuğu koruma yükümünden kaynaklanan, çocuklara yönelik muameleleri izleme, şikâyetlerin iletilebileceği mekanizmalar kurma, şikâyetleri inceleme, çocukların ilişkili olduğu kurumları denetleme mekanizmaları oluşturma yükümlülüğünü yerine getirilmemiş olduğunu tespit ederek, 3'üncü maddenin ihlal edildiğini değerlendirmiştir¹⁵⁷⁸. Mahkeme, failin özellikle istismara uğrayan çocuk üzerinde bir otorite konumunda olduğu durumlarda, 3'üncü madde bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin genişlediğini ifade etmektedir¹⁵⁷⁹. Mahkeme, özellikle küçük yaşta çocukların, kamusal bir ilişki çerçevesinde otoriteleri altında bulundukları kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihmal ve istismardan korunmalarına yönelik izleme ve denetleme mekanizmaların kurulmasını, 3'üncü maddenin özüne ilişkin bir pozitif

¹⁵⁷⁵ *O'Keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 123.

¹⁵⁷⁶ *O'Keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 173.

¹⁵⁷⁷ *O'Keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 146.

¹⁵⁷⁸ *O'Keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 144, 148.

¹⁵⁷⁹ *O'Keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 166-168.

yükümlülük olarak değerlendirmektedir¹⁵⁸⁰. Bu mekanizmaların kurulmamış olmasını tek başına, çocuğun maruz kaldığı ihlalin ağırlığını dahi değerlendirmeksizin işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının ihlali niteliğinde olduğunu, böylece küçük çocuklar bakımından devletin 3'üncü madde çerçevesinde hakkın özüne ilişkin usuli güvencelerin kapsamının genişlediğini kabul etmektedir.

Okullar yanında çocukların devlet otoritesi altına yerleştirildiği, devlet tarafından idare edilen diğer kurumlarda küçük çocukların maddi ve manevi varlıklarının ihlal edilmesini önlemek amacıyla özgülenmiş etkili denetleme ve önleme mekanizmalarının kurulmamış olması, başlı başına işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edilmesi olarak nitelendirilebilecektir.

Bu çalışmada etraflıca incelendiği üzere AİHM içtihatlarında, maddi ve manevi bütünlük hakkı ile özel yaşama saygı hakkı arasında AİHS madde 8 ile madde 3 arasında bir yarışma ilişkisi bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak AİHS 3'üncü maddenin ihlalinin gündeme gelebilmesi için gerekli olan asgari şiddet eşiği ön koşulunu karşılamayan fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik müdahaleler ve önlemler için ise 8'inci maddenin sağladığı güvenceden yararlanılabileceğini kabul etmektedir. *A v. Birleşik Krallık* davasında AİHM, öncelikle AİHS'nin 3'üncü madde çerçevesinde bir inceleme yapmış ve bu hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁵⁸¹. Ebeveynleri tarafından ihmal edilen dört kardeşin başvuru olduğu *Z vd. v. Birleşik Krallık* davasında başvuruçular, 8'inci maddenin de ihlalini ileri sürmüşler ancak Mahkeme, çocukların maruz kaldığı muamelenin ağırlığını göz önünde bulundurarak 3'üncü maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁵⁸².

¹⁵⁸⁰ *O'Keeffe v. Ireland*, (Appl. No. 35810/09), parag. 168.

¹⁵⁸¹ *A. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 28.

¹⁵⁸² *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 77.

Maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki hukuksal çıkarlar bakımından bu haklara karşılık gelen ilgili Anayasa maddeleri arasında AİHM içtihadındaki kadar belirgin olmamakla beraber bir yarışma ilişkisi Anayasa Mahkemesi tarafından da kurulmaktadır. 1982 Anayasası bakımından Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması hakkı, Anayasa'nın 17'nci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile; Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde düzenlenen işkence ve insanlık dışı muamele yasağı ise 17'nci maddesinin 3'üncü maddesinde düzenlenen kimseye işkence, eziyet yapılamayacağı ve kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele ve cezaya tabi tutulamayacağı yasağı ile örtüşmektedir ve her iki hak da aynı hukuki menfaati korumaktadır. AİHM'nin yaklaşımıyla aynı doğrultuda olmak üzere, işkence ve diğer kötü muamele yasağı bakımından asgari şiddet eşiği arayan Anayasa Mahkemesi, bu eşiğin altında kalan müdahaleler bakımından ise Anayasa'nın 17'nci maddesinin ilk fıkrasının uygulanabileceğini kabul etmektedir¹⁵⁸³. Anayasa Mahkemesi, asgari şiddet eşiğinin aşılp aşılmadığını değerlendirirken; muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörlerin dikkate alınacağını ifade etmektedir¹⁵⁸⁴. Dolayısıyla, Anayasa'nın 17'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının uygulanabilmesi için aranan asgari şiddet eşiğini aşmayan müdahaleler bakımından aynı maddenin ilk fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı gündeme gelecektir¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸³ *Tahir Canan Başvurusu*, (B. No: 2012/969), 18.9.2013, parag. 24; *Esmâ Başbakkal Başvurusu*, (B. No: 2012/1128), parag. 40.

¹⁵⁸⁴ *Hacer Kahraman Başvurusu*, (B. No: 2013/7935), 20.04.2016, parag. 53; *Tahir Canan Başvurusu*, (B. No: 2012/969), parag. 22-23.

¹⁵⁸⁵ *Tahir Canan Başvurusu*, (B. No: 2012/969), parag. 24; *Esmâ Başbakkal Başvurusu*, (B. No: 2012/1128), parag. 40.

Çocuğun hayatta kalma ve gelişme hakkı özellikle küçük çocuklar bakımından ölmelerini sağlamayı amaçlayan önlemler (right to survival) alınmasını gerektirir. Bir grup hakkın sağladığı güvencelerin tam olarak yaşama geçirilmesi, özellikle yaşamın ilk döneminde çocukların haklarının korunması bakımından yaşamsal önemdedir. Yenidoğan çocuk ölümlerinin azaltılması, çocuğun sağlık hizmetlerinden yararlanmasının sağlanması, kimliği; tabiiyeti, ismi ve aile bağlarının korunması, ana-babası tarafından bakılma hakkının garanti altına alınması, doğumdan hemen sonra nüfus siciline kaydedilmesinin sağlanması hakları, özellikle erken çocukluk döneminde önem kazanmaktadır. Dahası çocukluk dönemi artık geride kaldığında bu hakların sağladığı güvencelerden kişinin yararlandırılması artık anlamını yitirmektedir.

Doğumdan hemen sonra yaşama geçirilmesi gereken bir çocuk hakkı, nüfus siciline kaydolma hakkıdır¹⁵⁸⁶. Bu hak mutlaka yeni doğan döneminde etkin olarak sağlanması gereken bir haktır ve diğer çocuk haklarının yaşama geçirilmesinin “ön koşulu” niteliğindedir¹⁵⁸⁷. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 24’üncü maddesi ve ÇHS’nin 7’nci maddesi, her çocuğun doğumdan hemen sonra nüfus siciline kayıt olması ve bir ismi olması gerektiğini hüküm altına almıştır. ÇHS’nin 7’inci

¹⁵⁸⁶ Türk hukukunda 25.4.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa göre, 30 gün olan ve aile üyelerine yüklenen bildirimde bulunma yükümü, 2017 yılında yapılan değişiklik ile ailenin inisiyatifinden çıkarılarak bizzat sağlık kurumlarının yükümü olarak düzenlenmiştir. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda, doğumların bildiriminin; bizzat sağlık birimince nüfus müdürlüğüne 5 gün içinde yapılması yönünde bir değişikliğe gidilmesi, çocuğun “doğumdan hemen sonra nüfus siciline kaydolma” hakkının korunması bakımından oldukça olumlu bir değişikliktir. Bu hakkın asıl yükümlüsü tüm insan hakları bakımından olduğu gibi devlettir. Devlet, her doğan çocuğun nüfus siciline kaydedilmesi için etkin önlemler almakla yükümlüdür. Bu hak özellikle, henüz yeni dünyaya gelmiş çocuklar bakımından devletlerin pozitif edimlerini gerektiren bir hak niteliğindedir. Ebeveynin, yoksulluğu, bilgisizliği, imkânsızlığı, umursamazlığı ya da bebek nedeniyle toplum dışına itilme, cezalandırılma korkusu gibi sosyal nedenlerle bebeği nüfus siciline kaydetmekten kaçınması ihtimaline karşı, bir yandan aile hekimliği hizmeti sunmakla görevli birimlerin doğum olaylarını takip etmesini sağlamak, diğer yandan yeni doğan bebeğin kimlik hakkını ihlal eden toplumsal-kültürel kabullerin terkedilmesi için, eğitim ve bilinçlendirme faaliyetleri yürütmek, çocuğun kimliğinin korunması hakkına ilişkin devletin pozitif edimlerindendir. Anne ve babanın da hakkın kullanılmasında yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle doğumdan hemen sonra çocuğun kimliğinin kaydedilmesini talep etmek ana-babanın hem hakkı hem de yükümlülüğüdür. Ana babanın çocuğun kimlik hakkından kaynaklanan bir diğer yükümlülüğü, çocuğun soy bağının gerçeğe uygun olarak kaydedilmesini sağlamaktır.

¹⁵⁸⁷ **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 25.

maddesi, çocuğun doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilmesi hakkını; 8'inci maddesi, çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması hâlinde, “çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması” konusunda devletin sorumluluğunu hüküm altına almaktadır. Öğretilen devletin, yaşam hakkını korumak amacıyla yerine getirmesi gereken edimleri arasında her bireyin kimliğinin kaydedilmesinin sahip olduğu önem üzerinde durulmaktadır¹⁵⁸⁸. Nüfus siciline kayıt, çocuğun kimliğinin unsurlarının korunması yanında, özellikle erken çocukluk döneminde diğer hakların yaşama geçirilmesinin ön şartı niteliğindedir¹⁵⁸⁹.

Çocuğun adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, ikametgâhı, ana-babası, vatandaşlık durumu, hısımları kimliğinin parçalarıdır. Bunları bilmek ve korunmasını istemek, çocuğun hakları arasındadır. Bu hak çocuğun kimliğini oluşturan unsurların kaydedilmesi ile bunların korunmasını isteme hakkını içermektedir¹⁵⁹⁰. Çocuğun doğumdan sonra nüfus kütüğüne kaydedilmesi, bir “kişi” olarak varlığının devlet tarafından kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Çocuğun nüfus kütüğüne kaydedilmesi, isim hakkı ve soybağının belirlenmesi yanında, Anayasa'nın 20 ve 41'inci maddelerinde düzenlenen hakların konusu kapsamında yer alan ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkının ön koşulu niteliğindedir. Yeni doğan çocuğun, yaşam ve sağlığının korunması, ebeveyni ile bağlarının korunması hakları başta olmak üzere devletin pozitif edimlerini gerektiren diğer haklarından yararlanabilmesi için, kimliğinin nüfus siciline kaydedilmiş olması

¹⁵⁸⁸ Diğer yandan bu hak, yalnızca yaşamının ilk döneminde ön plan çıkan yaşama, sosyal güvenlik, ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma gibi haklar bakımından değil, insan yaşamının tüm dönemlerinde önem taşıyan ve kişisel haklar arasında sınıflandırılabilir, çocuğun mensup olduğu azınlık kültürü ile ilişkilerinin korunması hakkı bakımından da önem taşımaktadır. Çocuğun kimliğinin korunması edimini içeren bu hak, bu boyutuyla, özellikle büyük çocuklar bakımından önemlidir. Ya'ir RONEN, “Redefining the Child's Right to Identity”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 18, No. 2, 2004, ss. 147–177, s. 148.

¹⁵⁸⁹ Simon SZRETER, “The Right of Registration: Development, Identity Registration, and Social Security- A Historical Perspective”, **World Development**, Vol. 35, No. 1, 2007, ss. 67–86, s. 67–68.

¹⁵⁹⁰ *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98), parag. 40; *Gaskin v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83), parag. 36; *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09), parag. 50.

gerekmektedir. Bu niteliğinin bir sonucu olarak “çocuğun kimliğinin korunması hakkı” anayasalarda ve ulusalüstü mevzuatta açıkça tanınmıştır¹⁵⁹¹.

Diğer yandan çocuğun “aile bağları”nın korunması hakkının da ön koşulu niteliğinde olan kimlik hakkı, yasal olmayan birlikteliklerden doğan çocukların ebeveynlerine ilişkin bilgilerin gerçeğe aykırı biçimde kaydedilmesi olasılığı, çocuğun kimlik hakkının unsurlarının ve bu hakla ilgili diğer haklarının ihlaline neden olmaktadır. Bu bağlamda, erken çocukluk döneminde önem kazanan bir diğer çocuk hakkı, çocuğun soybağının korunması hakkıdır. Çocuğun ebeveyni ile olan ilişkilerine, bir yandan hukuka aykırı olarak müdahalede bulunulmaması biçiminde negatif edim gerektiren bu hak, diğer yandan devleti, çocuğun soybağının korunması için gerekli yardım ve korumada bulunmakla yükümlü tutmaktadır. AIHM de çocuğun babası olduğu ileri sürülen kişinin DNA örneği vermesine zorlayan bir yasanın bulunmamasını Sözleşme’nin 8’inci maddesinde güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkının ihlali olduğunun ileri sürüldüğü davada¹⁵⁹², aile yaşamına saygı haklarına ilişkin negatif ve pozitif edim gerektiren edimlerin sınırının her bir somut olay bakımında ayrı bir değerlendirmeyi zorunlu kıldığını, kamu yararı ile kişinin menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasının zorunlu olduğunu, menfaatlerin dengelenmesinin devletin takdir yetkisi kapsamında olduğunu ifade etmekle birlikte, babalık iddiasının çocuğun kişisel kimliğinin önemli bir unsuruna ilişkin yaşamsal bir menfaatini koruduğunu vurgulamış,

¹⁵⁹¹ Sınırlı sayıda anayasada yer verilen kimliğin korunması hakkı, farklı kültürel kimliğe mensup toplumların, kendi kimliklerini koruyarak bir arada yaşamalarını kolaylaştırma amacının, anayasa yapımının saiklerinden birini oluşturduğu Sırbistan Anayasasında en kapsamlı biçimiyle yer almıştır. Sırbistan Anayasasının 64’üncü maddesine göre, “Her çocuğun kişisel ada sahip olma hakkı, doğumla nüfus siciline kaydolma hakkı, soyunu öğrenme hakkı ve kendi kimliğini koruma hakkı vardır”. Nepal Anayasası 339’uncu maddesi de, “her çocuğun aile adı ile birlikte, doğumla birlikte nüfus siciline kaydolma hakkı”nı, Dominik Cumhuriyeti Anayasası, çocuğun kimlik ve isim hakkını (md. 45), Bolivya Anayasası, çocuğun kendi soyu ile olan bağı çerçevesinde kimlik hakkını (md. 58) tanımıştır. Çocuğun kendi kimliğini koruma hakkı, özellikle bir toplumun hâkim kimliğinden ayrı alt kimliklere mensup çocukların, kendi kültürleri ile olan ilişkilerinin korunması hakkı bakımından da önemlidir. Çocuğun kültürel kimliğini koruma hakkı, bu niteliğiyle devletin negatif edimini gerektiren bir hak niteliğindedir.

¹⁵⁹² *Mikulic v. Croatia*, (Appl. No: 53176/99), parag. 57, 64, 66.

böyleli durumlarda Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin baba olduğu iddia edilen kişilerin DNA örneği vermekten ısrarla çekinmeleri durumunda, iddia olunan babanın hapis ya da para cezası ile cezalandırılması ya da babalığa hükmedilmesi şeklinde yöntemler benimsediklerine işaret ederek, çocuğın babasının belirsiz kalması ile DNA örneği vermek istemeyen kişinin menfaatleri dengelenirken, devletin çocuğın “menfaatlerinin temel gereklerini” göz önünde bulundurmakla yükümlü olduğunu kabul etmiş ve kişinin kimliğinin temel unsurlarının belirsiz kalması karşısında mahkemelerin hareketsizliğini Sözleşme kapsamında korunan özel yaşama saygı hakkının ihlali niteliğinde olduğunu kabul etmiştir¹⁵⁹³.

Çocuğın ana babasını bilme ve onlar tarafından büyütölme hakkı, ÇHS yanında, anayasalarda da yer almıştır (ör: Etiyopya Anayasası md. 36). Diğer yandan çocuğın ana babasını bilme ve onlar tarafından büyütölme hakkı, anayasada açıkça yer verilmemesi durumunda dahi, mahkeme içtihatlarıyla çocuk bakımından “kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı¹⁵⁹⁴”, ebeveyn bakımından “aile yaşamının korunması hakkı” çerçevesinde korunmaktadır¹⁵⁹⁵.

Türk hukukunda, çocuğın soy bağının korunması amacıyla, çocuğın babalık davası yolu ile gerçek babası ile arasında nesep ilişkisi kurma hakkı tanınmıştır. Ancak Medeni Kanun’un, 291’inci maddesinde yer alan ergin olmayan çocuk adına, soybağının reddi davasını açma hakkı için “*kayıyının atanması tarihinden itibaren bir yıl, her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl*” olarak hak düşürücü süre öngörölmesi, “*küçüğün temel hak ve hürriyetlerinden olan genetik ve biyolojik yönden soybağı bulunmayan kişi ile olan*

¹⁵⁹³ Mikulic v. Croatia, (Appl. No: 53176/99), parag. 57-66.

¹⁵⁹⁴ AYM, E: 2013/62, K: 2013/115, k.t.10.10.2013.

¹⁵⁹⁵ Çocuğın soy bağının korunması, kimliğinin bir parçası olarak ÇHS’nin birçok maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme Başlangıç Kısımında, çocuğın ana-babası ve gelenekler çerçevesinde uzak aile veya topluluk üyeleri ile ilişkilerine vurgu yapmış; 5’inci maddesinde, devletlere çocuğın aile bağlarını koruma hakkına saygı gösterme ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmama yükümü getirmiş; 9’uncu maddede ise, çocuğın yüksek yararı gerektirmedikçe ana babasından ayrılmama hakkını düzenlemiştir.

ilişkiyi ortadan kaldırma hakkının önünde bir engel olması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıması sebebiyle sosyal hukuk devleti ve adalet ilkesinin özü ile bağdaşmadığı” gerekçesiyle, Anayasa’ya aykırı olduğu değerlendirilmiş ve hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi, düzenlemeyi, çocuğun “*ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakkı*”nın “*maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında*” olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁵⁹⁶.

Dolayısıyla anayasa hukuku bakımından “kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı”na (AY md. 17) dayanılarak çocuğun soybağı ve kimlik hakkı korunmaktadır.

Küçük çocuklar bakımından kimliğinin korunması hakkı, soy bağı ve hısımlık ilişkilerinin korunması hakkını da içerir. Bu niteliğiyle, çocuğun yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılmasını engellenmeye yönelik önlemleri gerektirir.

C. Erişkin Çocuklar

1. Çocuğun Erişkin Olmasının Anayasa Hukuku Bakımından Anlamı

Erişkin çocuklar, pek çok alanda yetişkinlerin yardım ve desteğine ihtiyaç duymadan kendi görüşlerini oluşturma ve belli ölçüde bağımsız hareket edebilme yeteneğine sahip, ancak hukuken henüz yetişkin sayılmayan çocuklardır. Belirli alanlarda yetişkin kişilerden beklenen davranış yetkinliğine sahip olmalarına karşın hukuk, erişkin çocukların on sekiz yaşına kadar özerkliklerini tanımaktan imtina etmekte, diğer taraftan rüşte erişir erişmez çocukluklarını geride bırakarak yetişkinliğe derhâl başarılı bir geçiş

¹⁵⁹⁶ AYM, E: 2013/62, K: 2013/115 k.t. 10.10.2013.

yapmalarını beklemektedir. Bu nedenle erişkinlik döneminde, yetişkinliğin gerektirdiği becerileri geliştirme olanağı sağlanmasına yönelik haklar önem kazanmaktadır. Ayrıca, çocuğun gelişen kapasitesi ile orantılı olarak, görüşünü oluşturma ve kararların alınmasına katılma hakkının tanınması, özellikle erişkin çocukluk döneminde önem taşımaktadır. Diğer yandan bu çocuklar, tecrübesizlikleri nedeniyle toplumdan ve sosyal çevrelerinden kaynaklanan tehlikelerden korunma gereksinimi içindedirler. Dolayısıyla “korunma” hakları bu çocuklar bakımından da önemini korumaktadır.

Anayasa hukukunda erişkin çocuklara ilişkin düzenlemelerde, çocuğun yetişkin yaşamına yetkin olarak hazırlanmasını amaçlayan haklar ile tehlikelerden korunmaları amacıyla devlete sorumluluk yükleyen düzenlemelerin önem kazandığı görülmektedir. Bu amaçla bir dizi anayasada, yetişkin yaşamına hazırlanmakta olan bu çocuklar bakımından yetkin birer yetişkin olmalarına hizmet eden çocuğun gelişimini desteklemeyi amaçlayan haklar ile çocuğun korumasını amaçlayan haklar tanınmıştır. Bunlardan Angola Anayasası’nın 35’inci maddesinde doğrudan erişkin çocukların hakları düzenlenmektedir. Hükümde Devletin, aile ve toplumla işbirliği içinde, gençlerin ve ergenlerin tam ve dengeli gelişimini ve siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının yerine getirilmesi için koşulların yaratılmasını teşvik etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Hükümün devamında Devlet, erişkin çocuklar tarafından kurulan ekonomik, kültür, bilim, sanat, eğlence, spor, çevre, eğitim, yurtseverlik ve uluslararası gençlik değişimi amacını taşıyan gençlik örgütlerini teşvik etmekle yükümlüdür denilmektedir. Bu düzenlemede gençlerin gelişimini destekleyen ve ekonomik ve sosyal nitelikli hakların yanı sıra siyasal ve kültürel haklara da yer verilmesi, gençlerin özerk kişiler ve toplumun etkin birer üyesi olarak tanınmalarının göstergesi olması bakımından anlamlıdır. Düzenlemede ayrıca, gençlerin örgütlenmelerini devletin desteklemekle yükümü olduğu ifade edilmiş, böylece yetişkinler bakımından devletin kural olarak müdahalede bulunmamakla yükümlü olduğu kabul edilen örgütlenme özgürlüğü

karşısında dahi, çocuklar söz konusu olduğunda pozitif edimleri gerektiren yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmiştir. Bolivya Anayasası'nın 58 ve 59'uncu maddesi çocuk haklarına ilişkin hükmünde küçük çocuklar ile erişkin çocukları ayrı ayrı saymakta, Devlet ve toplumun hiçbir şekilde ayrımcılık yapmaksızın gençliğin politik, sosyal, ekonomik ve kültürel kalkınmaya katılımlarını desteklemekle ve gençlerin yasalara uygun olarak korunma, gelişimlerini desteklemeye yönelik haklarını garanti etmekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Hükümde erişkin çocukların tüm çocuklara tanınan haklar yanında, toplumsal konulara aktif katılım hakları olduğu kabul edilmektedir. Brezilya Anayasası'nın sosyal güvenlik hakkına ilişkin 203'üncü maddesi, diğer dezavantajlı gruplarla birlikte erişkin çocukların sosyal güvenlik sistemine herhangi bir katkıları olmasa dahi sosyal güvenlik haklarının tanınacağını düzenlemiştir. 227'nci maddesinde çocukların ve gençlerin haklarına ilişkin hükümde çalışma yaşının 14 olacağı, genç çalışanlara sosyal güvenlik ve çalışma yaşamına ilişkin özel haklar tanınacağı, gençlere ve genç çalışanlara eğitime erişme haklarının garanti edileceği, bir suç işlediği iddia edilen gençlerin suçlamanın içeriğini etkin olarak öğrenmeleri amacıyla adli yardım hakları ile özgürlükten mahrum bırakılmaları sonucunu doğuran tedbirler uygulanırken, gelişmekte olan birey olduklarının göz önünde bulundurulacağı, hapis cezasının süresinin kısaltılacağı ve istisnai bir yöntem olarak başvurulacağı öngörülmektedir.

Dominik Cumhuriyeti Anayasası ise çocuklar ve gençlere ilişkin 56'ncı maddesinde erişkin çocukların, gelişim sürecinde olan aktif öznel olduklarını ve yetişkin yaşamına hazırlanırken üretkenliklerini harekete geçirmeleri amacıyla devlet, aile ve toplum tarafından destekleneceklerini düzenlemiştir.

Venezuela Anayasası'nın 78'inci maddesinde ise çocukların haklarına ilişkin hükümde bu haklardan erişkin çocukların da yararlanacağı hüküm altına alınmış ve

Devletin geerlerin aktif bir vatandaş olarak katılımlarını sağlamak amacıyla önlemler almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Grldğu gibi az sayıda ülke anayasasında geerlerin hakları düzenlenirken, yetişkin yaşamına aktif bir vatandaş olarak katılmalarını sağlayan önlemler alınmasına işaret edilmekte, erişkin çocukların da tıpkı küçük çocuklar gibi korunma haklarından ve gelişimlerini destekleyen haklardan yararlanacakları hükme bağlanmaktadır.

Diğer yandan anayasa hukukunda erişkin çocuklar; “geçerler”, “gelecek nesiller” misyonu yüklenen, bu nedenle devlet iktidarının gelecekteki taşıyıcısı olarak eğitilip yetiştirilmesi gereken yurttaşlar olarak, özel anayasal hakların muhatabı kabul edilmektedir.

Bu yaklaşıma, devlete, geerlerin güçlü ve dinamik bir yurtsever ruha, doğru düşünme yeteneğine ve asil bir gce sahip olmaları için azami çabayı gösterme yükümü yükleyen Myanmar Anayasası’nın 33’üncü maddesi dikkat çekici bir örnektir. “Devlet, geliğiğin ulus inşasında hayati rolünü tanır ve fiziksel, ahlaki, manevi, entelektüel ve sosyal refahını teşvik eder ve korur. Geelik yurtseverlik ve milliyetçiliğe dâhil olmalı ve kamusal ve sivil meselelere katılımları teşvik edilmelidir” hükmünü içeren Filipinler Anayasası’nın 13’üncü bölümünde, “ulus inşasında hayati rolü” nedeniyle geerlerin “milliyetçilik ve yurtseverlik” (nationalism and patriotism) ideolojisini benimsemelerini sağlamak devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. “Geelik, milleti inşa etmek için etkin bir güçtür” hükmüne yer veren Tunus Anayasası’nın 8’inci maddesi de, gelere “ulus inşasında” sahip oldukları potansiyel nedeniyle önem atfeden anayasalar arasında değinilmesi gereken bir diğer anayasadır. Timor Leste Anayasası, “Devlet, geerlerin ulusal birliğiğin güçlendirilmesi, ülkenin yeniden yapılanması, savunma ve kalkınmanın desteklenmesine yönelik girişimlerini teşvik etmekle görevlidir” hükmüne yer vermektedir (md. 19). İstikll ve Cumhuriyetimizi emanet alacak geerlerin, bu vazifelerinden hareketle “Devletin lkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan

kaldırmayı amaç edinen görüşlere” karşı korunmalarını devlete bir ödev olarak tevdi eden 1982 Anayasası da (md. 58), gençlere hâkim siyasanın gelecekteki taşıyıcısı sıfatıyla hak tanıyan yaklaşımın temsilcileri arasında nitelendirilmeye elverişlidir.

Erişkin çocukları egemenliğin gelecekteki sahipleri olarak kabul eden ve bu nedenle devletin ideolojisini içselleştirmelerini amaçlayan hizmetler sunma yükümünü erişkin çocukların hakları olarak tanımlayan bu yaklaşım, insan haklarının temelini “insan onuru”, “insanın değeri”; çocuk haklarının temelini de, “çocuğun değeri” olarak gören yaklaşım karşısında eleştiriye açıktır. Ulus inşasındaki rolleri nedeniyle çocuğa hak tanıyan bu yaklaşım, erişkin çocuğun değerini temel alan, gelişim hâlindeki bireyler olmalarından hareketle ve gelişimlerini özlerinde taşıdıkları en üst noktaya erdirmelerinde desteklenmeleri ihtiyacı nedeniyle haklar tanıyan yaklaşımdan, dayandığı değerler bakımından ayrılmaktadır¹⁵⁹⁷. Oysa ÇHS’nin, Başlangıç kısmında yer alan çocukların “*geleceğe, barış, değerbilirlik, hoşgörü, özgürlük, eşitlik ve dayanışma ruhuyla yetiştirilmesinin gerekliliğini göz önünde bulundurarak*” hazırlanması gereken kişiler oldukları kabulünü yansıtan hüküm, çocuk haklarının dayanağı olarak “çocuğun değerini” temel alan yaklaşıma örnek niteliktedir. Anayasaların, hakkın öznesi olarak çocuğa yönelik yaklaşımlarında Sözleşme’nin bu yöndeki kabulünü benimsemeleri, “çocuğun değerini” temel alan bir haklar yaklaşımını yaşama geçirmelerine katkı sağlayacaktır.

1982 Anayasası’nın devletin niteliklerini ifade eden 2’nci maddesinde ifadesini bulan Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik hukuk devleti niteliği, devletin temel amaç ve görevleri arasında yer alan (md. 5) “*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu*

¹⁵⁹⁷ Uluslaştırmanın ya da ulusal kimlik inşa etmenin etkili araçları arasında okul, ordu, siyasal katılma yanında, kolektif kimliklerin iki asli unsuru olan “biz” ve “öteki”nin oluşturulması amacı da sayılmaktadır. Ulusçuluk akımını benimsetmek, halka bir ulusa dâhil olduğu fikrini benimsetmek, kendini ulus devlet olarak tanımlayan devletin gerçekleştirmesi gereken bir eylem olma özelliği taşımaktadır. Ozan ERÖZDEN, **Ulus-Devlet**, Dost Yayınları, Ankara, 1997, s. 59, 106, 125.

sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” görevi ile 17’nci maddesinde yer verilen kişinin “maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı”, 26’ncı maddede yer verilen “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”, 41’inci maddede yer alan eğitim ve öğretimin “çağdaş bilim ve eğitim esaslarına” dayanmasını emreden hükümler bir arada değerlendirdiğinde, devletin gençleri koruma ediminin “insan onuruna dayalı” insan hakları anlayışına dayandığı biçiminde yorumlanmasını gerektirdiği açıktır.

Anayasalarda “çocuğa özgü” haklar tanıyan hükümlerden durumlarına uygun düştüğü ölçüde, erişkin çocukların da yararlanmalarında kuşku bulunmamaktadır. İlk olarak temel hak ve özgürlüklerin çocuklara yasaklanmayan bölümünden, erişkin çocukların yararlanmasında bir engel yoktur. Ayrıca erişkin çocuklar bakımından bazı temel haklar önem kazanmaktadır. Öncelikle eğitim hakkı, gelişimlerini kendi potansiyellerinin en üst noktasında tamamlayabilmeleri, topluma tam anlamıyla katılabilmeleri ve yetişkinlik dönemine yetkin bir kişi olarak başlamaları ihtiyacının bir gereği olarak, erişkin çocuklar bakımından özel önem taşımaktadır¹⁵⁹⁸. Yetişkinliğin hemen öncesini tecrübe eden bu çocukların gelişen kavrama gücü ve yetkinlikleri ile orantılı olarak, kendi hukuklarını etkileyen kararların alınmasına katılma ile yaş ve olgunlukları ile orantılı olarak görüşlerine gereken önemin verilmesi hakları da önemlidir. Yine çalışma yaşamında zayıfların özel olarak korunması hakkının, anayasada doğrudan çocuk istihdamına ilişkin bir hüküm bulunmasa dahi erişkin çocukları kapsamına aldığı tartışmasızdır. Erişkin çocuklar bakımından öne çıkan bir diğer hak, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıdır. 1982 Anayasası’nın 5’inci maddesinde

¹⁵⁹⁸ BUSS, “Constitutional Fidelity through Children’s Rights”, s. 7; DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2105.

olduğu gibi, devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin genel bir düzenlemeye yer veren ve bu görevlerden biri olarak “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma*”yı devletin insan haklarına ilişkin olarak genel bir yükümlülüğü olarak kabul eden hüküm yanında kişinin maddi ve manevi varlığının korunma ve geliştirilmesi hakkını konu alan Anayasa’nın 17, 20 ve 41’inci maddelerine erişkin çocukların haklarının korunması amacıyla başvurulabileceği açıktır.

Bunun dışında bir dizi anayasada, erişkin çocukların haklarını açıkça tanıyan hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu hükümler incelendiğinde Romanya Anayasası’nda olduğu gibi çocuklar ve gençlerin özel koruma ve devlet yardımından yararlanma hakkını tanıyan (md. 31) ve çocuğun korunması yaklaşımını öne çıkaran eğilimden söz etmek mümkündür. Bir dizi anayasada ise özellikle erişkin çocukların toplumdan yönelen tehlikelerden korunmalarını amaçlayan haklara yer verilmiştir. Bunlardan Ermenistan (md. 54), Bolivya (md. 59), Brundi (md. 44), Kamboçya (md. 48), Etiyopya (md. 36), Japon (md. 27), Nijer (md. 24), Nijerya (md. 17) Romanya (md. 49) anayasaları çocuğun çalışma yaşamında sömürülmeye karşı korunacaklarını düzenlemiştir. Butan Anayasası kaçırılma ve fuhuşta kullanılmaya (md. 8) karşı korunacaklarını düzenlemiş, Kolombiya (md. 44), Ekvador (46) Mısır (md. 80), Gabon (md. 1), Guyana (md. 19), Macaristan (md. 124), Hindistan (md. 39), Kenya (md. 53), Kosova (md. 50), Moldova (md. 50), Nepal (md. 39), Paraguay (md. 54), Senegal (md. 20), Sırbistan (md. 64) Anayasası gibi pek çok anayasa ise gençlere yönelik tehlikelerin pek çoğunu kapsayacak geniş bir listeye yer vermiş ve gençlerin terkedilme, fiziksel veya ahlaki şiddet, tecavüz, insan ticareti, cinsel istismar, iş yaşamında ekonomik sömürü, tehlikeli işlerde çalıştırılma, alkol ve uyuşturucu kullanma ve suçluluğa karşı korunma hakları olduğunu düzenlemiştir.

2. Anayasa Hukukunda Erişkin Çocukların Haklarının Korunması

Erişkin çocuklara yönelik tehlikeler, erken çocukluk döneminde kişinin temel haklarına yönelik tehlikelerden belli açılardan farklılık göstermektedir. Erken çocukluk döneminde ebeveynin ihmalinden ya da ebeveynin sosyal ve ekonomik koşulları nedeniyle maruz kaldığı tehlikelerden çocuğun korunmasını amaçlayan haklar öne çıkmakta iken, erişkin çocuklar bakımından, aile içi şiddet ya da istismar yanında, çalışma yaşamında sömürülmeye, suça sürüklenmeye ve suçta kullanılmaya, gelişimini ve sağlığını tehdit eden uyuşturucu ve benzeri maddeleri kullanma ve bunların yasadışı üretimi ve kaçakçılığı alanında kullanılmaya, cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale, erken yaşta zorla evlendirilmeye, silahlı çatışmalarda kullanılmaya karşı korunmalarını konu alan haklar ayrıca önem kazanmaktadır.

Küçük çocukların korunmasına yönelik devlet yükümlülükleri ile erişkin çocukların korunması amacıyla devletin yükümlülükleri konu bakımından belli açılardan farklılığa sahiptir. Azımsanmayacak sayıda anayasa, çocuğun sayılan bu tehlikelerden korunması konusunda devlete pozitif edim yükleyen hükme yer vermiştir. Örneğin Brezilya Anayasası'nın 227'nci maddesi gençlerin madde bağımlılığının tedavisi için devletin özel önlemler alma ve gençlerin cinsel yönden sömürülmesini ağır bir biçimde cezalandırma yükümünü, Kamaran Anayasası'nın Başlangıç kısmı gençlerin her türlü şiddet ve sömürüden korunma haklarını, Gabon Anayasası'nın Başlangıç kısmı ve Hindistan Anayasası'nın 39'uncu, Kuveyt Anayasası'nın 10'uncu, Nijer Anayasası'nın 24'üncü maddesi gençlerin sömürüden ve ahlaki, entelektüel ve fiziksel olarak korumasız bırakılmaktan korunma hakkını, Fildişi Sahili Anayasası'nın 34'üncü maddesi devlet ve kamu kurumları tarafından gençlerin her türlü şiddet ve sömürüye karşı korunacağını düzenlemekte, Senegal Anayasası'nın 20'nci maddesi ise gençlerin, sömürü, uyuşturucu bağımlılığı, ahlaki yozlaşma ve suçluluğa karşı devlet tarafından korunma hakkını tanımakta, Sri Lanka Anayasası'nın 27'nci maddesi ise Devletin, gençlerin fiziksel,

zihinsel, ahlaki, dinsel ve sosyal bakımdan tam olarak gelişimlerini sağlamak ve gençleri sömürü ve ayrımcılığa karşı korumak için önlem almakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir.

1982 Anayasası, gençliğin korunması başlıklı 58'inci maddesinde yer alan “*Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.*” düzenlemesiyle, erişkin çocuklar bakımından öne çıkan tehlikeleri sayarak, özellikle bu alanlarda devletin özel önlemler almakla yükümlü olduğunu kabul etmiştir.

Diğer yandan erişkin çocuklar bakımından önem kazanan bu tehlikelerden çocukların korunmasına ilişkin açık bir anayasal hüküm yer almasa dahi, “insan onuru”, “devletin sosyal hukuk devleti niteliği” gibi anayasal ilkeler yanında, kişi dokunulmazlığı, kişi güvenliği, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, özel yaşamın korunması ve geliştirilmesi, angarya yasağı ve sömürüye karşı korunma hakkı gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normlara dayanılarak, erişkin çocukların korunmasının ve desteklenmesinin talep edilebileceği açıktır.

1982 Anayasası bakımından ise Başlangıç kısmının 6'ncı paragrafında yer alan herkesin “*Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak ... hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını ... geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” hükmü, 2'nci maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu vurgulayan hüküm, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5'inci maddesinde yer alan ve kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaya yer veren hüküm, 10'uncu maddede yer alan çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağına

ilişkin hüküm ile 12’nci maddesinde yer alan herkesin “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere” ve 17’nci maddesinde yer alan herkesin “yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına” sahip olduğunu, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağını; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamayacağını emreden hüküm ile 20’nci maddesinde yer alan herkesin “özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu düzenleyen hükümler, devletin küçük çocukları olduğu gibi erişkin çocukları, cinsel yönden ve çalışma yaşamında sömürülmeden, uyuşturucu ve alkol bağımlılığından, suç işlemeden koruma yükümlülüğünün anayasal dayanaklarıdır. Korunması gereken menfaatinin niteliği göz önünde bulundurularak bu hükümlerden biri ya da bir kaçına başvurularak erişkin çocukların hakları korunabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, küçük çocuklara ilişkin başvurularda olduğu gibi erişkin çocukların haklarına ilişkin başvurularda da cinsel bütünlüğün ihlal iddialarını kural olarak Anayasa’nın 17’nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile kötü muamele yasağı çerçevesinde ele almakta¹⁵⁹⁹, ayrıca Anayasa’nın 5’inci maddesinde düzenlenen Devletin temel amaç ve görevleri arasında kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmaya çalışma ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma yükümlülüğüne işaret etmektedir¹⁶⁰⁰. Mahkeme, Anayasa’nın 17’nci maddesiyle insan onurunun korunmasının amaçlandığını, özel hayat alanına dâhil olan hukuksal çıkarların Anayasa’nın farklı maddelerinde korunduğunu, Anayasa’nın 17’nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme

¹⁵⁹⁹ Z.C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag. 55; A.B. ve B.B. Başvurusu, (B. No: 2015/7161), parag. 57, A.D. Başvurusu, (B. No: 2014/7967), parag. 82.

¹⁶⁰⁰ A.D. Başvurusu, (B. No: 2014/7967), parag. 80.

hakkının, Sözleşme'nin 8'inci maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunması hakkına karşılık geldiğini ifade etmektedir. Kötü muamele oluşturan her eylemin aynı zamanda bireylerin fiziksel ve/veya ruhsal bütünlüğe zarar vererek özel hayatına da menfi yansımaları olmakla birlikte, cinsel istismar eylemlerinin doğası gereği, korumasız ve zayıf durumdaki çocukların maddi ve manevi bütünlüklerini erişkinlere yönelik fiillere göre daha fazla tahrip edici nitelikte olduğunu ifade eden Mahkeme, erişkin çocukların cinsel bütünlüklerine yönelik ihlal iddialarını tıpkı küçük çocuklara ilişkin başvurularda benimsediği içtihatla olduğu gibi, cinsel istismar, yaralama, tehdit gibi eylemleri Anayasa'nın 17'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen kötü muamele yasağı kapsamında ele almaktadır¹⁶⁰¹.

Örneğin on sekiz yaşından küçük olan başvurucunun resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşadığı kişi hakkında hakaret, tehdit, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kasten yaralama suçlarından yaptığı şikâyet üzerine kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkin bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen hak karşısında devletin pozitif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan tüm bireylerin maddi ve manevi varlığını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunduğuna¹⁶⁰², Anayasa'nın devletin temel amaç ve ödevlerini düzenleyen 5'inci maddesinde, Devletin kişilerin insan onuruna uygun yaşayabilmesi için gerekli önlemleri almaya, onların maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaya yer

¹⁶⁰¹ Z.C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag. 104; A.D. Başvurusu, (B. No: 2014/7967), parag. 97, A.B. ve B.B. Başvurusu, (B. No: 2015/7161), parag. 54, 57.

¹⁶⁰² Z.C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag. 56.

verildiğine¹⁶⁰³, Anayasa’nın 41’inci maddesinin gerekçesinde “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkelerin Anayasa metnine dâhil edilerek Devlete çocukların her türlü istismara ve şiddete karşı korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alma ödevi yüklendiğine” işaret ederek, Devletin çocukları koruma görevinin dayanakları olarak özel ve genel nitelikli anayasal hükümler olarak 5’inci madde ile 17 ve 41’inci maddelerini göstermiştir. Ayrıca Mahkeme, çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmelerinin, çocuklara yönelik cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olduğunu, bu suçların çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bıraktığını vurgulayarak küçük çocuklar gibi erişkin çocukların incinebilir ve kırılgan bir durumda bulunmalarından hareketle, çocukların korunmasını amaçlayan önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınmasını devletin pozitif yükümlülüklerinin dayanağı olarak kabul etmiştir¹⁶⁰⁴. Dolayısıyla Mahkeme’nin yargısal tutumunda erişkin çocukların korunma hakları da tıpkı küçük çocuklar bakımından olduğu gibi, incinebilir hassas doğaları ve kendilerini korumadaki güçsüzlüklerine dayandırılmaktadır.

Mahkeme, suç tarihinde yirmi dört yaşında olan ve on dört yaşındaki mağdure ile rızayla cinsel birliktelik yaşayan başvuranın suçtan sonra mağdure ile evlenmiş olması nedeniyle eyleminin suç olmaktan çıkarılması gerektiği, verilen cezanın ölçsüz olduğu, böylece özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü bireysel başvuruyu ele alırken kanun koyucunun suçun mağdur üzerinde yaratacağı etkileri dikkate alarak yaptığı ayırimda on beş yaşın altındaki çocukların gerekli psikolojik ve fiziki olgunluğa ulaşmamış olmaları nedeniyle kendilerine yönelik cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığını, bu nedenle cinsel davranışlara ilişkin

¹⁶⁰³ Z.C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag. 57.

¹⁶⁰⁴ Z.C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag. 58 vd.

rızalarının geçersiz olduğunu kabul ettiğini ifade etmiştir¹⁶⁰⁵. Konu daha önce somut norm denetimi yoluyla önüne gelen Mahkeme, aynı gerekçelerle çocukların maddi ve manevi bütünlüklerini korumayı amaçlayan bu düzenlemenin Anayasaya uygun olduğunu değerlendirmiştir¹⁶⁰⁶.

Görüldüğü üzere Mahkeme, küçük çocuklar gibi erişkin çocukların da görece güçsüz ve incinebilir doğalarını ve eylemin anlam ve ağırlığını idrak etmedeki yetersizliklerini, ihlalin ağırlığını ve bunun sonucu olarak devletin yükümlülüğünün kapsamını belirleyen bir unsur olarak göz önünde bulundurmaktadır.

AİHM de çocukların maddi ve manevi bütünlüklerine yönelik ihlallerden korunma hakkını Sözleşme'nin 1, 3 ve 8'inci maddesi çerçevesinde ele almaktadır. AİHM; Sözleşme'nin 1'inci maddesiyle birlikte 3'üncü maddesinin devletlere, yetki alanı içinde bulunan herkese Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlüğü ve kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından yapılsa bile söz konusu kişilerin kötü muamelelere maruz kalmalarının engellenmesine yönelik önlemleri alma ve gerçekleşmesi durumunda etkili yargısal soruşturma yapma yükümlülüğü getirdiğine işaret ederek, çocukların maddi ve manevi bütünlüklerine yönelik ihlallerden kaynaklanan davaları ele almaktadır¹⁶⁰⁷.

Dört çocuğun kendileri ile aynı evde, annelerinin evlenmeyi planladığı erkek arkadaşı sıfatıyla yaşayan erkek tarafından cinsel istismara uğradığı *E. vd. v. Birleşik Krallık* davasında, 8'inci maddede düzenlenen özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüş olmasına rağmen AİHM, failin daha önce çocuklardan ikisini istismar ettiğinin yargılama sonucunda sabit bulunduğunu, şartlı tahliye olması sonrasında

¹⁶⁰⁵ *Halil İbrahim Elibol Başvurusu*, (B. No: 2016/30913), 18.4.2019, parag. 22, 24.

¹⁶⁰⁶ AYM, E.2015/43, K.2015/101, 12.11.2015), parag. 18

¹⁶⁰⁷ *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10), parag. 95; *Denis Vasilyev v. Russia*, (Appl. No: 32704/04), 17.12.2009, parag. 98; *A. v. the United Kingdom*, (B. No: 25599/94), parag. 22; *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), 04.03.2004, parag. 149; *Secic v. Croatia*, (Appl. No: 40116/02), 31.5.2007, parag. 52, *X. and Y. v. Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 27.

çocuklarla aynı evde yaşamayı sürdürdüğünü, dolayısıyla eylemin devletin bildiği ve bilmesi gereken bir eylem olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek¹⁶⁰⁸ çocukların uzunca süre cinsel ve fiziksel istismara maruz kalmalarının, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğu ve bu nedenle ihlalin Sözleşme'nin 3'üncü maddesi kapsamına girdiğine şüphe olmadığını ifade etmiş, 8'inci madde bakımından ayrıca bir inceleme yapmamıştır¹⁶⁰⁹. Akıl hastası çocukların kaldığı özel bir kurumda, kurumun yöneticisinin oğlunun cinsel istismarına uğrayan akıl hastası bir kız çocuğu adına dava açmak isteyen babaya, çocuğun akıl hastalığından kaynaklanan ehliyetsizliği nedeniyle iç hukukta kızı adına dava açma hakkı tanınmaması üzerine gündeme gelen *X. ve Y. v. Hollanda* davasında AİHM, mental bakımdan yetersiz kişilere karşı dava açma hakkı bakımından iç hukukta bulunan açıklıkların Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu kabul etmiştir¹⁶¹⁰. Görüldüğü üzere devlet, istismara ve ihmale karşı savunmasız olan engelli gençlerin fiziksel, cinsel ve zihinsel bütünlüğünü korumak amacıyla etkili yargısal usuller ve mekanizmaların kabul edilmesini kapsayan olumlu edimleri gerektiren yükümlülük altındadır.

Erişkin çocukların haklarına yönelen tehlikeler, küçük çocuklar ve yetişkinler bakımından öne çıkan tehlikelerden farklılık gösterdiği gibi, hakların yaşama geçirilmesine yönelik edimlerin niteliği ve kapsamı, gerek küçük çocukların gerek yetişkinlerin haklarına ilişkin edimlerin niteliklerinden belli açılardan farklılık gösterir.

Anayasa hukukunda erişkin çocuklar bakımından, çocuğun suçta kullanılması ya da suça sürüklenmeye karşı korunması, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal, toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmaya karşı korunması

¹⁶⁰⁸ *E. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), parag. 92-96.

¹⁶⁰⁹ *E. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), parag. 89, 105.

¹⁶¹⁰ *X. and Y. v. Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 27.

(Sözleşme md. 32), uyuşturucu maddelerin yasadışı kullanımına karşı korunması ve çocukların bu tür maddelerin yasadışı üretimi ve kaçakçılığı alanında kullanılmalarının önlenmesi (Sözleşme md. 33), fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurularak sömürülmeye karşı korunmasını (md. 34) konu alan ve devletin pozitif edimlerini gerektiren “korunma hakları” önem kazanmaktadır.

Bu tür tehlikeler öncelikle genel toplumsal, ekonomik, eğitsel önlemlerin bütüncül olarak yaşama geçirilmesini gerektirir. Ancak gerek Anayasa Mahkemesi’nin gerek AİHM’nin kararlarında vurgulandığı üzere çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve failerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri, bu eylemlerin çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakması, bir diğer ifade ile çocukların incinebilir ve kırılgan bir durumda bulunmaları, etkili denetim ve koruma mekanizmalarının kurulmasını ve ihlalin gerçekleşmesi durumunda etkili yargısal mekanizmaların kabul edilmesini gerektirir.

AİHM, çocukların haklarının ihlali halinde etkili yargısal güvencelerin söz konusu olmamasını, hakkın ihlali olarak kabul etmektedir. İki erkeğin tecavüzüne uğrayan 14 yaşındaki bir çocuğun mağdur olduğu *M.C. v. Bulgaria* davasında, Bulgaristan’da cinsel dokunulmazlığa karşı gerçekleştirilen eylemlerin cezalandırılabilmesi için mağdurun rızasının bulunmadığını ancak, eylem esnasında fiziksel güç kullandığını ve fiziksel olarak karşı koyduğunu kanıtladığı durumlarda mümkün olmasını ve böylece failin soruşturulması için şiddetli direnç göstermesini arayan eğilimin, çocukları cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara karşı savunmasız bıraktığı ileri sürülmüştür¹⁶¹¹. Mahkeme, özel hayatın temel değerlerinin ve temel unsurlarının tehlikede olduğu tecavüz gibi ciddi eylemlere karşı kişilerin korunması için caydırıcı ve etkili ceza hukuku hükümlerinin gerekli olduğunu, özellikle çocuklar ve savunmasız diğer bireylerin etkili

¹⁶¹¹ *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 111-117.

koruma hakkına sahip olduklarını¹⁶¹² somut başvuruda küçüklerin cinsel bütünlüklerinin ihlalini konu alan davalarda soruşturmada görevli yetkililerin, gençlerin kırılgan ve hassas durumlarını ve psikolojik durumlarını dikkate almamış olduklarına işaret ederek¹⁶¹³, her türlü tecavüz ve cinsel tacizi cezalandıran bir ceza hukuku sistemi kurma ve uygulamanın, Devletlerin Sözleşme'nin hem 3 hem de 8'inci maddelerinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinden olduğunu ifade etmiştir¹⁶¹⁴. Hatırlanacağı üzere AİHM, küçük çocukların cinsel bütünlüğe yönelen eylemleri, 3'üncü madde çerçevesinde ele almakta ve ihlal iddialarını incelerken, muamelenin asgari şiddet eşiğini aşmış olmadığına ilişkin değerlendirmeye girişmemektedir¹⁶¹⁵. Mahkeme tıpkı küçük çocukların cinsel bütünlüklerine yönelen saldırılarda olduğu gibi erişkin çocukların cinsel bütünlüklerine yönelik ihlallerde de asgari şiddet eşiğinin aşılmış olduğunu değerlendirmeksizin çocuğun cinsel bütünlüğünü korumaya hizmet edecek adli ve yargısal mekanizmaların yetersizliğini 3'üncü maddenin ihlal edilmiş sayılması bakımından yeterli görmektedir¹⁶¹⁶.

Aynı ilkeler, Anayasanın “*zorla çalıştırma yasağı*” başlıklı 18'inci maddesi ve “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır*” güvencesinin, devleti çocukları sömürüye ve zorla çalıştırmaya karşı korumak amacıyla etkili önlemler alması bakımından da geçerlidir. Daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer alan “*Küçükler ... çalışma bakımından özel olarak korunurlar*” hükmüne yer veren 50'nci maddesi ile birlikte hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağını

¹⁶¹² parag. 50.

¹⁶¹³ parag. 183.

¹⁶¹⁴ parag. 185, 187.

¹⁶¹⁵ Örnek olarak bkz: *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09).

¹⁶¹⁶ *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10) parag. 99, 100; *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 154-162, 187.

ve angaryanın yasak olduğunu hükme bağlayan 18'inci maddede yer alan güvencenin, çocuklar bakımından, pozitif görev yönüne ilişkin bir düzenleme niteliğindedir.

AIHM Togo vatandaşı olan başvurucunun, yol masrafları karşılığında bir süreliğine Bay ve Bayan D için ev işlerinde yardımcı statüsünde çalıştıktan sonra daha iyi bir eğitim alabileceği bir okula yerleştirileceği vaadiyle Fransa'ya getirilmesi ancak Fransa'ya varmasından sonra pasaportunun kendisinden alınması ve ülkede kanunlara aykırı olarak bulunması ile korkutularak hizmetçi olarak çalıştırılması, takip eden dönemde Bayan B'ye kiralanması, Bayan B'nin evinde de bir ücret ödenmeksizin hafta sonları da dâhil olmak üzere çalıştırılması üzerine gündeme gelen davada, çocukların köle statüsünde çalıştırılması veya zorla çalıştırılması yasağının kapsamına ilişkin önemli saptamalarda bulunmuştur¹⁶¹⁷. Başvurucu, ceza kanundaki sömürü, zorla çalıştırma kapsamındaki fiillerin tanımına ilişkin düzenlemelerin yoruma açık olması nedeniyle kendi durumundaki mağdurların zorla çalıştırılma ya da zorunlu çalıştırmaya tabi tutulmasını önlemekten uzak olduğu gerekçesiyle Devletin Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen kölelik ve zorla çalıştırma yasağı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme “özellikle çocuklar ve korunmasız diğer bireylerin, bu tür ciddi kişisel bütünlük ihlallerine karşı etkili ve caydırıcı biçimde Devletin korunmasına hak kazanacağını vurgulamıştır¹⁶¹⁸. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen zorla çalıştırılma yasağı, özellikle mağdurun yaş ve göçmenlik statüsü dikkate alınarak devletin daha geniş

¹⁶¹⁷ Burada ulusal mahkemelerin hukuk yargılaması sonucunda, başvurucunun göçmen olmasından ve başkalarına bağımlı statüsünden kaynaklanan hassas durumunu göz önünde bulundurarak sömürüye maruz bırakıldığını kabul ettikleri ve faillerin Bayan Siliadin'in emeğinin tüm karşılığını ödemelerini de kapsayan tazminata hükmettiğini hatırlamak gerekir. Ayrıca kendisine yasal oturum hakkı verilmesi, böylece okula devamının sağlanması da dâhil olmak üzere bir dizi giderimde bulunulmuştur. Ancak başvurucunun evden ayrılmasının tamamen yasaklanmamış olması ve isteseydi kaçabileceği kabul edilerek eylemin ceza kanunundaki niteliğiyle sömürü seviyesine ulaşmadığı gerekçesi ile faillere verilen ceza para cezasına çevrilmiştir.

¹⁶¹⁸ Bu kararlar için bkz: *X and Y v. the Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 21-27; *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 22083/93, 22095/93), parag. 62-64; *A. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 22.

koruma önlemleri almasını gerektirir¹⁶¹⁹. Ayrıca Mahkeme, “bugünün kölelerinin ağırlıklı olarak kadınlardan olduğunu ve genellikle göçmen ev işçileri olarak özel hanelerde çalıştırıldığını” vurgulamıştır¹⁶²⁰. Mağdurun özel durumunu dikkate alan Mahkeme daha önceki içtihatlarında devletin önleme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması için mutlaka cezai yaptırımların kabul edilmesini gerekli görmemesine rağmen bu davada cezai yaptırım öngören yasal çerçevesinin varlığını gerekli görmüştür¹⁶²¹.

Devletin çocuk haklarını koruma yükümü, üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallerin devlet tarafından önlenmesini gerektirmektedir. Koruma yükümlülüğü, niteliği gereği öncelikle devlete olumlu bir edim yüklemektedir¹⁶²². Örneğin, çocuğun eğitim hakkını kullanması, ailesi ya da diğer üçüncü kişiler tarafından engellenecek olursa, devletin birtakım yaptırımlar yoluyla bu hakka müdahaleyi önlemesi gerekmektedir. Yine çocuğun korunması amacıyla, belli bir yaştan küçük çocukla evlenme yasağı getirilmesi ve bu yasağın ihlalinin yaptırıma bağlanması, ekonomik olarak sömürülmesinin engellenmesi amacıyla belli bir yaştan küçük çocukların istihdamının yasaklanması, çocuğun cinsel yönden istismarının suç sayılması, devletin “çocuğun korunma hakkı” kapsamında değerlendirilebilecek yükümlülükleri arasındadır.

Görüldüğü üzere erişkin çocukların korunması, belli faaliyetlerin suç sayılması ve bu faaliyetlerin gerek çocuklar, gerekse çocukları yönlendiren ya da çocuklarla ilişki içinde bulunan kişiler bakımından yasaklanmasını da içeren önlemlerin alınmasını gerektirir. Ayrıca erişkin çocuklara sınırlanan faaliyet alanlarına yasa dışı olarak dâhil edilmelerini engellemek amacıyla devletin etkin denetim önlemleri alması da erişkin

¹⁶¹⁹ Siliadin kararında Mahkeme, daha önce pek çok davada olduğu gibi, pozitif yükümlülüklerle ilgili olarak, devletin, bir bireyin haklarını bir başkası tarafından ihlal etmesi söz konusu olduğunda yeterli bir cezai yaptırım getirip getirmediğini ele almıştır. Mahkeme’nin gerekçesinde, mevcut ceza kanununun çocuk istismarı yapanların başarılı bir şekilde kovuşturulmasının sağlanması için yeterli olmadığını belirtmiştir. parag. 148.

¹⁶²⁰ *Siliadin v France*, (Appl. No: 73316/01), parag. 88.

¹⁶²¹ *Siliadin v France*, (Appl. No: 73316/01), parag. 89.

¹⁶²² ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 86.

çocukların haklarının korunmasına yönelik pozitif yükümlülükler arasında yer almaktadır¹⁶²³.

Komite de devletin, yoksulluktan etkilenen ergenlerin suça bulaşmamasını sağlamak amacıyla önlem alması gerektiğini ifade etmektedir¹⁶²⁴.

Çocukların haklarının korunması amacıyla, çocukların ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması gündeme gelmektedir. Anayasa hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma nedeni olarak çocukların korunması amacına yer veren anayasal hükümlerden söz etmek mümkündür. Temel hak ve özgürlüklerin, çocukların ve gençlerin korunması amacıyla da sınırlandırılabilceğini düzenleyen anayasalardan Etiyopya Anayasası, “*ifade özgürlüğü, gençlerin korunması amacıyla sınırlandırılabilir.*” (md. 29) hükmüne yer verirken, Honduras Anayasası, (md. 75) düşünce açıklama özgürlüğünün sınırları arasında gençlerin korunması amacına da yer vermekte, Romanya Anayasası (md. 31) bilgi edinme hakkının sınırları arasında gençlerin korunmasını da saymaktadır.

Anayasa hukuku bakımından temel hak ve özgürlüklerin sınırlarından biri olarak, gençlerin korunması amacına yer verilmesi, konumuz bakımından önemlidir. 1982 Anayasası 22’nci maddesinde haberleşme hürriyetinin, 26’ncı maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin, 33’üncü maddesinde dernek kurma hürriyetinin, 34’üncü maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının, “genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle sınırlandırılabilceği” ifade edilmiştir. 28’inci maddesinde basın hürriyetinin sınırlandırılmasında, Anayasa’nın 26 ve 27’nci maddesindeki kayıtların uygulanacağı kabul

¹⁶²³ Örnek olarak bkz: *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 111-117, *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10), parag. 101-116. Devletin çocuğun maddi ve manevi varlığına korumaya yönelik etkin yargısal mekanizmalar kurmaya ilişkin yükümlülükleri, çocuk haklarının güvence sistemi başlığı altında etraflıca incelenecektir.

¹⁶²⁴ **CRC/GC/2003/4**, parag. 12.

edildiğinden, basın hürriyeti de başkalarının haklarının korunması amacıyla sınırlanabilecektir.

AIHS’de de 8’inci maddesinde özel hayata ve aile hayatına saygı, 9’uncu maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 10’uncu maddesinde ifade özgürlüğü, 11’inci maddesinde toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, 4 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesinde serbest dolaşım özgürlüğünün, sağlığın, ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlanabileceği kabul edilmiştir.

Cinsellikle ilgili bilgiler içeren kitabın okullarda çocuklara dağıtılması sonrasında toplatılmasına ilişkin kararın ifade özgürlüğünün ihlali olduğunun ileri sürüldüğü *Handyside* davasında AIHM ilk olarak ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birisi olduğunu, toplumun ve kişinin gelişimi için temel koşullardan birini oluşturduğunu, 10’uncu maddenin 2’nci fıkrasında öngörülen güvencenin yalnızca toplumun geneli tarafından kabul edilen veya zararsız görülen ya da kayıtsızlıkla karşılanan “bilgi” veya “fikirler” için değil, aynı zamanda devlet ya da toplumun bir kısmı tarafından rahatsız edici olarak değerlendirilenler görüşler için de geçerli olduğunu vurgulamıştır¹⁶²⁵. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün gerekleri karşılanmaksızın “demokratik toplumdan söz edilmeyeceğini ifade eden Mahkeme, demokratik bir toplumda ahlakın korunması için alınması gereken önlemlerin bu meşru amaç ile orantılı olması gerektiğini ve gençlerin ahlakının korunmasının Sözleşme’nin 10’uncu maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca meşru bir amacı ifade ettiğini kabul etmiştir¹⁶²⁶. Mahkeme, gençlerin ahlakının korunması amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlanabileceğini kabul ederken Sözleşme bakımından ahlakın ne anlama geldiğini tanımlamamış, ahlak anlayışının toplumdan topluma ve zaman içinde değişebildiğine

¹⁶²⁵ *Handyside v. the United Kindgom*, (Appl. No: 5493/72), 7.12.1976, parag. 49.

¹⁶²⁶ parag. 52.

işaret etmiştir¹⁶²⁷. Mahkeme “devlet yetkililerinin, ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları ‘yasak’ veya ‘ceza’nın ‘gerekliliği’ hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumda” olduklarını kabul etmektedir.

Türk hukukunda da sağlığın, ahlakın ve çocukların haklarının korunması amacıyla diğer kişilerin haklarının sınırlandırılması kabul edilmektedir.

Çocuk haklarının uygulanması bakımından aynı zamanda genel bir ilke niteliği taşıyan “çocuğun gelişen kapasitesinin değerlendirilmesi ilkesi” bir diğer ifade ile çocuğun görüşüne yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmesi hakkının (ÇHS md. 5, 12, 14) erişkin çocuklar bakımından ayrıca ele alınması gerekir. Erişkin çocuklar pek çok konuda önemli ölçüde bağımsız karar alma ve değerlendirme yetkinliğine sahip çocuklardır. Konunun anlam ve önemini bağımsızca değerlendirme yetkinliği kazanan erişkin çocukların haklarının uygulanmasında görüşlerine gereken önemin verilmesi, çocuğu yönlendirme hak ve yetkisine sahip ana baba ve diğer kişiler bakımından bir yükümlülük olduğu AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında çocuğun özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının bir gereği olarak kabul edilmektedir (Anayasa md. 20, AİHS md. 8)¹⁶²⁸. Bu çalışma çerçevesinde ortaya konduğu üzere, çocuğun gelişiminin değerlendirilmesi yükümü, gelişimi ile uyumlu olarak ebeveynin yönlendirme ve rehberlik etme yetki/yükümlülüklerinin aşamalı olarak azalmasını ve yerini eşit zeminde görüş alış verişinde bulunma yükümlülüğüne bırakmasını

¹⁶²⁷ *Handyside v. the United Kingdom*, (Appl. No: 5493/72), parag. 48.

¹⁶²⁸ Çocuğun kendi hukukuna ilişkin kararlara katılım hakkı, pek çok başlık çerçevesinde “çocuğun görüşünün alınması ilkesi” başlığı altında etraflıca ele alınmış ve konuya ilişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları da incelenmiştir. Bu nedenle bu başlık çerçevesinde bu hakların erişkin çocuklar bakımından önemi üzerine durulmuştur. Çocuğun görüşünün alınması hakkına ilişkin kararlara örnek olarak *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910); *İlker Ensar Uyanık v. Turkey*, (Appl. No: 60328/09), parag. 53; *M. and M. v. Croatia*, (Appl. No. 10161/13), parag. 171-172, *Sommerfeld v. Germany*, (Appl. No: 31871/96) kararları sayılabilir.

gerektirir¹⁶²⁹. Ancak ergenlik döneminde göreceli deneyimsizlik ve güçsüzlükleri, ergenleri haklarının ihlal edilmesine karşı savunmasız bırakabilir. Bu nedenle, çocuğun gelişen yetkinliği ölçüsünde sorumluluk üstlenme yetkisi tanınması durumunda dahi devletin çocuğu koruma yükümlülüğü devam eder¹⁶³⁰. Erişkin çocukların gelişen yetkinliğine saygı gösterilmesi hakları ile korunmaları arasında uygun bir denge sağlanması, çocuk haklarının muhatapları bakımından bir yükümlülüktür. Bu denge belirlenirken, çocuğun karşılaşılabileceği tehlikenin ağırlığı, istismar edilme riski, konuya ilişkin bireysel tecrübe ve yetkinliği dikkate alınmalıdır. Çocuk Hakları Komitesi, ebeveynlerin ya da yasal olarak sorumlu diğer kişilerin, ergenlik çağındaki çocuklarına rehberlik etme hak ve sorumluluklarını yerine getirmeleri gerektiğini vurgulamaktadır¹⁶³¹. Ayrıca Komite, ana-babanın ergenin gelişebileceği güvenli ve destekleyici bir ortam sağlamakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir¹⁶³².

Anayasa Mahkemesi ve AİHM aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin her bir davanın kendi özel koşullarına göre biçimleneceğini ifade etmekte ve söz konusu pozitif yükümlülüklerin, davanın etkilediği çocuğun erişkin bir çocuk olması durumunda çocuğun olgunluğunun göz önünde bulundurulmasını gerektirdiğini değerlendirmektedir¹⁶³³. Çalışmanın önceki kısımlarında da ifade edildiği üzere AİHM, çocuğun kararlarının dikkate alınabileceği belirli bir olgunluk düzeyine eriştiğinin değerlendirildiği durumlarda ve üstün menfaatine aykırı olmamak koşulu ile

¹⁶²⁹ CRC/C/GC/12, parag. 84.

¹⁶³⁰ CRC/C/GC/20, parag. 19.

¹⁶³¹ CRC/GC/2003/4, parag. 3.

¹⁶³² CRC/GC/2003/4, parag. 7.

¹⁶³³ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 58; *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, (Appl. No: 31679/96), 25.1.2000, parag. 94; *İlker Ensar Uyanık v. Turkey*, (Appl. No: 60328/09), parag. 49, *Glaser v. the United Kingdom*, (Appl. No: 32346/96), parag. 63; *Bajrami v. Albania*, (Appl. No: 35853/04), parag. 52. Anayasa Mahkemesi kararları için bkz: *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 123. *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), parag. 28; *Nurettin Özaltın Başvurusu*, (B. No: 2013/197259), 19.11.2015, parag. 39.

kişisel ilişki sürecinde çocuğun istek ve söylemlerinin dikkate alınmasını zorunlu görmektedir¹⁶³⁴.

Erişkinlik döneminde çocukların sağlıklı gelişimlerinin gerektiği gibi desteklenmesi için çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda rehberlik edilmesi hakkı, aile yaşamına saygı hakkının kapsamında yer alan velayet hakkının bir gereğidir¹⁶³⁵.

Çocuğun gelişen yetkinliği ile ana babanın çocukları üzerinde rehberlik ve yönlendirme yetkilerinin dengelenmesi, anayasa hukuku bakımından çocuğun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakları ile ana babanın aile yaşamına saygı gösterilmesini talep haklarından kaynaklanan çocuklarını kendi inanç ve kanaatlerine göre yetiştirmeleri haklarının birbiri ile dengelenmesi sorununun gündeme getirmektedir. Çocuğun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkından kaynaklanan kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına gelişen yetkinliği ile orantılı olarak katılma hakkı ile ana babanın çocuklarını yönlendirme ve rehberlik etme haklarının dengelenmesinde, hangi hakka üstünlük tanınacağı konusunda 1982 Anayasası'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. AİHS ise Ek 1 No'lu Protokol'de, eğitim hakkının sunulmasında ana ve babanın eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına işaret etmektedir. Devlet karşında negatif bir özgürlük niteliğinde ana babaya çocuklarını kendi

¹⁶³⁴ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 61.

¹⁶³⁵ Bu hak ÇHS'nin 5'inci maddesinde özel bir çocuk hakkı olarak tanınmıştır. Komite, ebeveynlerin veya çocuğun bakımından yasal olarak sorumlu diğer kişilerin, uygun rehberlik sağlama hak ve sorumluluklarını, çocuğun yaş ve olgunluk seviyesini (evolving capacities) dikkate alarak yerine getirmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Ebeveynlerin ergenlerin görüşlerini, yaşlarına ve olgunluklarına göre dikkate alma ve ergenlerin gelişebileceği güvenli ve destekleyici bir aile ortamı sağlama zorunluluğu vardır. Bu hakkın yaşama geçirilmesi bakımından devlet, aile eğitimi de dâhil olmak üzere ebeveyn tarafından çocuğun görüşlerine olgunluk seviyesi ile uyumlu olarak gereken önemin verilmesini desteklemek amacıyla yasal, idari ve diğer gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Çocuğun gelişen yetkinliği ile ana babanın rehberlik ve yönlendirme yetkilerinin dengelenmesi amacıyla devletin yasal ve idari tedbirler alması gerekmektedir. Hak kapsamında Komite, devletin ebeveyn izni olmadan çocuğun tek başına tıbbi tedaviye başvurabilmesine olanak tanıyan asgari bir yaştan belirlenmesi yönünde yasal düzenlemeye gitmesini gerekli görmüştür. **CRC/GC/2003/4**, parag. 7-9.

inanç ve kanaatlerine göre eğitime hakkı tanıyan bu hüküm, ana babanın çocuklarını yönlendirme ve rehberlik hakları ile çocuğun gelişen yetkinliği ile orantılı olarak kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılma hakkının dengelenmesi konusuna ise bir açıklık getirmemektedir. AİHM'nin çocuğun görüşlerinin dikkate alınabileceği belirli bir olgunluk düzeyine eriştiğinin değerlendirildiği durumlarda ve üstün menfaatinin gereklerine uygun olarak kişisel ilişki sürecinde çocuğun istek ve görüşlerinin dikkate alınmasının zorunlu olduğuna ilişkin içtihatlarından hareketle, Sözleşme'nin ana babanın hakları ile çocukların haklarının dengelenmesinde ana baba lehine bir tercihte bulunmadığını aksine söz konusu haklar çatışmasının çocuğun menfaatlerine öncelik verilerek çözülmesi gerektiğini kabul ettiği değerlendirilebilir¹⁶³⁶.

AİHM içtihatları¹⁶³⁷ ile uyumlu olarak Anayasa Mahkemesi de velayet hakkının çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, malvarlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturduğunu, önceleri ana babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velâyet yetkisinin, günümüzde hem yükümlülük hem de bir hak olarak anlaşıldığını kabul etmektedir¹⁶³⁸. Buradan hareketle çocuğun gelişen yetkinliğinin dikkate alınarak görüşlerine saygı gösterilmesi hakkı ile yol gösterme ve yönlendirme konusunda rehberlik edilmesini talep haklarının çocuk hakları kategorisinde yer alan ve çocuğun özerkliğinin tanınması ile korunmasını konu alan hakların birbiri ile dengelenmesine ilişkin bir hukuki sorun olarak görülmesi gerektiği ifade edilebilir. Nitekim günümüzde, ana babanın çocuk üzerindeki koruma ve rehberlik etme haklarının asıl olarak çocuğun korunmasına hizmet eden haklar oldukları kabul edilmektedir. Anayasa'nın herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez,

¹⁶³⁶ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 61; *M.K. c. Gréce*, (Appl. No: 51312/16), 1.1.2018, parag. 74,75.

¹⁶³⁷ *Stasik v. Poland*, (Appl. No: 21823/12), 6 October 2015, parag. 81; *Gnahoré v. France*, (Appl. No: 40031/98), 17.01.2001, parag. 59; *Sahin v. Germany*, (Appl. No: 30943/96), 8.7.2003, parag. 66.

¹⁶³⁸ E: 2005/53, K: 2008/161, T: 13.11.2008, *Nurcan Yolcu Başvurusu*, (B. No: 2013/9880), parag. 28.

vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu ifade eden 12'inci maddesi de çocuğun temel hak öznesi olarak konumunu güvence altına almaktadır. Çocuğun korunmasını konu alan haklar ile gelişimi ile uyumlu olarak kararlara katılması haklarının dengelenmesinde çocuğun menfaatlerinin gerekleri önemli ölçüde yol gösterici olacaktır. Dolayısıyla yetişkin çocukların kendi maddi ve manevi varlıklarına, özel hayat ve aile hayatlarına ilişkin kararların alınmasında iradelerine tanınacak önem, anayasa hukuku rejimi bakımından özellikle sağlık, inanç ve kanaat özgürlüğü, kendi inanç ve kanaatine uygun olarak eğitim alma özgürlüğünün çocuklara tanınıp tanınmayacağı gibi hususlarda, gelişen bir kişi olarak sahip olacağı özerklik ile korunma ihtiyacının, çocuğun menfaatlerinin gerekleri göz önünde bulundurularak mümkün olan en geniş güvence sağlanarak dengelenme çabasına işaret etmektedir¹⁶³⁹.

Ana babanın rızası bulunmaksızın tıbbi tavsiye ya da yardım alma hakkının somut durumun koşulları çerçevesinde Anayasa'nın 17'nci maddesine dayanılarak “maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ile “kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye maruz bırakılmama” ya da 20'nci maddesine dayanılarak “özel yaşamın korunması hakkı”na dayanılarak talep edilebileceği ifade edilebilir.

Diğer yandan çocuğun bu hakları da Anayasa'nın yine 20'nci maddesinde düzenlenen ebeveyn bakımından aile yaşamına saygı hakkının kapsamında yer alan çocukları üzerindeki velayet yetkilerinin dengelenmesi sorununu beraberinde getirir. Bu dengelemede çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesi ilkesi, çocuğun bağımsız karar

¹⁶³⁹ Öğretide bir temel hak ve özgürlüğün nesnel ya da anayasada öngörülen normatif sınırlarından ayrı olarak anayasada güvence altına alınan başka temel hak ve özgürlüklerle çatıştığında, çatışan hak ya da anayasal normlardan her birine mümkün olan en geniş normatif etki sağlayacak bir çözüm bulunması gerektiğini ifade etmek üzere “pratik uyum ilkesi”nden söz edilmektedir. ESEN, **Anayasa Hukukunda Dolaşım Özgürlüğü**, s. 159; Aynı yönde bkz: Fazıl SAĞLAM, “2001 yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 19, 2002, ss. 288-310, s. 291; Mehmet SAĞLAM, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, 19, 2002, ss. 233-266, s. 259.

alma hakkı ile ana babanın çocuk üzerindeki velayet hakkından kaynaklanan ve yine çocuğun korunmasına hizmet ettiği kabul edilen hakların birlikte tartılmasını gerektirecektir.

Bu konuda bir uyuşmazlık henüz AİHM önüne gelmemiş olmakla birlikte Mahkeme'nin çocukları Sözleşme'de güvence altına alınan hakların herkes gibi öznesi olarak kabul ettiği ve bu kabulü güncel kararlarında daha istikrarlı bir biçimde yansıttığı göz önünde bulundurduğunda, bu yöndeki talepleri, somut olayın koşulları gerektirdiği ölçüde Sözleşme'nin 2, 3 ya da 8'inci maddesi çerçevesinde ele alacağı öngörülebilir. Diğer yandan Mahkeme, *M. and M. v. Croatia* kararında, başkalarının hak ve özgürlüklerine haksız bir şekilde müdahale etmeme koşuluyla, kişinin kendi yaşamını nasıl yöneteceği konusunda seçim yapma hakkı anlamına gelen kişisel özerklik hakkının (right to personal autonomy), yetişkinlerin tam özerkliğinden yoksun olan çocuklar bakımından da Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde kabul edildiği üzere kendi hukuklarına ilişkin karar alma yetkinliklerinin gelişen olgunlukları ile kademeli olarak artmakta olduğu göz önünde bulundurularak, özellikle kendilerini etkileyen herhangi bir adli ve idari işlemde görüşlerini açıklama fırsatı (the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings) sağlanmasını gerektirdiğini ifade etmiştir. Bu sınırlı özerklik, çocuğun görüşlerini alma ve bu görüşlere gereken ağırlığın verilmesi hakları aracılığıyla uygulanmaktadır. Mahkeme, kendi görüşlerini oluşturabilen bir çocuğun bunları ifade etme hakkı ve bu görüşlere gereken ağırlığın vermesi hakkı bulunduğunu ifade etmiştir¹⁶⁴⁰.

Türkiye'de 18 yaşından küçük çocukların yanlarında velisi olmaksızın sağlık hizmeti alamamaları konusunda Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvuru üzerine, Kurum 15 yaşını dolduran çocukların yanlarında kanuni temsilcileri olmadan sağlık

¹⁶⁴⁰ *M. and M. v. Croatia*, (Appl. No: 10161/13), parag. 171.

hizmeti almalarına imkân tanınması amacıyla, çocuğun yüksek menfaatine uygun kararların mevzuata dönüştürülmesi hususunda Sağlık Bakanlığı'na tavsiyede bulunulmasına karar vermiştir¹⁶⁴¹. Kurumun bu yaklaşımının, Anayasa'nın herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu düzenleyen 12, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyen 17, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu kabul eden 20'nci maddesi çerçevesinde, çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı yanında gelişen yetkinliğinin dikkate alınması yükümünü de içerdiği ilkesi ile uyumlu olduğu ifade edilebilir.

Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı, erişkin çocuklar bakımından önem kazanan bir diğer haktır (ÇHS md. 12). Devlet, erişkin çocukların özellikle aile, okul ve ilişkili oldukları diğer toplumsal yapılarda görüşlerini özgürce ifade etmeleri için imkân sağlamakla yükümlüdür. Yalnızca kendileri ile doğrudan ilgili konularda değil içinde bulundukları toplumu ilgilendiren konularda karar alınması süreçlerine katılımlarının desteklenmesi, yetişkinliğin hemen öncesinde bulunan bu çocukların gelişimlerinin desteklenmesi bakımından gereklidir. Komite toplumla ilgili kararların alınması sürecinde gençlere görüşlerini ifade etme olanağı tanınmasını devletin yükümlülükleri arasında kabul etmektedir¹⁶⁴². AİHM de çocukların siyasal aktivitelere katılarak görüşlerini açıklama haklarının olduğunu kabul etmektedir¹⁶⁴³.

İfade özgürlüğü (ÇHS. md. 13) başta gelmek üzere, din ve vicdan özgürlüğü (ÇHS. md.14), dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüğü (ÇHS. md. 15), özel yaşam,

¹⁶⁴¹ <https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf>.

¹⁶⁴² **CRC/GC/2003/4**, parag. 8.

¹⁶⁴³ *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, (Appl. No: 28793/02), parag. 74.

aile, konut ve iletişimin dokunulmazlığı (ÇHS. md. 16), bilgiye erişim özgürlüğü (ÇHS. md. 17) erişkin çocukluk döneminde önem kazanan ve kişinin özerk bir birey olarak kabul edilmesini gerektiren haklardandır. Bu hakların kullanımında ebeveyn ve devlet, çocuğun gelişen yetkinliği ile orantılı rehberlik ihtiyacını göz önünde bulundurarak haklarını kullanmasını engellememe yükümü altındadır¹⁶⁴⁴. Aynı şekilde gelişen yetenekleri, yaşları ve olgunlukları göz önünde bulundurularak yargısal ya da yargı benzeri mekanizmalara başvuru haklarını kullanabilmeleri için özel usuller belirlenmelidir.

ÇHS, ebeveynlerin din eğitimi konusunda çocuklarına kendi gelişim kapasitelerine uygun bir şekilde yol gösterme hak ve görevlerini tanımaktadır. Bu düzenleme biçimiyle din ve vicdan özgürlüğünün öznesi bizzat çocuklar olarak kabul edilmiş, ebeveyne yalnızca rehberlik etme hak ve görevi tanınmıştır. Devlet ise okullarda ve diğer kamusal hizmetlerde çocuğun din özgürlüğüne saygı gösterme, dini eğitim derslerine katılımı zorlamama ve dini inanç temelinde ayrımcılık yapmamakla yükümlüdür. Anayasa'nın 24'üncü maddesi herkesin "vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine" sahip olduğunu düzenlerken AİHS'nin 9'uncu maddesinde de herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmiştir. Sözleşme ayrıca bu özgürlüğün din veya inanç değiştirme ile dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü içerdiğini kabul etmiştir. AİHS'nin 9'uncu maddesinde bu özgürlüğün çocuklar bakımından sınırlı olduğuna ilişkin herhangi bir hükme de yer verilmemekle birlikte Ek 1 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesinde yer alan Devletin ana ve babanın çocuklarının eğitim ve öğretimini kendi dini ve felsefî inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterme yükümlülüğü tanındığı dikkate alındığında, çocuğun inanç özgürlüğünü kullanmasında, ana babanın kanaatlerine önem verileceğinin kabul edildiği değerlendirilebilir. Bu hükmün, kişi olarak çocuğun inanç alanına ilişkin bütünlüğünü korumayı amaçlamanın

¹⁶⁴⁴ CRC/C/GC/20, parag. 42-48.

ötesinde, çocuğu ana babanın rızasına aykırı olarak devlet tarafından bir dini inancın telkinine maruz bırakılmaktan korumayı amaçladığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Böylelikle hüküm devlet karşısında ebeveynlere çocuklarının dini eğitimi konusunda bir yetki alanı tanımaktadır. Öte yandan Mahkeme, “Sözleşme ve Protokol hükümlerinin bir bütün olarak okunması gerektiğini vurgulamış ve çocuğun dini eğitimi söz konusu olduğunda özellikle, 8, 9 ve 10’uncu maddelerin de birlikte okunması gerektiğini, Sözleşme’nin ebeveynler ve çocuklar da dâhil olmak üzere herkesin ‘özel ve aile yaşamına saygı gösterme’, ‘düşünce, vicdan ve din özgürlüğü’ ve ‘bilgi alma ve verme özgürlüğü’ hakkını tanıdığını” ifade etmiştir¹⁶⁴⁵. Çocuğun dini inancına ilişkin olarak AİHM önüne gelen davaların hemen tamamında, Sözleşme’ye ek 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesinde güvence altına alınan ana ve babanın çocuğun eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına dayanılmıştır¹⁶⁴⁶.

AİHM, devletin eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğünün, sadece eğitimin mahiyetini ve sağlanma biçimini değil, aynı zamanda devlet tarafından üstlenilen eğitime ilişkin tüm “görevler”in icra edilmesini de kapsadığı görüşündedir¹⁶⁴⁷. Mahkeme, devletin saygı gösterme yükümlülüğünün müfredatta yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat edilmesini gerektirdiğini, devletin ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterilmemesi olarak değerlendirilebilecek bir dine yönlendirme (indoctrination) hedefi gütmesinin, hakkın ihlali anlamına geleceğini kabul etmiştir¹⁶⁴⁸. Mahkemeye göre bu yükümlülük

¹⁶⁴⁵ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, (Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72), 7.12.1976, parag. 52; *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, (Appl. No. 1448/04), 09.01.2008, parag. 47.

¹⁶⁴⁶ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, (Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72); *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, (Appl. No. 1448/04).

¹⁶⁴⁷ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, (Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72), parag. 51, *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, (Appl. No. 1448/04), parag. 49.

¹⁶⁴⁸ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, (Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72), parag. 52, *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, (Appl. No. 1448/04), parag. 52-53.

devletin okullarda felsefî ve dini konularda eğitim vermesine mani teşkil etmez. Önemli olan devlet okullarında veya devletin denetimindeki özel okullarda verilen eğitimin belirli bir doktrinin, inancın veya kanaatin çocuğa aşılması ya da telkini anlamına gelmemesidir¹⁶⁴⁹. Ebeveynlere tanınan bu hak, bu bilgilerin diğer her türlü bilgi gibi, “objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda” verilmesini talep hakkıdır, Sözleşme, öğrencilerin tek bir bakış açısını yansıtan fikir aşılama maruz kalmaması biçiminde yalnızca negatif bir yükümlülük içermektedir¹⁶⁵⁰.

Valsamis v. Greece davasında ise 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesi ile ebeveynlere tanınan hak yanında doğrudan çocuğun Sözleşme’nin 9’uncu maddesinde düzenlenen kendi inanç ve kanaatlerinin aksine bir inanç veya kanaati desteklemek anlamına gelen bir davranışta bulunmaya zorlanmama biçiminde negatif nitelikteki özgürlüğünün ihlal edildiği ileri sürülmüş, ancak Mahkeme, Yehova Şahidi olan çocuğun, Yunan-İtalyan Savaşını anma töreni çerçevesinde resmigeçit törenine katılmak zorunda bırakılmasını, “din eğitiminden ve Ortodoks Kilisesinden muaf tutulduğunu” ve “ebeveynlerinin dini inanç özgürlüklerini ihlal etmediğini¹⁶⁵¹” gerekçe göstererek, çocuğun 9’uncu madde çerçevesindeki haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁶⁵². Bununla birlikte Yunanistan’da özellikle çocuğun itirazını değerlendirmekle görevli bağımsız ve demokratik nitelikli bir itiraz mekanizmasının bulunmadığı da dikkate alınarak inanç özgürlüğünün demokratik bir toplumda sahip olduğu önemden hareketle Mahkemeden şüphe durumunda özgürlük lehine bir yargısal tutum benimsemesinin beklenebileceği ifade edilebilir¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁹ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, (Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72), parag. 51. *Şefika Köse et 93 autres requérants c. Turquie*, (Appl. No: 26625/02), 24.1.2006.

¹⁶⁵⁰ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, (Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72), parag. 53.

¹⁶⁵¹ *Valsamis v. Greece*, (Appl. No: 21787/93), 18.12.1996, parag. 34.

¹⁶⁵² *Valsamis v. Greece*, (Appl. No: 21787/93), parag. 37. Aynı nitelikteki karar için bkz: *Efstathiou v. Greece*, (Appl. No: 24095/94), 18.12.1996, parag. 38.

¹⁶⁵³ Karara muhalif üç üye bu gerekçeye ek olarak inancı nedeniyle resmigeçit törenine katılmayı reddeden öğrencinin katılmaya zorlanmasının demokratik bir toplumda zorunlu olmadığını, ebeveyn ve

AIHM henüz ebeveynin çocuğunu kendi dini inanç ve kanaatlerine göre yetiştirme hakkı ile çocuğun kendi inancını seçme hakkının dengelenmesini gerektiren bir başvuruyu ele alma durumunda kalmamıştır. Ancak böyle bir başvuru durumunda Sözleşme'nin 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen inanç özgürlüğüne ilişkin sınırların, din ve inancını açıklama özgürlüğü ile ilgili olduğu, dini tercih özgürlüğü ile ilgili bir sınırlamaya ise yer verilmediğinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüğü, erişkin çocukların gerek okul bünyesinde, gerek okul dışında dernek, kulüp, meclis ve forum adı altında örgütler ya da internet üzerinde ağlar kurma, siyasi partilere katılma, kendi sendikalarını kurma ve bunlara katılma haklarının tanınmasını gerektirmektedir. Bu hak aynı zamanda erişkin çocukların insan haklarını savunmak üzere faaliyet yürüten özellikle cinsiyete özgü tehdit ve şiddete maruz kalan erişkin kadınları korumak için çalışan insan hakları örgütlerinin faaliyetlerinin engellenmemesi yönünde devlete negatif yükümlülük gerektirmektedir.

Anayasa'nın 17'nci maddesinin ilk fıkrasında yer alan “maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı”, maddenin 3'üncü fıkrasında düzenlenen “kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye” tabi tutulamayacağını düzenleyen hüküm, 20'nci maddesinin ilk fıkrasında yer alan “özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı” ve bu hakkın pozitif bir boyutu olarak değerlendirilebilecek “herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı”nı tanıyan hüküm, çocuğun kişisel nitelikli hak ve özgürlüklerin koruma alanına giren menfaatlerini, bunların ağırlık ve ciddiyeti ile orantılı olarak güvence altına almaktadır. Bu çerçevede somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak korunması talep edilen menfaatin ağırlık ve ciddiyetine göre Anayasa'nın 17'nci maddesine dayanılarak “maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ile “kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir

çocuğun herkesin bir zafer olarak kutladığı törenlere katılma yükümlülüklerinin bulunmadığını ifade etmişlerdir.

muameleye maruz bırakılmama” ya da 20’nci maddesine dayanılarak “özel yaşamın korunması hakkı”na dayanılarak, kurum bakımı altındaki çocukların özel alanları ve eşyaları, yazışmaları ve diğer araçlarla iletişimlerinin gizliliğinin korunması için önlemler alınması talep edilebilecektir. Çocukların özel hayatlarının korunması amacıyla devletlerin, çocuklar hakkında eğitim, sağlık, çocuk koruma ve adalet hizmetleri tarafından tutulan kayıtlara erişme hakkını da tanımaları gerekmektedir¹⁶⁵⁴. Devletler, aynı zamanda bu tür bilgilerin güvenliğini sağlamak ve haksız olarak kullanımını engellemek üzere gerekli tüm makul önlemleri almakla yükümlüdürler. AIHM, kişilerin “çocukluklarını ve erken gelişimlerini bilmek ve anlamak için gerekli bilgileri almak konusunda Sözleşme ile korunan hayati bir menfaate sahip olduklarını” kabul etmektedir ki bu yöndeki bir içtihadi tutum Mahkeme’nin çocukları, kişisel hak niteliğinde olan ve kural olarak devletin haksız müdahalesinden korunma sağlayan hakların da tıpkı yetişkinler gibi öznesi olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır. AIHM, kişilerin kendi hakkında devlet tarafından tutulan bilgileri içeren kayıtların kişiye verilmesi yönünde pozitif nitelikli bir yükümlülüğün ancak kişinin kimliğine ilişkin çok önemli ve hayati bilgileri içermesi durumunda Sözleşme çerçevesinde korunduğunu kabul etmekte¹⁶⁵⁵ iken 1982 Anayasası’nın herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığını güvence altına alan hükmü

¹⁶⁵⁴ *Gaskin v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83); *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98); *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09).

¹⁶⁵⁵ Mahkeme’nin kişisel bilgilerin verilmesi yükümüne ilişkin olarak geliştirdiği “kişinin çocukluğunu ve erken gelişimini bilmek ve anlamak için gerekli bilgileri almak konusunda Sözleşme ile korunan hayati bir menfaate sahip olması” kriteri özellikle çocukluk dönemine ilişkin devletin elindeki bilgilerin verilmesini talep etme yetkisini içeren pozitif nitelikli bir hak olarak değerlendirilmesine imkân vermektedir. 1982 Anayasası bakımından ise Anayasa Mahkemesi’nin 20’nci maddenin son fıkrasından hareketle devletin elinde bulunan kişisel verinin, kişinin kimliğine ilişkin hayati bir bilgi olup olmadığını değerlendirmesine gerek kalmaksızın, bilgi verme yükümlülüğün anayasal gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini değerlendirebileceği ifade edilebilir.

karşısında, devlet tarafından tutulan ya da devletin elinde olan çocuğa ilişkin kişisel verilerin, talep halinde çocuğa verilmesinin bir anayasal yükümlülük olduğu ifade edilebilir.

Yetişkinlikten hemen önceki döneme karşılık gelen büyük çocukluk döneminde önem kazanan bir diğer hak grubu, çocuğun gelişimini desteklemeyi amaçlayan haklardır. Erişkinlik dönemi, kişinin gelişiminin desteklenmesi, hem şu anki hem de gelecekteki haklarının gerçekleşmesi olanağına kavuşturulması anlamına gelmektedir. Çocuğun potansiyelini gerçekleştirebilmesi, özerk ve bağımsız kararlar alabilen bir yetişkin olabilmesi, eleştirel düşünce yeteneğini kazanması, yetişkinliğe eriştiğinde kendinden beklenen sorumlulukları yerine getirebilmesi için desteklenmesi gerekmektedir¹⁶⁵⁶. Çocuğun özerk ve bağımsız kararlar alabilen bir birey olarak yetişkinliğe hazırlanması gereksiniminden kaynaklanan hakları arasında hemen ilk akla gelen eğitim hakkıdır¹⁶⁵⁷. Ancak, çocuğun düşünce ve kanaat özgürlüğü¹⁶⁵⁸, ifade özgürlüğü¹⁶⁵⁹, bilgi edinme hakkının korumasından yararlanması da özerk kararlar alabilen bir birey olarak yetişkinliğe hazırlanmasında yaşamsal önemdedir¹⁶⁶⁰.

Sözleşmenin 12'nci maddesine uygun olarak devletler, çocukların eğitim, sağlık, aile hayatı ve adli ve idari işlemlerle ilgili kararlar hakkındaki görüşlerini, yaşlarına ve

¹⁶⁵⁶ Anne C. DAILEY, “Developing Citizens”, **Iowa Law Review**, Vol. 91, 2006, ss. 431-503, s. 435. Çocuğun gelişimini desteklemeyi ve çocukların yetişkin yaşamına tam donanımlı kişiler ve yurttaşlar olarak hazırlanmalarını çocuk haklarının temel unsuru olarak kabul eden görüşler için bkz: Bruce A. ACKERMAN, **Social Justice in the Liberal State**, Yale University Press, New Haven – London, 1980, s. 140-43. Ackerman, ailenin çocuğun, davranışsal olarak kolektif liberal devlete katılımına hazırlanmasındaki rolünü vurgulamaktadır. Ayrıca bkz: DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”; EZER, “A Positive Right to Protection for Children”; BUSS, “Constitutional Fidelity through Children’s Rights”; Anne L. ALSTOTT, “Is the Family at Odds with Equality? The Legal Implications of Equality for Children”, **Southern California Law Review**, Vol. 82, No. 1, 2008, ss. 1-44.

¹⁶⁵⁷ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2118.

¹⁶⁵⁸ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), *Board of Education v. Pico*, 457 U.S. 853, 871, 1982.

¹⁶⁵⁹ *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. (1969) s. 506.

¹⁶⁶⁰ Robert A. BURT, “Developing Constitutional Rights of, in, and for Children”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 39, 1975, ss. 118-143, s. 124.

olgunluk düzeylerine uygun olarak ifade etmeleri için gereken tüm önlemleri almakla yükümlüdürler. Katılım hakkı, yalnızca bireysel konularda değil, yaşamlarını etkileyen yerel ya da ulusal düzeyde mevzuat, politika, hizmet ve programların geliştirilmesi, uygulanması ve izlenmesine katılımlarının sağlanmasını gerektirmektedir¹⁶⁶¹. Gençlerin toplumsal kararların alınmasına katılımı, demokratik toplum ilkesinin de bir gereğidir. Bu nedenle devletin, gençlerin aktif vatandaş olarak gelişimlerini desteklemek üzere, etkili siyasi katılım fırsatlarını artırmak için önlemler alması gerekmektedir¹⁶⁶². Oy kullanma yaşının 18’den daha düşük bir yaş olarak belirlenmesi durumunda, gençlerin vatandaşlık ve insan hakları eğitimi dâhil olmak üzere aktif vatandaşlık rollerini anlamalarını, tanımlarını ve yerine getirmelerini destekleyen önlemler almaları, seçme ve seçilme hakkı kapsamında devletin yükümlülükleri arasındadır.

Görüldüğü üzere, erişkin çocuklar bakımından gelişimlerini desteklenmesi ve yetişkinlik dönemine hazırlanmalarına olanak sağlanması, ebeveynler veya yasal temsilciler ile birlikte devletin yükümlülükleri arasındadır¹⁶⁶³. Devletin çocuğun tam donanımlı olarak yetişkinliğe hazırlanmasına ilişkin yükümlülükleri arasında, uygun ve çok sesli bir eğitim sistemi kurmak, mesleki eğitimi kolaylaştırmak, doğru rehberlik ve yönlendirme olanağı sağlamak, erişkin çocukları tam ve sorumlu vatandaşlar olma potansiyeline sahip aktif hak öznelere kabul ederek çocukların, bireysel ve grup olarak kendileri, yaşadıkları çevre ve kent ile ilgili konularda etkili katılımlarını sağlamak, ebeveynler açısından ise, çocuğun gelişimini destekleyen bir aile ortamı sağlamak gibi yükümlülüklerle işaret edilebilir. Ebeveynler bu yükümlülüklerini yerine getirirken, çocuğun gelişen kapasitesinin göz önünde bulundurulması ilkesi gereğince (ÇHS md. 5), çocuğun yaş ve gelişen yetenekleri ile orantılı olarak, yön gösterme ve rehberlikte

¹⁶⁶¹ CRC/C/GC/12, parag. 27.

¹⁶⁶² CRC/C/GC/20, parag. 20.

¹⁶⁶³ DAILEY, “Children’s Constitutional Rights”, s. 2118.

bulunma yükümünün yerini “dikkat çekme” ve “eşit bir zeminde karşılıklı görüş alış verişinde bulunma” yükümünün alması gerektiğini göz önünde bulundurmalıdır¹⁶⁶⁴.

AİHS, 1 No’lu Ek Protokolünde eğitim hakkını, “hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” ifadesi ile düzenlemiştir. Bu hüküm çerçevesinde gerek Mahkeme yaklaşımında gerek öğretide devletin, devletçe finanse edilen bir eğitim sistemi oluşturma ve özel okullara ya da üniversitelere ya da diğer yükseköğretim kurumlarına destek sağlama yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁶⁵. Mahkeme, *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* v. *Belgium* davasında Sözleşme’nin masrafların devlet tarafından karşılandığı ya da devletin mali destek sağladığı herhangi bir türde veya düzeyde eğitim sağlama yükümlülüğünü düzenlemediğini ifade etmiştir¹⁶⁶⁶. Ancak bir devlet, devlet okulları sistemi kurmayı tercih ettiğinde, ilköğretimi ve ortaöğretimi yaygın olarak sağlamakla yükümlü tutulabilecektir. Mahkemeye göre yükseköğretime erişim, bu eğitimin sağladıklarından yararlanma becerisi olan kişilerin erişimi ile sınırlı olarak tanınması Sözleşmeye aykırılık oluşturmaz¹⁶⁶⁷. Buradan hareketle AİHS çerçevesinde bir yüksek öğretim hakkından söz etmek mümkün görünmemektedir. Mahkeme ayrıca Sözleşme’nin mesleki eğitimi¹⁶⁶⁸ ve mahkumlar için eğitim programlarını¹⁶⁶⁹ kapsamadığını kabul etmiştir.

Erişkin çocuklar bakımından çocuğun yetişkin yaşamına tam donanımlı bireyler olarak katılmasına olanak veren kaliteli eğitim hakkını güvence altına almak, devletlerin en önemli yükümlülükleri arasındadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 26’ncı

¹⁶⁶⁴ CRC/C/GC/12, parag. 84.

¹⁶⁶⁵ HARRIS – BATES- BUCKLEY, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 721.

¹⁶⁶⁶ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* v. *Belgium*. (Merits), (Appl. No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), parag. 1.

¹⁶⁶⁷ *X v. the United Kingdom*, (Appl. No: 8844/80), 9.12.1980; *Dmitriy Lukach v. Russia*, (Appl. No: 48041/99), (Kabul edilemezlik kararı), 16.11.1999, parag. 3; *Leyla Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 44774/98), parag. 140.

¹⁶⁶⁸ *X v. the United Kingdom*, (Appl. No: 8844/80).

¹⁶⁶⁹ *Valasinas v. Litvanya*, (Appl. No: 44558/98), 24.7.2001, parag. 111.

maddesinin ikinci fıkrası eğitimin, insan kişiliğinin tam olarak geliştirilmesine ve insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının güçlendirilmesine yönelik olacağını, eğitimin bütün uluslar, ırksal veya dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu teşvik edeceğini ve Birleşmiş Milletlerin barışın korunması faaliyetlerine katkı sağlayacağını düzenlemiştir. AİHS çerçevesinde eğitim hakkının içeriğini kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmasına elverişli değildir. AİHM, *Leyla Şahin v. Turkey* davasında, “insan haklarının var olması için vazgeçilmez olan eğitim hakkının, demokratik bir toplumda temel bir işlev üstlendiğini ifade etmiştir. Özellikle kaliteli bir orta öğretim hakkının sağlanması, çocuğun şu anki gelişimini olduğu kadar tam donanımlı bir yetişkin olarak geleceğe hazırlanması bakımından önemlidir¹⁶⁷⁰. Eşit muamele, hayatta kalma ve gelişme için mümkün olan azami çabanın gösterilmesi ve eğitim hakkının fırsat eşitliği temelinde gerçekleştirilmesi hakları, orta öğretim hakkından kız ve erkek çocuklarının eşit biçimde yararlanmalarını sağlamak üzere devletin etkin önlemler almasını gerektirmektedir. Orta öğretim hakkının garanti edilmesi, kızların zorla evlendirilme, cinsel sömürü ve erken hamilelikten korunmalarına hizmet etmekte ve kendilerinin ve çocuklarının gelecekteki ekonomik yeterliklerine önemli ölçüde katkıda bulunmaktadır. Eğitimin “çocuğun kişiliğinin, zihinsel ve fiziksel yeteneklerinin mümkün olan en üst seviyede geliştirilmesine” yönelik olması gerekir. Devlet de çocukların ihtiyaç duyacakları eğitim araçlarını ve alternatif görüşleri öğrenmelerine olanak sağlamakla yükümlüdür¹⁶⁷¹.

¹⁶⁷⁰ CRC/C/GC/20, parag. 68.

¹⁶⁷¹ ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, s. 132. Amerikan Yüksek Mahkemesi de okulların, çocukların “vatandaş” olarak toplumsal aktivitelere katılıma hazırlanmasında ve toplumun dayandığı değerlerin korunmasında önemini kabul etmektedir. Bkz. *Board of Education v. Pico*, 457 U.S. 853, 871, 1982, 876. Mahkeme, okulların çocuğun sosyalleşmesindeki önemini vurgulayarak, çocukların eğitim kurumları aracılığıyla vatandaşlık değerleri ve kültürel değerler konusunda bilinçlendirilmelerinin devletin görevlerinden olduğunu kabul etmektedir. Eğitimin liberal teori çerçevesindeki bu rolü yanında, sosyal devlet yaklaşımında da fırsat eşitliğinin en önemli kurumsal aracı olduğu vurgulanmalıdır.

Komite engelli gençlerin kaliteli bir eğitime etkin bir şekilde erişebilmesi için önlem alınması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁶⁷².

AİHM, 1 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesinin uygulanması ve yorumlanması kapsamında engellilerin haklarına ilişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde engelli çocukların haklarının korunması amacıyla tüm makul önlemlerin alınması gerektiğine de işaret ederek, Sözleşme'nin tarafları bakımından uygulanabilir nitelikte olan uluslararası hukukun her türlü kuralının ve ilkesinin göz önünde bulundurulması ve Sözleşme'nin - mümkün olduğu ölçüde- parçası olduğu uluslararası hukukun diğer kurallarıyla uyumlu biçimde yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁶⁷³.

Erken evlilik uygulaması, erişkin çocukların haklarının ihlaline neden olan etkenlerdendir. Komite, Taraf Devletlerin, hem kız hem de erkek çocuklar için 18 yaşına kadar veli onayı ile veya onayı olmadan asgari evlilik yaşını artırmak için mevzuatlarını ve uygulamalarını gözden geçirmelerini beklemektedir.¹⁶⁷⁴

AİHM, çocukların korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin AİHS'nin 3'üncü maddesinden kaynaklanan güvencelerle uyumlu olmasını sağlayacak araçların seçimini prensip olarak devletin takdir yetkisinde bulmaktadır. Mahkeme, bu koruma sağlanırken kültürel anlayışlardaki farklılıklar, yerel koşullar ve geleneksel yaklaşımların dikkate alınarak devletlerin bu konuda takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü ve özel hayatın temel değerlerini tehlikeye atan cinsel istismar gibi ağır eylemlere karşı etkili bir caydırıcı mekanizmadan söz edilebilmesi için etkin ceza hukuku hükümlerinin bulunması gerektiğini kabul etmektedir¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁷² **CRC/GC/2003/4**, parag. 19.

¹⁶⁷³ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 65.

¹⁶⁷⁴ **CRC/GC/2003/4**, parag. 20.

¹⁶⁷⁵ *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 150, 154, 155; *X. and Y. v. Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 23, 24.

Anayasa Mahkemesi ise AİHM'nin içtihatları ile örtüşen bir yargısal tutum benimsemiş, çocukların cinsel bütünlüğünü ihlal eden eylemleri gerçekleştiren kişi ile daha sonraki bir tarihte evlenmenin gerçekleşmiş olması durumunun cezasızlık nedeni olarak kabul edilmemesinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan somut norm denetimi davasında, kanun koyucunun suçun mağdur üzerinde yaratacağı etkileri dikkate alarak yaptığı ayırmada, birinci grup olan on beş yaşın altındaki çocukların, yeterli psikolojik ve fiziki olgunluğa ulaşmamış olmaları nedeniyle kendilerine yönelik cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığını ve bunların cinsel davranışlara ilişkin rızalarının geçersiz olduğunu kabul ettiğine işaret ederek, on beş yaşın altındaki çocukları mutlak bir koruma altında olmasını çocuğun korunması hakkının gereği olarak değerlendirmiş ve Anayasa'ya uygun bulmuştur¹⁶⁷⁶.

Ergenlik döneminde, artan sayıda genç, ailelerini desteklemeye veya kayıtlı ya da gayri resmi sektördeki ücretlere yardımcı olmak için çalışmaya başlamak için okulu bırakmaktadır. Yoksulluk dolayısıyla aile bütçesine katkıda bulunma, çocukların orta öğrenime devam etmelerinin önündeki en önemli engeldir. Yaşa uygun çalışma, ergenlerin meslek öğrenmelerini ve gerektiğinde ailelerinin ekonomik refahına katkıda bulunmalarını sağlamakta ve böylece gelişimlerini desteklemede önemli rol oynamaktadır. Ancak aynı zamanda çocuğun emeğinin sömürülmesine zemin hazırlamakta, çocuğu eğitimden uzaklaştırarak, gelecekte daha donanımlı bir çalışan olarak çalışma yaşamında yer alma olanağını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle devletin çocuk işçiliğine karşı önlemler almaları, okuldan iş yaşamına geçişi çocuğun menfaatine en uygun olacak şekilde düzenlemeleri, sosyal ve ekonomik kalkınmayı amaçlayan yoksullukla mücadele önlemlerini içeren kapsamlı önlemler almalarını içeren tedbirleri

¹⁶⁷⁶ AYM, E.2015/43,K.2015/101, k.t. 12.11.2015, parag. 18.

yaşama geçirmeleri, çocuğun gelişiminin desteklenmesi menfaatinden kaynaklanan haklarının gereğidir¹⁶⁷⁷.

Çocuğun suçtan korunması için etkin önlemler alınması da erişkinlik döneminde önem kazanan bir diğer çocuk hakkıdır. Kanunları ihlal etmeleri durumunda, onarıcı adaleti vurgulayan çocuklara özgü yargılama yöntemlerine dayanan, adli süreçler ve tutuklama yerine, çocukların tekrar suçla karşılaşmalarını önlemeyi amaçlayan alternatif usullere tabi olma hakkı bir çocuk hakkı olarak kabul edilmiştir(ÇHS. md. 37 ve 40). Komite, terörizm kategorisine giren etkinliklere katılan erişkin çocuklar da dâhil olmak üzere, kanunla ihtilafa düşen çocukların toplumla yeniden bütünleşmeleri için önlemler alınmasının önemini vurgulamaktadır¹⁶⁷⁸.

Diğer yandan çocukların suçtan korunması için etkin önlemler alınması, çocuğun yetişkinler için söz konusu olmayan bir dizi sınırlama ile karşılaşması anlamına gelecektir. Nitekim AİHS 5'inci maddesinde herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu ifade ettikten sonra, hükmün devamında bu hakkın sınırlarını gösterirken “bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması” hallerinde özgürlüğünden yoksun bırakılabileceğini kabul etmiştir. 1982 Anayasası da 19'uncu maddesinde “bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi” amacıyla tutulmasını, kişi hürriyeti ve güvenliği güvencesinin kapsamı dışında kabul etmiştir.

Görüldüğü üzere hem 1982 Anayasası hem de AİHS, yetişkinlerden farklı olarak “gözetim altında eğitim amacıyla tutulma” ve “bir makam ya da mahkeme tarafından verilen hukuka uygun bir emir gereğince tutulmayı çocuklara özgü tutulma sebebi olarak kabul etmiştir. Bu iki tutulma nedeni çocukların ceza yargılamasına ilişkin nedenler

¹⁶⁷⁷ CRC/C/GC/20, parag. 85.

¹⁶⁷⁸ CRC/C/GC/20, parag. 88.

dışında da tutulmalarına olanak vermektedir. Anayasa'nın ilgili hükmünün gerekçesinde *“üçüncü halde, suç işleme eğilimi gösteren küçüklerin eğitimi konusunda karar almak yahut ‘gözetim altında eğitim’ tedbiri olarak adlandırılan tedbirin uygulanmasını sağlamak amacıyla küçüğün hürriyetinin kısıtlanması söz konusudur. Toplum suçtan korumak için, kişinin suç işleme alışkanlığı içine yerleşmeden önce ele alınması gerektiği herkesçe bilinmektedir. Hukuk dilinde genellikle ‘korunmaya muhtaç çocuklar’ olarak adlandırılan bu gruba yönelik tedbirler gereğini uzun uzun izaha ihtiyaç yoktur”* denilmektedir¹⁶⁷⁹.

“Eğitim amacıyla gözetim altında tutulma” nedeni, yetişkinler bakımından söz konusu olmayan ve çocukların bir yetişkin gibi kendilerini koruma ve kollama yeterliliklerine sahip olmadıkları kabulüne dayanan bir özgürlükten yoksun bırakılma nedenidir. AİHS'nin hazırlık çalışmaları sırasında, herhangi bir suç ile ilişkili olmaksızın bir grup kişinin topluma yönelik zararlarının önlenmesi ya da bir kişinin menfaatlerinin korunması amacıyla getirildiği değerlendirilebilecek bir dizi önergede, çocuklar yanında, akıl zayıflığı içinde olanların, bulaşıcı hastalık taşıyanların, alkolik ve madde bağımlılarının hukuka uygun bir kararla tutulabileceği önerilmişti. Farklı ülkeler tarafından da çocukların eğitimi amacıyla tutulabileceklerine ilişkin önergeler verilmişti. Hükmün görüşmeleri sırasında, Birleşik Krallık delegesi tarafından verilen çocukların bir suç işlemedikleri halde, kendilerine zarar verebilecek ortamlardan korunmaları amacıyla mahkemeler tarafından tutulabildiklerine işaret edilerek hükmün bu yönde değiştirilmesi talebini içeren önerge, İnsan Hakları Alt Komitesi tarafından kabul edilmiştir¹⁶⁸⁰. Ancak bu nedenle çocuğun tutulması durumunda dahi alınan tedbirin Sözleşme'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin, özgürlükten yoksun bırakılmanın son çare olarak ve uygun

¹⁶⁷⁹ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı : 450), s. 10.

¹⁶⁸⁰ Sözleşme'nin 5'inci maddesine ilişkin hazırlık çalışmaları için bkz: European Commission On Human Rights, Preparatory Work on Article 5 of The European Convention on Human Rights, s. 20-21. [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART5-DH\(56\)10-EN1674958.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART5-DH(56)10-EN1674958.pdf)

olan en kısa süre ile sınırlı bir tedbir olarak kabul edilmesi ilkelerine uygun olması gerekir.

AİHM, *Bouamar v. Belgium* davasında ciddi olarak sorunlu ve suça eğilimli on altı yaşındaki bir başvurucunun, mahkeme kararı ile bir yıl içinde toplam 119 gün boyunca, eğitim hizmetinin bulunmadığı, çocuklara özgü bir ıslah evinde tutulmasının, Sözleşme'nin 5/1'inci maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. AİHM, başvurucunun tutuklanmanın “çocuğun eğitimi amacıyla” yapıldığını, bu tutuklamaların Belçika ulusal mevzuatında yer alan suç işleyen çocukların bir ceza mahkemesince mahkum edilmeden ıslah evinde tutulması kuralına dayandığını, aynı yasa gereğince küçüğün bir cezaevine hemen konulmasının imkansız olduğu durumlarda on beş günü aşmamak şartıyla bir tutukevinde tutulabileceğinin kabul edildiğini göz önünde bulundurmuş ve incelemenin 5/1'inci maddenin d bendine göre yapılmasına karar vermiştir. AİHM, Belçika'nın, çocukları ceza hukuku sisteminin dışına çıkarmayı amaçlayan bir sistem benimsemesinin çocuklar bakımından özgürlükçü bir yaklaşımı kabul ettiği anlamına geldiğini ifade ederek, böyle bir sistemde gençleri ceza hukuku ortamından çıkarma amacına uygun olarak, çocukların sadece kanunda ayrıntılı olarak listelenen durumlarda ve kısa süreli olarak tutuklanabileceklerini ve ayrıca “eğitim” ihtiyaçlarının karşılanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁶⁸¹. Mahkeme, çocuğu ceza hukuku sisteminden dışarı çıkarmayı amaçlayan, onun yerine çocuğun kapalı bir kurumda eğitimini öngören bir sistem tercih edildiğinde devletin, çocuğun eğitim ve güvenlik ihtiyacını karşılayan bir kuruma yerleştirilmesini sağlaması gerektiğini, devletin maliyeti ne olursa olsun bu taahhüdünü yerine getirmekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir¹⁶⁸². Başvuruda ise gerekli eğitim olanaklarına sahip ıslah evlerinin, sorunlu davranışları nedeniyle başvurucuyu kabul etmemeleri ve ülkenin Fransızca konuşulan bölgelerinde

¹⁶⁸¹ *Bouamar v. Belgium*, (Appl. No: 9106/80), parag. 48, 50.

¹⁶⁸² parag. 52.

eğitim hizmeti veren kapalı bir ıslah evinin bulunmaması nedenleriyle başvuranın eğitim hizmeti verilmeyen bir kurumda çok uzun süre kalmasını 5/1'inci maddenin d bendinin ihlali olarak kabul etmiştir. Mahkeme, küçüklerin ceza sisteminin dışına çıkarılmasını gerektiren ayrı bir ceza sisteminin benimsenmemiş olması durumunda ise incelemenin 5/1'inci maddenin a bendine göre yapılacağını ve bu durumda tutuklamanın hukukilik şartını sağlamış olacağını da ifade etmiştir¹⁶⁸³.

14 yaşından itibaren yerleştirildiği kurumlardan kendi davranışları ve uyumsuz tutumları nedeniyle ayrılması sonrasında kendisine uygun bir barınağa sahip olmaması üzerine kendi durumuna uygun bir bakım ve barınma olanağı sağlanması talebinde bulunan çocuğun Anayasa'da yer alan "eğitim amacıyla tutulma" hükmüne dayanılarak risk altında bir çocuk olduğu, kendine ve başkalarına zarar verme tehlikesi bulunduğu göz önünde bulundurularak genç suçluların rehabilite edilmesi amacıyla kurulan St. Patrick's Institution adlı ıslah kurumuna yerleştirilmesinin, Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ihlali anlamına geldiği iddiasını içeren başvuru üzerine Mahkeme, Bouamar davasındaki içtihadına atıfla, İrlanda Devleti'nin, çocuk suçluluğunu gidermek için mahkeme emirleri ile uygulanan anayasal bir eğitim denetimi sistemini benimsemesi halinde, güvenlik ve eğitim koşullarını yerine getiren uygun kurumsal tesislerin kurulması yükümlülüğünde olduğunu, başvurucunun gerçekte ceza infaz kurumuna yerleştirildiğini ve bir disiplin rejimine maruz kaldığını, kurumda eğitim ve diğer rekreasyon hizmetlerinin tamamen gönüllü olduğunu göz önünde bulundurarak, başvuranın tutulmasının, eğitim gözetimi amacına uygun olmadığı gerekçesiyle haklarının ihlali niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

Buradan hareketle AIHM'nin, Sözleşme sisteminde devletlerin çocukların ceza adaleti sisteminin dışına çıkarılmasını öngören bir sistem kurmakla yükümlü

¹⁶⁸³ parag. 52.

olmadıklarını kabul ettiği, ancak böyle bir sistemi benimsemeleri durumunda, çocuğun eğitimine olanak vermeye elverişli kurumları kurmakla sorumlu olduklarını değerlendirdiği ifade edilebilir.

Sorunlu gençler için yapılacak bir ıslahevindeki “gözetim altında eğitim rejiminin” ne denli kapsayıcı ve okul benzeri olması konusunu *Koniarska v. The United Kingdom* davasında ele alan Mahkeme, “eğitim amacıyla tutulma” kelimelerinin, ıslah amacını içeren eğitimin, sınıf öğretimi kavramlarıyla katı bir şekilde eşitlenmesini gerektirmediğine kanaat getirmiştir¹⁶⁸⁴.

Her iki hükümde tutmayı mümkün kılan sebeplerden ikincisi, “küçüğün kanunen yetkili makamların önüne çıkarılması amacıyla hukuka uygun olarak tutulmasıdır”. AİHS’nin hazırlık çalışmaları sırasında, “kanunen yetkili makam önüne çıkarma” ifadesiyle, bir küçüğün suç isnadı ile değil, (ki bu olasılıkta 5’inci maddenin ilk fıkrasının c bendinin uygulanması söz konusu olurdu), “kendisine zarar veren çevreden çıkarılarak emniyete alınması” amacıyla mahkeme önüne çıkarılmasının kastedildiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, şüpheli küçüğün davada karar verilmesi için gerekli olan psikiyatri raporunun hazırlanması sırasında¹⁶⁸⁵, veya çocuğun koruma altına alınmasına ilişkin bir mahkeme kararı beklenirken tutulması¹⁶⁸⁶ (d) bendi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Bunun dışında çocukların 5’inci maddenin ilk fıkrasında öngörülen, bir suç ile ilişkili diğer nedenlerle de tutuklanmaları gündeme gelebilmektedir. Tutulmanın kişinin çocuk olması durumunda tek başına kötü muamele riskini artırdığı ve çocuğun gelişimini olumsuz etkilediği göz önünde bulundurularak mümkün olduğunca kısa süreli olması ve son çare olarak kabul edilmesi ilkelerine uygun olması gerekir. AİHM çocukların

¹⁶⁸⁴ *Koniarska v. The United Kingdom*, (Appl. No: 33670/96), 12.10.2000. Mahkeme, mevcut davadaki eğitim koşullarının gerçekliğini de denetlemiş ve başvuranın hapsedildiği Glenthorne Kurumu’nun, çok disiplinli yaklaşımının bir parçası olarak, gençlere üç veya dört veya bire bir veya bire iki kişilik gruplar halinde eğitim programı sunulduğunu göz önünde bulundurmıştır.

¹⁶⁸⁵ Bu yöndeki karar için bkz: *X . v. Switzerland* (Appl. No: 8500/79), 14.12.1979.

¹⁶⁸⁶ *Bouamar v. Belgium*, (Appl. No: 9106/80), parag. 46.

yargılama öncesinde tutuklanmalarından kaynaklanan davalarda bu ilkeleri dikkate almaktadır. *Assenov v. Bulgaria* davasında AİHM, yargılamadan önce yetkili makamın talebi üzerine mahkeme kararıyla tutuklanan çocuğun tutukluluğunun yaklaşık iki yıl sürmüş olmasının Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 3'üncü paragrafında düzenlenen derhal bir yargıç önüne çıkarılma ve makul bir süre içinde yargılanma güvencelerinin ihlali niteliğinde olduğunu değerlendirirken başvuranın küçük olduğunu ve yerel mevzuata göre, çocukların istisnai durumlarda tutuklanacakları konusunda güvence bulunduğunu dikkate almıştır¹⁶⁸⁷.

V. ÇOCUK HAKLARININ YÜKÜMLÜLERİ

Anayasacılık hareketlerinin özü, devlet iktidarını sınırlamak ve devlet karşısında bireylerin hak ve hürriyetlerini korumaktır. O hâlde hak ve hürriyetlerin öncelikle devlete karşı korunması gerektiği, dolayısıyla hak ve özgürlüğün birincil yükümlüsünün devlet olduğu açıktır. Bu kural çocuk hakları bakımından da geçerlidir.

Çocuk haklarının yükümlüleri, çocuğun haklarının yaşama geçirilmesini sağlamakla görevli, kendilerine çocuğu koruma ve gözetme yükümü düşen kurumlar ve kişilerdir. Devlet bu kurumlardan ilkidir.

Yetişkinlerden farklı olarak çocuklar, bir yetişkinin bakım ve gözetimine ihtiyaç duymakta, özellikle erken çocukluk döneminde haklarını, ebeveynleri veya bakmakla yükümlü kişiler aracılığıyla kullanabilmektedir. Dolayısıyla özellikle ana-baba ya da vasi, çocuğun haklardan yararlanmasının bir aracısı konumundadırlar. Bu kişiler hakların ifasını talep etmekle yetkili ve görevlidirler. Diğer yandan çocukların, özellikle erken çocukluk döneminde yaşamını sürdürebilmek için bakım ve gözetiminden sorumlu bir yetişkine bağımlı olması ve hak ihlallerinin öncelikle yakın ilişki içinde oldukları kişilerin

¹⁶⁸⁷ *Assenov and Others v. Bulgaria*, (Appl. No: 24760/94), 28.10.1998, Karar. No: 90/1997/874/1086, parag. 157.

eylemlerinden kaynaklanması, temel hak ve özgürlüklerin öznesinin bireyler, yükümlüsünün ise devlet olması kuralının çocuklar bakımından yeniden ele alınmasını gerektirmektedir. Çocuk hakları, özellikle ebeveyn ve çocuğun bakımından sorumlu olan diğer kişiler bakımından, temel hakların üçüncü kişiler üzerinde sahip olduğu (yatay) etkiye kıyasla daha güçlü bir etkiye sahiptir.

Çocuk haklarının yaşama geçirilmesi, diğer hiçbir hak bakımından olmadığı ölçüde, devletin bireylerin sorumluluklarını yerine getirip getirmediği konusunda denetim faaliyetleri yürütmesini ve bireylerle aktif işbirliği içinde bulunmasını gerektirmektedir.

Bu başlık altında çocuk haklarının yaşama geçirilmesinde farklı nitelikte yükümlülükleri bulunan kurum ve kişiler ile bunlar arasındaki yükümlülük ilişkisi incelenecektir.

A. Devlet

Çocuk haklarının yükümlüsü devlettir. Bu kural, ana baba ya da çocuğun bakım ve gözetiminden kanunen sorumlu kişilerin varlığı ve bu kişilerin asli bakım ve gözetim yükümlüsü olmalarına rağmen değişmez. İnsan hakları gibi çocuk hakları da devlete karşı haklardır. Çocuk haklarının gerçekleştirilmesinde hakkın yükümlüsü olarak devlet, önemli bir yeri işgal eder. Bu, devletin koruyuculuğu olmaksızın çocuk haklarının gerçekleşmesinin olanaksızlığından ileri gelir. Nitekim çocuğun incinebilir ve hassas doğasından ve sosyal-hukuksal statüsünden kaynaklanan hak ihlallerinin üstesinden ancak devlet gücünün seferber edilmesiyle gelinebilir. Devlet, belli bir hukuk düzeninde, çocuklara yönelik bakım ve gözetim pratiklerini belirleme, dönüştürme, değiştirme; öte yandan çocuğun hukuksal-sosyal statüsünü tayin etme yetkisine sahiptir. Diğer yandan günümüzde gerek internet aracılığıyla çocuklara yönelen siber tehditlerin, gerekse ulusal boyutu aşan organize suç örgütlerinin eylemlerinden kaynaklanan tehditlerin, çocuğun bakım ve gözetiminden sorumlu ana-baba ve vasilerin bireysel güçleri ile mücadele

edebileceği boyutu aşmış olması, çocukların haklarına yönelen tehditlerin devlet tarafından önlenmesini gerektirmektedir. Ayrıca çocukların haklarının gerçekleştirilebileceği bir sosyal ve hukuksal düzenin inşası ancak devlet gibi güçlü bir organizasyonun inisiyatifini gerektirmektedir. Bu nedenlerle devlet, gerek ulusal, gerekse uluslararası alanda çocuk haklarının korunması ve çocuk haklarının gerçekleştirilmesi amacıyla sorumluluk üstlenmekle yükümlüdür.

1982 Anayasası, devletin insan hakları karşısındaki konumunu bir dizi hükümde göstermiştir. Nitekim, Başlangıç kısmında yer alan herkesin Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme güvencesi ile Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetini insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devleti olarak niteleyen 2'nci, Devletin temel amaç ve görevleri arasında "kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya" çalışmaya yer veren 5'inci maddesi, Devleti insan haklarını herkes bakımından gerçekleştirmekle yükümlü tutmaktadır. Bu hükümlerden hareketle Devlet, çocuk haklarını tanımak, gereğini yerine getirmek üzere tedbirler almakla yükümlüdür.

Çocuk haklarının, insan hakları gibi devlete karşı haklar olmalarının ilk gereği, devletin, çocuğun insan olarak değerini ve bu değerden türeyen çocukluk dönemine özgü hakları tanımak zorunda olmasıdır. ÇHS, Başlangıç kısmında "*insanlık ailesinin tüm üyelerinin, doğuştan varlıklarına özgü bulunan haysiyetle birlikte eşit ve devredilemez haklara sahip olmalarının tanınması*"nı vurgulayarak devletleri çocuğun değerinden kaynaklanan çocuk haklarını tanımakla yükümlü tutmaktadır.

1982 Anayasası'nın 12'nci maddesinde yer alan herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu ifade

eden hüküm, herkes gibi çocukların kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hakların öznesi olduğunu ilan etmekte, herkesin, ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu düzenleyen 10’uncu madde hükmü ise, herkes gibi çocukların da haklarının tanınması, korunması ve yaşama geçirilmesi konusunda devleti yükümlülük altına almaktadır. Ayrıca Anayasa’nın kanun önünde eşitlik başlıklı maddesine 2010 yılında yapılan referandumla eklenen 3’üncü fıkrada yer alan diğer dezavantajlı gruplar yanında çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağını emreden hüküm, devletin çocukların haklarının gerçekleştirilmesi amacıyla ek yükümlülüklerinin de bulunduğu işaret etmektedir.

Çocuk hakları, ilk olarak devletin düzenleme yoluyla bunları somutlaştırmasını gerektirmektedir. Çocuk haklarının tanınması amacına yönelik “gerekli tedbirler” arasında çocuk haklarının anayasaya dâhil edilmesi de değerlendirilebilir. Anayasaların “normatif gücü” olarak ifade edilen, anayasaların genel olarak toplumsal-siyasal yaşamın hukuki çerçevesini belirleme, devlet yaşamını hukuk tarafından şekillendirme gücü aracılığıyla, anayasa tarafından oluşturulan hukuki yapı, o anayasal sistem içinde geçerli her ilişkide olduğu gibi, çocuğun toplumsal-hukuksal statüsünü de belirleme gücüne sahiptir. Çocuk haklarına ilişkin kuralların anayasalarda yer alması, bu kurallara, çocuklara kişisel hak sağlamalarının ötesinde, hukuk düzeninin objektif üstün kuralları niteliği kazandıracaktır¹⁶⁸⁸. Nitekim anayasal haklar bir yandan bireysel yaşamı, özellikle tehdit altında olduğu görülen alanlarda güvence altına alan “statü haklar” niteliğindedir. Öte yandan anayasal haklarla yalnızca bireyin hakları değil, toplumlar açısından önem atfedilen bazı alanlar da güvence altına alınmaktadır¹⁶⁸⁹. Bu durum çocuk hakları için de geçerlidir. Çocuk hakları, yalnızca belli bir çocuğun çocukluk döneminde talep

¹⁶⁸⁸ SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 16.

¹⁶⁸⁹ SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 16.

edebileceği haklar değil, aynı zamanda toplumsal açıdan çocukların hukuksal statüsünü, devlet-toplum-çocuk ilişkilerini belirleyen kurallardır. Bu hakların evrensel ilkeler çerçevesinde anayasal düzeyde tanınması, çocuğa yönelik belli bir toplumsal-hukuksal statünün devlet eliyle güvence altına alınması anlamına gelmektedir.

Görüldüğü üzere devlet, çocuk haklarının tanınması ve yaşama geçirilmesi için öncelikle, çocuk haklarının pozitif hukukta tanınması, çocuğun haklarına aykırı mevzuatın yürürlükten kaldırılması, çocuğun haklarını ihlal eden uygulamaların idari ve yargısal önlemlerle ortadan kaldırılması, çocuğun hukukuna ilişkin tüm eylem ve işlemlerde hassas ve incinebilir doğası gereği çocuğun menfaatlerine öncelik verilmesi ve “herkes gibi kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip” (AY md. 12) olan çocuğun özerk hak öznesi olarak kabul edilmesi yükümlülüğü altındadır.

Çocuk haklarının anayasal ya da yasal düzeyde devlet tarafından tanınmasının sonucu, bu tanınmanın devlete birtakım yükümlülükler yüklemesidir. Devletlerin insan haklarına ilişkin olarak üstlendikleri yükümlülüklerin neler olduğu ilk defa 1789 ve 1793 tarihli Fransız belgeleri ile Amerikan belgelerinde formüle edilmiştir¹⁶⁹⁰. Özellikle Fransız Devrimi’nin getirdiği belgelerde, insanın devredilemez olduğu kabul edilen haklarının, devletin tüm erkleri tarafından “*korunması*” ve “*güvence altına alınması*” gerektiği vurgulanmıştır. Günümüzde hemen tüm anayasalarda, niteliklerinden hareketle ayrı bölümler biçiminde düzenlenen insan haklarının ve bu haklara ilişkin devletin

¹⁶⁹⁰ ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 82; Fransız Devrimi’nin getirdiği belgelerde, insanın devredilemez beş hakkından söz edilmiş olup; özgürlük, eşitlik, özel mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarının devletin tüm erkleri tarafından korunması ve güvence altına alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. Erhard DENNINGER, “State Tasks and Human Rights”, **Ratio Juris**, Vol. 12, No. 1, 1999, ss. 1-10, s. 4. 1793 tarihli Fransız Anayasası’nın 1’inci maddesine göre, “*Toplumun amacı genel refahtır. Devlet, insanın doğal ve devredilemez haklarından yararlanmasını güvence altına almak için kurulmuştur*”.

rolünün, gerek genel hükümlerle, gerekse her bir hak ya da özgürlüğü düzenleyen özel hükümlerle açıklandığı görülmektedir.

Devletlerin insan haklarıyla ilgili olarak başlıca üç ödevinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlar; saygı göstermek, korumak ve gereğini yerine getirmek biçiminde formüle edilmektedir¹⁶⁹¹. “Karışmama” biçiminde özetlenebilecek “saygı gösterme” yükümlülüğü, kimi yazarlar tarafından klâsik insan hakları sınıflandırmasında negatif statü haklarını oluşturan kişisel ve siyasal hakların ayırıcı özelliği olarak tanımlanmakla birlikte, bu nitelikli edimlerin tüm insan hakları için geçerli bir edim türü olduğu bu çalışmanın çocuk haklarının niteliğinin incelendiği başlığı çerçevesinde ifade edilmişti. Saygı gösterme yükümü, kişinin yararlanmakta olduğu, ya da salt kişisel çabasıyla, başkaca bir olanağa gereksinim duymaksızın yararlanabileceği bir hakkını kullanmasına devlet tarafından müdahale edilememesi olarak tanımlanırken koruma yükümünün, her türlü devlet-dışı tehdit ve ihlâlin devlet tarafından önlenmesini gerektirdiği ifade edilmektedir¹⁶⁹². Bir başka deyişle, koruma yükümlülüğü, devletin hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korumasını ve failleri cezalandırmasını gerektirir. “Uygulama yükümlülüğü” de denilen gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise, hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirir.

Devletin çocuk hakları karşısındaki konumu her bir çocuk hakkının niteliğine göre farklılık göstermektedir. Devlet klasik hak niteliğindeki çocuk hakları karşısında daha çok hak ve özgürlükleri zedelememe ile yükümlü iken, çocuğun korunmasını ve

¹⁶⁹¹ UYGUN, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, s. 25-27; ERDOĞAN, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, s. 117; Jean-François AKANDJI-KOMBE, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Belçika, Avrupa Konseyi Yayınları, 2008, s. 5; Metin YÜKSEL, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, Uluslararası İlişkiler, Cilt 7, Sayı 27, Güz 2010, ss. 111-132, s. 112.

¹⁶⁹² AKANDJI-KOMBE, Pozitif Yükümlülükler, s. 5.

gelişiminin desteklenmesini konu alan ve çoğunlukla devletin sosyal ödevleri kapsamında yer alan çocuk hakları karşısında ise somutlaştırma ve sağlama işlevini üstlenecektir¹⁶⁹³.

Çalışmanın önceki başlıkları çerçevesinde ortaya konulduğu üzere çocuklar söz konusu olduğunda her bir hak devletin daha yoğun pozitif edimlerini gerektirmektedir. Çocukların korunmaya muhtaç hassas doğaları, tehlikelere karşı daha incinebilir kırılgan olmaları çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması için alınması gereken önlemlerin kapsamının genişlemesini gerektirmektedir. Diğer yandan 1982 Anayasası gibi, sosyal haklar ve ödevler bölümünde çocuğun korunmasını konu alan hüküm (md. 41) ile korunmaya muhtaç çocukların özel olarak korunması haklarını tanıyan hükmün (md. 61), çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı karşısında devletin yükümlülüklerinin pozitif boyutunu hükme bağladığı göz önünde bulundurulduğunda¹⁶⁹⁴, devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamının genişlemesini gerektirdiği, bu çalışmanın anayasa hukuku bakımından çocuk haklarının konusunun ele alındığı başlık ile çocuk haklarının niteliğinin incelendiği başlıklarında ortaya konulmuştu. Diğer yandan gerek AİHM, gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında incinebilir ve hassas doğaları nedeniyle çocuklar karşısında devletin pozitif nitelikli yükümlülüklerinin kapsamının genişlediği kabul edilmekteyken, çocukluk statüsüne ek olarak katmerli bir dezavantaja yol açan “korunmaya muhtaç çocuk” statüsü ile ilişkili kız, şiddet ve istismar mağduru, ana babası bulunmayan ya da ana baba bakımından yararlanamayan, engelli, mülteci¹⁶⁹⁵, kırsal kesimde yaşayan, azınlıklara mensup, ana babalarının sağlık, sosyal, siyasi ya da ekonomik statüsü nedeniyle dezavantajlı bir statü

¹⁶⁹³ Aynı yönde Bkz: SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 19.

¹⁶⁹⁴ Anayasa Mahkemesi’nin de yaklaşımının bu yönde olduğu çalışmanın önceki kısmında ortaya konulmuştu.

¹⁶⁹⁵ AİHM’nin mülteci çocukların hakları konusunda devletin yükümlülüklerine ilişkin kararı için bkz: *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, (Appl. No: 13178/03).

ile ilgili çocuklara karşı ise devletin yükümlülüklerinin katlanarak genişleyeceği ifade edilebilir (1982 AY md. 12, 41,61).

Çocuk haklarının gerçekleştirilmesi için her bir devlet erkine düşen sorumluluk farklı niteliktedir. Bunlardan yasama organı, çocuk haklarını anayasa ve çocuk hakları konusunda ulusalüstü toplumun üzerinde uzlaştığı evrensel ilkelere uygun olarak düzenlemek, çocuğun menfaatlerini korumada yetersiz kalan hukuk kurallarını revize etmek yükümü altındadır. Ayrıca kuvvetler ayrılığı ve kanunilik ilkesi gereği, hem klasik hak, hem de sosyal-ekonomik hak niteliğine sahip çocuk hakları, yasa ile düzenlenmesi gereken konulardandır. Özellikle mutlak bir genellikten söz edilemeyecek olmakla birlikte çocuk haklarının önemli ölçüde devletin olumlu edimini gerektiren haklar olmaları nedeniyle, her bir hakkın konusunu, kapsamını ve devletin sorumluluğunun çerçevesini göstermek üzere yasa çıkarılması gerekmektedir (ÇHS. md. 2).

Yasamanın söz konusu işlemlerinin hukuki dayanağına gelince, her şeyden önce genel ve asli bir yetki olan yasama yetkisinin, anayasada yer almayan hak ve hürriyetleri ve bu arada çocuk haklarını tanıyıp düzenlemesini engelleyen bir anayasal kısıt bulunmadığı gibi aksine hak ve hürriyetlerin yasama tarafından genişletilmesi ve sayılarının artırılması demokrasinin ve Anayasa'nın ruhuna uygun düşer. Ayrıca 1982 Anayasası çerçevesinde, Başlangıç, 5, 12, 17, 20'nci maddelerde yer alan kişinin haklarının, onurunun, maddi ve manevi varlığının, özel yaşamının korunmasını öngören hükümler, yasamaya çocukların korunması konusunda yetki veren ya da ödev yükleyen anayasal kurallardır. Yasama organı temel haklara ilişkin konuları düzenlerken, uluslararası toplumun üzerinde uzlaştığı ve böylece hukukun genel ilkeleri niteliği kazanan kurallara uygun düzenleme yapması, Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci

paragrafında ifadesini bulan Türk ulusunun “*dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi*” sıfatının gerekleri arasındadır¹⁶⁹⁶.

Yasama organı, çocuk haklarını düzenlerken, çocuğun zayıf ve kırılgan durumunun bir sonucu olarak haklarının, onurunun, maddi ve manevi varlığının, özel yaşamının korunması amacıyla devletin yükümlülüklerinin kapsamının genişlediği ilkesini göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. Yasama organı 1982 Anayasası çerçevesinde, Başlangıç, 5, 12, 17, 20’nci maddelerinden kaynaklanan bir anayasal zorunluluk olarak çocuğun menfaatlerinin korunması ilkesine uygun düzenlemeler yapmak yükümlülüğündedir. Yine Anayasa’nın 10’uncu maddesinde düzenlenen ayrım gözetmeme ilkesi uyarınca yasama organı, çocuk haklarını “*her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayrım gözetmeksizin*” tanımakla yükümlüdür (ÇHS md. 2). Medeni, Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 24/1’inci maddesine göre ise “*Her çocuğun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal veya toplumsal köken, malvarlığı, doğum gibi bir ayrımcılığa tâbi tutulmaksızın ailesi, içinde yaşadığı toplum ve Devlet tarafından, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerine hakkı vardır...*” İnsan Hakları Komitesi de “*haklar ve özgürlüklerden eşit biçimde yararlanmanın, her durumda tıpatıp aynı tutumun alınması anlamına gelmediğini*” vurgulamaktadır. Eşitlik ilkesi, taraf devletlerin zaman zaman “*Sözleşme tarafından yasaklanan, ayrımcılığı yaratan ya da var olan ayrımcılığın sürmesine neden olan koşulları azaltmak ya da ortadan kaldırmak için düzeltici müdahalelerde bulunmalarını*” gerektirir. Komite “*bu tür farklılaşmaların ölçütleri makul ve nesnelse, ayrıca Sözleşme çerçevesinde meşru bir amaca yönelikse, benimsenen*

¹⁶⁹⁶ ODER, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, s. 213.

tutumlardaki farklılaşmanın ayrımcılık anlamına gelme”yeceğine işaret etmektedir¹⁶⁹⁷.

Bu hükümlerden hareketle yasama organının çocuğun hak ve özgürlüklerden eşit yararlanma fırsatını gerçekleştirmeyi ve menfaatlerine öncelik verilmesini amaçlayan yasal düzenlemeler yapmakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Yine yasama organı çocuğa ilişkin yasal düzenlemelerde, çocuğun kendisini ilgilendiren karar süreçlerine katılma ve alınan kararlar üzerinde etkili olma hakkını göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

Çocuk haklarının yaşama geçirilmesi konusunda, yasamaya düşen bir diğer görev, devletin çocuk haklarının tanınmasından doğan edimlerini nasıl yerine getireceğini göstermektir. Bu çerçevede yasama, çocuk haklarının konusunu somutlaştırmak, içeriği ve kapsamını belirlemek, bu hakların yerine getirilebilmesi için gerekli kamu hizmetlerini kurmak, ihtiyaç duyulan teşkilatı düzenlemekle görevlidir. Dolayısıyla yasama organı, yürütme organını çocuk haklarını gerçekleştirmek konusunda yetkilendirmekle yükümlüdür.

Yürütme organı da çocuk haklarının korunması açısından önemli bir konumdadır. Nitekim yürütme, sahip olduğu güçle, çocuk haklarını ihlal potansiyeline en fazla sahip organ olma özelliği taşımaktadır. Bu nedenle çocuk haklarının özellikle yürütme organına karşı korunması için tedbirler alınması gerekmektedir. Diğer yandan yürütme organı, çocuk haklarına ilişkin sözleşme hükümleri ve yasalar ile doğrudan uygulanabilir anayasa normlarının gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Gerçekten yürütme organı, hem kendisine tanınan düzenleyici işlem yapma yetkisi, hem de bireysel işlemlerle çocuk haklarını somutlaştırarak uygulamakla yükümlüdür. Öte yandan yürütme bünyesinde yer

¹⁶⁹⁷ Human Rights Committee, General Comment No. 18, Non-Discrimination, **HRI/GEN/1/Rev.9** (Vol. I), 10.11.1989, s. 197, parag. 8.

alan pek çok kurum, doğrudan doğruya çocuk haklarının gerçekleştirilmesi amacıyla kurulmuştur.

Çocuk haklarının korunmasında yargı organı da, yasama ve yürütme organı ile özel kişilerin bu hakların ihlali sonucunu doğurabilecek işlemlerini denetlemek ve gerektiğinde yaptırıma bağlamak yükümlülüğündedir. Ancak özellikle sosyal hak niteliğindeki çocuk haklarının yargı erki aracılığıyla korunması konusunda karşılaşılan en önemli sorun, bu hakların dava edilemeyen haklar oldukları savıdır. Yukarıda açıklandığı gibi sosyal hakların dava edilebilir haklar olmasına güçlü itirazlar ileri sürülmektedir. Bu savın kabul edilmesi durumunda sosyal hakların korunması bakımından yargı denetimi mümkün olamayacak ve devletin bu hakların gerçekleştirilmesi konusunda tam bir serbesti içinde olduğu dahi ileri sürülebilecektir. Bu konuda, çocuğun incinebilir ve kırılgan doğası ve gelişmekte olan kişiler olmalarının bir gereği olarak, devletin olumlu edimini gerektiren çocuk haklarının asgari ölçüde sağlanmamış olmasının, çocuğun yaşam hakkı da dâhil olmak üzere diğer haklarının ihlaline yol açacağı göz önünde bulundurularak, çocuk hakları bakımından yargı organının denetim yetkisinin kapsamının genişlediğinin ifade edilmesiyle burada yetinilecek ve yargı organının görev alanına giren çocuk haklarının usuli güvencelerine ilişkin anayasal sorunlar çocuk haklarının güvence sistemi başlığı altında ele alınacaktır¹⁶⁹⁸.

Olumsuz edim gerektiren negatif statü hakkı niteliğindeki çocuk haklarının da birincil yükümlüsü devlettir. Çünkü bu haklar özel kişiler tarafından ihlal edilebilir nitelikli haklar olmakla birlikte, bunlara yönelik en büyük ihlalin kaynağı bizzat devletlerdir. Negatif statü hakkı niteliğindeki çocuğun kimliğinin unsurlarının korunması hakkının kapsamında yer alan çocuğun haksız olarak soy bağının değiştirilmesi yasağına

¹⁶⁹⁸ Aynı yönde; TANÖR, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, s. 350.

yönelik gerçek kişilerin ya da suç örgütlerinin ihlalleri dikkat çekici olmakla birlikte en büyük tehdidin devletler eliyle gerçekleştiğini ileri sürmek için, içinde bulunduğumuz yüzyıl boyunca çeşitli devletlerin, çocukların soy bağıını değiştirmeye yönelik eylemlerini örnek olarak hatırlamak yeterlidir¹⁶⁹⁹. Dolayısıyla negatif statü hakkı niteliğindeki çocuk haklarının birinci muhatabı devlettir. Negatif statü hakları söz konusu olduğunda devlet, müdahalede bulunmamak, bu hakları ihlal etmemek yükümlülüğü altındadır.

İnsan haklarının olduğu gibi çocuk haklarının muhatabı konumundaki devlet, hakların gereğini başlıca iki biçimde yerine getirebilir. Bazı haklar bakımından devletin yapması gereken, bireylerin haklardan yararlanabilmeleri için gerekli koşulları sağlamaktır. Devletin “hakkın korunması amacıyla gerekli koşulları sağlamak yükümü”, örneğin, kimsesiz ya da bakıma muhtaç çocukların korunması amacıyla sosyal güvenlik hakkının gereği olarak çocuklara yönelik sosyal hizmet teşkilatı kurmasını gerektirmektedir.

Özellikle bazı hakların gerçekleştirilmesi için devletin gerekli koşulları hazırlaması yeterli değildir. Devletin, gereğini yerine getirme edimini gerçekleştirmiş sayılması için, uygun yasal, yönetsel, mali, yargısal ve diğer önlemleri alması gerekmektedir¹⁷⁰⁰. Bu

¹⁶⁹⁹ Basında yer alan bir habere göre, “Kanada hükümeti, Ontario eyaletinde 1964-1985 yılları arasında çocuk yaşta ailelerinden zorla alınarak yerli olmayan ailelerin yanına verilen iki kabileye mensup 20 bin kişiye 750 milyon dolar tazminat ödeyecek. Eyalette binlerce yerli çocuk 1964-1985 yılları arasında ailelerinden zorla alınıp yerli olmayan ailelerin yanına yerleştirilmişti. Bu uygulama, federal hükümete karşı yerli çocukları kültürel kimliklerinden koparmak suçlamasıyla bazı davaların açılmasına neden olmuştu.” Bkz. https://www.ntv.com.tr/dunya/ailelerinden-zorla-alinan-yerli-cocuklar-icin-tazminat-odeyecek,1AmkxHcDWUaK-PkWC_B9DA (erişim tarihi: 31.3.2019). TBMM Dilekçe Komisyonu bünyesinde kurulan, “Dersim Olayları ve Sonrasında Yaşananlar Nedeniyle Oluşan Mağduriyetlerin Giderilmesine Yönelik Kurulan Alt Komisyon”, olayların ardından kendisi ya da akrabası başka illere gönderilen vatandaşları dinlemiştir. Bkz: Dersim Olayları (1937-1938) ve Sonrasında Yaşananlar Nedeniyle Oluşan Mağduriyetlerin Giderilmesi İle İlgili Alt Komisyon Kurulması Kararı, Karar tarihi: 17.02.2012 https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dilekce/docs/faaliyet_raporlari/24_yd_faaliyet_rapor.pdf Erişim tarihi: 1.4.2019.

¹⁷⁰⁰ Medeni-kişisel nitelikli haklar bakımından gerek AİHM, gerek Anayasa Mahkemesi içtihatları ile devletin temel hak ve özgürlükler karşısındaki konumunun kural olarak negatif bir tutumu gerektirdiği ifade edilmekle birlikte, her bir somut olayın koşulları çerçevesinde biçimlenen pozitif yükümlülüklerinin de olduğu kabul edilmektedir. Ekonomik, sosyal ve kültürel nitelikli haklar karşısında da devletin hakların gereklerini yerine getirme yükümü söz konusudur. 22-26 Ocak 1997 tarihinde Maastricht kentinde gerçekleştirilen toplantı sonucunda ilan edilen “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlallerine İlişkin “Maastricht İlkeleri”nin, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ek

kapsamda örneğin çocuğun ihmal ve istismardan korunması hakkının gerçekleştirilmesi için devletin gerekli teşkilatı kurması, personelini eğitmesi, yeterli mali kaynak tahsis etmesi biçiminde yönetsel ve mali önlemler alması gerekmektedir. Ebeveyne ve kamuya yönelik bilinçlendirme ve eğitim faaliyetleri de bu kapsamdadır. Yine çocuğun sağlık hakkının gerçekleştirilmesi, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetleri veren kuruluşların kurulmasını, besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanmasını, çevre kirlenmesinin tehlike ve zararları ile mücadele edilmesini, anneye doğum öncesi ve sonrası uygun bakımın sağlanmasını, 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 bilgi edinmelerini, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemin alınmasını içeren yasal, yönetsel ve mali tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir.

1. Devletin Çocuk Hakları Karşısında Negatif Yükümlülükleri

Fransız devriminden sonra gelişen “bireyci kuram” çerçevesinde “doğa hali” ya da “sözleşme” gibi bir varsayıma gerek duyulmaksızın hak ve özgürlüklerin temeli ve güvencesi insan kişiliğinin değerindedir. İnsan, insan oluşu nedeniyle üstün bir değere sahiptir. Hak ve özgürlüklerin dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez oluşu, bu değer bir sonucudur¹⁷⁰¹. Liberal hukuk sisteminin özgürlük ve hak anlayışına kaynaklık eden

olarak tüm insan hakları bakımından geçerli kabul edilebileceği söylenebilir. Maastricht ilkeleri, tüm insan haklarına ilişkin olarak devletlere düşen yükümlülüklerin; saygı göstermek, korumak ve gereğini yerine getirmek biçiminde formüle edilebileceğini ortaya koymaktadır. Öğretide de, Maastricht İlkeleri’ne paralel biçimde, devletin edimlerinin saygı göstermek, korumak ve gereğini yerine getirmek biçimindeki üçlü bir tasnifi dile getirilmiştir. Bkz: “The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, parag. 6; EIDE, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, s. 23; Penny Van ESTERIK, “Right to Food; Right to Feed; Right to Be Fed. The Intersection of Women’s Rights and the Right to Food”, **Agriculture and Human Values**, No. 16, 1999, ss. 225–232, s. 226. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 82-91.

¹⁷⁰¹ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 38 vd. Bahri SAVCI, “Kişi Hakları Kavramının ve Teorisinin Tarihte Kuruluşu, G. Vedel’den Özet”, **AÜSBFD**, C. 25, S. 1, 1970, ss. 97-134, s. 99; Hüseyin Nail KUBALI, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasal Rejimler**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1964, s. 165; UYGUN, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 19.

bu iki kuramın ortak noktası, hak ve özgürlüklerin devlet tarafından yaratılmadığının ve devletin bireyin haklarını korumak için var olduğunun kabulüdür. Klasik liberal görüş uyarınca hak ve özgürlükler, kişiye devlet karşısında özgür hareket olanağı sağlayan, devlet egemenliği ile kişi özerkliğine karşı karşıya koyan “iktidar demetleri”dir¹⁷⁰².

1982 Anayasasında, hak ve özgürlükler karşısında devletin konumunu tayinde başvurulacak ilk hüküm, “temel hak ve özgürlüklerin niteliği” başlığını taşıyan 12’nci madde hükmüdür. Bu maddenin, 1961 Anayasası’nın 10’uncu maddesinden aynen alınan ilk fıkrasına göre, “*Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*”. Bu hüküm hakların “dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez” nitelikte olduklarını ifade etmiştir. Maddenin gerekçesinde, yalnızca temel hak ve özgürlüklerin bir devlet lütfu olmadığı belirtilmiş, temel haklara ilişkin genel gerekçede ise, “insanın insan olarak, doğuştan bazı temel hak ve özgürlüklere sahip bulunduğu, devletin bu hak ve özgürlükler karşısında, müdahale etmez, çekimser bir tutum benimsemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁰³.

AİHM, taraf devletlerin Sözleşme’de yer alan hakların kullanımına müdahale etmeme biçiminde negatif bir yükümlülüğün muhatabı olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla bu nitelikli hakların temel amacı kişileri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır¹⁷⁰⁴. Örneğin Anayasa’nın 20’nci maddesinin ilk fıkrasında yer alan herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı şeklindeki düzenleme, AİHS madde 8’deki aile yaşamına saygı hakkının Anayasa’daki karşılığıdır. AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı

¹⁷⁰² KUBALI, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasal Rejimler*, s. 167.

¹⁷⁰³ Millî Güvenlik Konseyi S. Sayısı: 450, s. 5.

¹⁷⁰⁴ *Kroon and Others v. the Netherlands*, (Appl. No: 18535/91), 27.10.1994, parag. 31; *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, (Appl. No: 9718/03), 26.10.2011, parag. 48.

çerçevesinde devletin yükümlülüğünün öncelikle haksız müdahalede bulunmamak biçiminde bir negatif yükümlülük olduğu kabul edilmiştir¹⁷⁰⁵. Bu tür yükümlülükler tipik olarak medeni ve siyasi haklara özgü olduğu için, Sözleşme tarafından taraf devletlere getirilen yükümlülüklerin çoğunun bu mahiyette olması şaşırtıcı değildir.

Anayasa Mahkemesi de anayasal haklar karşısında AİHM'e paralel şekilde devletin esas yükümlülüğünün negatif yükümlülük olduğunu belirtmiştir. Devletin öncelikle, bireylerin maddi ve manevi varlığına keyfî müdahalede bulunmama yükümlülüğü vardır¹⁷⁰⁶.

2. Devletin Çocuk Hakları Karşısında Pozitif Yükümlülükleri

Negatif yükümlülükler devletlerin kişilerin haklarını korumaları bakımından tek başına etkili değildir. Bunlara ek olarak devletin hakları korumak amacıyla gerekli tedbirleri almaları gerekir. Pozitif yükümlülükler olarak nitelenen bu edimler daha çok ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilişkilendirilmektedir. Pozitif yükümlülükler medeni, siyasi haklara ilişkin olarak da gündeme gelebilmektedir. Kural olarak medeni, siyasi haklara yer veren AİHS, bazı haklara ilişkin pozitif yükümlükleri de açıkça tanımıştır. Nitekim pozitif yükümlülükler örnek olarak kanunla yaşam hakkının korunması (md. 2/1), insanlık dışı olmayan cezaevi koşulları sağlanması (md. 3), adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye başvuru imkânı, adli yardım ve tercüman sağlanması (md. 6) örnek olarak gösterilebilir. Mahkeme, Sözleşme kapsamında başka pozitif yükümlülükler de ortaya koymuştur. AİHM, taraf devletlerin Sözleşme'de tanınan haklara dokunmamaları ve müdahalede bulunmamalarının, Sözleşme'nin amacının gerçekleşmesi için yeterli olmadığını, Sözleşme'deki hakların etkili ve somut bir şekilde

¹⁷⁰⁵ *T.P. and K.M. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 28945/95), 10.5.2001, parag. 83; Anayasa Mahkemesi bakımından bkz: *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 22; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 36, *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 116.

¹⁷⁰⁶ *Ahmet Acartürk*, (B. No: 2013/2084), 15.10.2015, parag. 49.

korunabilmesi için devletlerin olumlu edimlerde bulunmaları gerektiğini pek çok kararında vurgulamıştır¹⁷⁰⁷. AİHS denetim organlarının içtihatlarıyla geliştirilen pozitif yükümlülükler doktrini, Sözleşme çerçevesinde iki hükümden hareketle temellendirilmiştir. Bunlardan ilki, AİHS'nin “insan haklarına saygı gösterilmesi yükümlülüğü” kenar başlıklı 1'inci maddesi, diğeri “Sözleşme'nin etkili bir şekilde uygulanması ilkesi”dir.

1982 Anayasası çerçevesinde de devletin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır ve bu yükümlülüklerin normatif dayanağına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, ilgili hakkın düzenlendiği hüküm yanında Anayasa'nın 5'inci maddesine dayanmaktadır¹⁷⁰⁸. Hükümün gerekçesinde ferdin hak ve hürriyetlerini en iyi gerçekleştirip, teminat altına alan demokrasiyi ve Cumhuriyeti korumanın Devletin varlık sebebi olduğu; Devletin milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlü olduğu, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracağı, ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştireceği, bunların sosyal devletin görevi olduğu, ferdin hayatında temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmanın, sosyal devletin görevi olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁰⁹. Mahkeme, maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma ve saygı gösterme, fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkına yönelik saldırılar, cinsel saldırılar¹⁷¹⁰, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ihlaller¹⁷¹¹, ana baba ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkına¹⁷¹² ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, 1982 Anayasası çerçevesinde

¹⁷⁰⁷ *X and Y v. the Netherlands*, (Appl. No: 8978/80); *M.C. v. Bulgaria*, (no. 39272/98), parag. 149, *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10), parag. 101.

¹⁷⁰⁸ *U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2014/19352), parag. 45, 47.

¹⁷⁰⁹ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 450), s. 2, 3.

¹⁷¹⁰ *Z.C. Başvurusu*, (B. No: 2013/3262), parag 55; *A.B. ve B.B. Başvurusu*, (B. No: 2015/7161), parag. 57, *A.D. Başvurusu*, (B. No: 2014/7967), parag. 82.

¹⁷¹¹ *Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu*, (B. No: 2014/13327), parag. 43.

¹⁷¹² *Ahmet Acartürk Başvurusu*, (B. No: 2013/2084), 15.10.2015, parag. 49.

17'nci maddesinin ilk fıkrasında güvenceye alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının yanı sıra 20'nci maddesinde düzenlenen aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde pozitif yükümlülüklerin bulunduğunu kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, aile yaşamına ilişkin pozitif yükümlülüklerin kapsamını değerlendirirken “ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 41'inci maddeye de atıfta bulunmaktadır¹⁷¹³. Mahkeme, söz konusu hükümde Devlete, ailenin huzur ve refahını, bunun yanı sıra anne ve çocukları koruma ve her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alma yükümlülüğü getirildiğine işaret etmektedir.

AİHS çerçevesinde devletin klasik insan hakları karşısında pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu ilk olarak Mahkeme'nin *Marckx v Belgium* içtihadı ile kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre, 8'inci maddede yer alan aile yaşamına saygı hakkı bağlamında, “bu hakkın devleti sadece aile yaşamına müdahale etmekten kaçınmaya zorlamadığını, bu temel negatif yükümlülüğün yanı sıra, aile yaşamına ‘etkili saygı’ kavramının bir gereği olarak pozitif yükümlülüklerin bulunduğunu” ifade etmiştir. Söz konusu davada AİHM, Belçika aile hukukunun evlilik dışı doğan çocuğu annenin ailesinin bir üyesi olarak kabul etmemesi ve böylece anne ve çocuğun “normal bir aile yaşantısı” sürmesine izin vermemesi nedeniyle pozitif yükümlülüğün ihlal edildiğini kabul etmiştir. *Airey v. Ireland* davasında ise, maddi gücü olmadığı için boşanma davasında avukat yardımından yararlanamayan ve böylece mahkemeye etkili erişim sağlayamayan kadının şikâyetini haklı bulmuştur. Sözleşme yalnızca ceza davalarında adli yardım hakkını tanımış, İrlanda devleti de bu hükmü, devlete mali kaynaklarını aşan bir yük yüklememek kaydıyla tanıdığını içeren bir çekinceyle kabul etmiş olmasına rağmen Mahkeme, başvuranın adli yardımdan yararlanamamasının mahkemeye erişim

¹⁷¹³ Hayriye Özdemir Başvurusu, (B. No: 2013/3434), parag. 43; Gülbu Özgüler Başvurusu, (B. No: 2013/7979), parag. 39; Nuran Yolcu Başvurusu, (B. No: 2013/9880), parag. 32; Marcus Frank Cerny Başvurusu, (B. No: 2013/5126), parag. 36.

hakkını etkili kullanamamasına yol açtığını vurgulayarak, bir pozitif yükümlülük yaratmıştır¹⁷¹⁴. Bu karardan hareketle Mahkeme'nin pozitif yükümlülükleri, Sözleşme'de yer alan bir hakkın etkili kılınması için gerekli olması ile gerekçelendirdiği ifade edilebilir¹⁷¹⁵.

3. Çocuk Hakları Karşısında Devletin Pozitif Yükümlülüklerinin Kapsamı

AIHM pozitif yükümlülükleri, esasa ilişkin yükümlülükler ve usule ilişkin yükümlülükler olarak iki kategoride ele almaktadır. Esasa ilişkin yükümlülükler, Sözleşme'deki düzenlemelere etkili sonuç sağlama arayışından doğmuştur¹⁷¹⁶. Başlangıçta Mahkeme, bu yükümlülüklerin maddi hakkı düzenleyen hükümden kaynaklandığını kabul etmekteydi¹⁷¹⁷. Mahkeme içtihatlarında usule ilişkin pozitif yükümlülükler, hakkı düzenleyen hükümlerin, devletlerin yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğünü öngören Sözleşme'nin 1'inci maddesi ile birlikte yorumlanmasının sonucunda kabul edilen yükümlülüklerdir. Dolayısıyla usuli yükümlükler, devletlerin *“kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma”*ya ilişkin genel görevinden doğmaktadır. Bu görev uyarınca *“Taraf Devletler, ihlal zamanında yargısal yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme ile güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinden dolayı sorumludurlar”*¹⁷¹⁸. Böylece devletin pozitif yükümlülükleri hakkın etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayan usuli yükümlülüklerin yerine getirilmesini gerektirir.

¹⁷¹⁴ Airey v. Ireland, (Appl. No: 6289/73), parag. 32.

¹⁷¹⁵ Aynı yönde görüş için bkz: HARRIS – O'BOYLE – BATES – BUCKLEY, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 20.

¹⁷¹⁶ Naz ÇAVUŞOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1994, s. 74.

¹⁷¹⁷ Örnek olarak bkz: Marckx v. Belgium, (Appl. No: 6833/74).

¹⁷¹⁸ Assanidzé v. Georgia, (Appl. No: 71503/01), 8.4.2004, 137-140.

Ancak daha yakın tarihli kararlarında Mahkeme esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükleri maddi hakkı düzenleyen hüküm ile birlikte Sözleşmenin 1'inci maddesinin birlikte yorumuna dayandırma eğilimindedir. Böylece ifade özgürlüğünü korumak üzere gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü 10'uncu madde ile 1'inci maddenin, aile yaşamına saygı gösterilmesi yükümlülüğü 1'inci madde ile 8'inci maddenin birlikte yorumlanmasından doğmaktadır. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, Sözleşmenin teorik veya farazi hakları değil uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına alan canlı bir metin olarak etkili olmasını sağlamaktadır. Böylece hakların korunmasına ilişkin hukuki yolların mevcut olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu yolların gerçekten etkili bir şekilde kullanılabilmesinin de mümkün olmasını gerekmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşmedeki hakların etkin kullanılabilmesi böylesi bir bireye ekonomik ve sosyal bir hak tanınmasını gerektirebilmektedir¹⁷¹⁹.

Usuli yükümlülükler, etkili olarak güvenceye alınması için her bir hakkın somut olay bağlamında gerektirdiği güvenceleri içermektedir. Mahkeme'nin kararlarında örneğin çocuğun aileden alınmasına ilişkin öngörülebilir kurallar koymak¹⁷²⁰, kötü muamele veya zorla çalıştırmayı yasaklama¹⁷²¹, çocuğun kimliğinin temel unsurlarına ilişkin bilgilere erişebilmesi için ihtiyaç duyduğu bilgilerin açıklanma yasağı hakkında karar vermek¹⁷²², meşru bir evlilik birliği dışında doğan çocuğun annesi ve annesinin ailesi ile aile yaşamı kurabilmesine ilişkin hukuki çerçeveyi belirlemek¹⁷²³ gibi önlemleri gerektirdiğine işaret etmiştir. Ancak öğretide haklı olarak çoğu durumda esasa ilişkin yükümlülükler ile usule ilişkin yükümlülüklerin karşılıklı etkileşim halinde olduğuna

¹⁷¹⁹ *Airey v. Ireland*, (Appl. No: 6289/73), 11.9.979, parag. 26.

¹⁷²⁰ *Eriksson v. Sweden*, (Appl. No: 11373/85); *R. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10496/83); *Johansen v. Norway* (Appl. No: 17383/90), *Olsson v. Sweden*, (Appl. No: 10465/83), parag. 61, 62.

¹⁷²¹ *Siliadin v. France*, (Appl. No: 73316/01).

¹⁷²² *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98), parag. 49.

¹⁷²³ *Marckx v. Belgium*, (Appl. No: 6833/74), parag. 58.

işaret edilmektedir¹⁷²⁴. Usuli yükümlülüklerin ihlalini tespit ettiği durumlarda Mahkeme, hakkı ihlal edilen kişilerin başvurabilecekleri etkili şikâyet mekanizmalarının bulunmaması ile Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlalini önlemeyi amaçlayan önleyici mekanizmaların bulunmamasını pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak nitelendirmektedir¹⁷²⁵.

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakları karşısında devletin pozitif yükümlülüklerinin, koruma yükümlülüğü ve etkili soruşturma yapma yükümlülüğü şeklinde iki boyutu bulunmaktadır. Usuli yükümlülükler olarak nitelenebilecek bu yükümlülükler, özellikle korunma ihtiyacı önem kazanan incinebilir hassas durumdaki kişilerin haklarının ihlal edilmesini önlemeyi, ihlali halinde tazminat ve terapi gibi diğer giderim önlemleri aracılığıyla etkili giderim sağlanmasını gerektirmektedir. Bu niteliğiyle önlem alma ve etkili giderim yükümlülüğü ile örtüşmektedir. Önlem alma yükümlülüğü kapsamında gerek ceza hukuku gerekse de özel hukuk yasaları çıkarmak yoluyla AİHS'deki hakların ihlal edilmesini engelleme yükümlülüğü¹⁷²⁶, denetim ve kontrol yapma yükümlülüğü¹⁷²⁷, etkili, diğer bir ifadeyle bağımsız, tarafsız, özenli ve süratli soruşturma yapma yükümlülüğü¹⁷²⁸, gerekli olduğu durumlarda yargılama yapma ve cezalandırma yükümlülüğü¹⁷²⁹, ihlalin gerçekleştiğinin tespit edildiği hâllerde yeterli

¹⁷²⁴ FRANÇOIS – KOMBE, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, s. 17.

¹⁷²⁵ *O'Keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 125. *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 153; *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10), parag. 96.

¹⁷²⁶ *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 153, *Labita v. Italy*, (Appl. No: 26772/95), 6.4.2000, parag. 133; *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10), parag. 96.

¹⁷²⁷ *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 144.

¹⁷²⁸ Mahkeme, “Devlet'in pozitif yükümlülüğü aynı zamanda, mağdura uygun tazminat sağlanması, olay hakkındaki gerçeklerin açığa çıkarılması, faillerin olay nedeniyle sorumluluklarının tespit edilmesini sağlayacak nitelikte etkin ve bağımsız yargı sisteminin kurulmasını” da içerdiğini vurgulamaktadır. *Asiye Genç v. Turkey*, (Appl. No: 24109/07), parag. 69; *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 48; *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), 10.7.2012, parag. 53.

¹⁷²⁹ *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 38, 45-48; *Siliadin v. France*, (Appl. No: 73316/01), parag. 68, 91; *Berü c. Turquie*, (Appl. No: 47304/07), parag. 42.

bir giderimde bulunma¹⁷³⁰, cinsel şiddet mağduru çocuğa “iyileşme ve yeniden bütünleşme”si amacıyla psikolojik danışmanlık desteği sunulması¹⁷³¹ özellikle ayrımcılık yasağı karşısında dezavantajlı kişilerin haklardan yararlanabilmesi için belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük yüklemeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler yapma¹⁷³² yükümlülüğü yer almaktadır. Cinsel bütünlüğü ihlal edilen zihinsel engelli bir çocuğun yargısal süreçleri tek başına başlatmadaki olanaksızlığı karşısında babasının dava açma talebinin, ceza kanununda çocuğun temsilcisine dava açma hakkı tanınmadığı gerekçesi ile geri çevrilmesi üzerine gündeme gelen davada Mahkeme, bu gibi durumlarda ceza takibine imkân veren mevzuatın bulunmamasının, Devlet’in 8’inci maddede düzenlenen hakları korumak için pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına geldiğini kabul etmiştir. Hükümet’in, olayların “istisnai” olduğu ve yasama açığının öngörülemediği itirazını ise reddetmiştir. AİHM’e göre devlet, zihinsel engelli ergenlerin, çocuklar için özel olarak işletilen bir bakım evinde cinsel istismara uğraması riskinin farkında olmalı ve bu durum için yasamada bulunmalıdır. Görüldüğü üzere AİHM içtihatlarında pozitif yükümlülüklerin kapsamına, çocukların etkili olarak korunmasına imkân veren yasal düzenlemelerin kabul edilmesi de dâhildir¹⁷³³.

Mahkeme, tehdit altında bulunan kişiyi korumak için gerekli koruyucu tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğün ihtimal dâhilindeki her şiddet eyleminin engellenmesini kapsadığını kabul etmemektedir¹⁷³⁴. AİHM insan davranışlarının öngörülemez olduğu gerçeği ile öncelik ve sınırlı kaynaklarla hakların korunmasına

¹⁷³⁰ *Ciechonska v. Poland*, (Appl. No: 19776/04), 14.6.2011, parag. 66, 77; *Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu*, (B. No: 2014/13327), parag. 49.

¹⁷³¹ *C.A.S. and C.S. v. Romania*, (Appl. No: 26692/05).

¹⁷³² *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 65.

¹⁷³³ *X and Y v. the Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 27.

¹⁷³⁴ *Tanribilir c. Turquie*, (Appl. No: 21422/93), 04/04/2001, parag. 71.

hizmet edecek tercihlerin çeşitliliğini dikkate alarak bu yükümlülüğün, yetkililere imkânsız ve orantısız bir yük getirmediyi ifade etmektedir¹⁷³⁵. Hakkın korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükler, yetkili kamusal makamların bildikleri ya da bilmeleri gerektiği durumlara ilişkin olarak gerek hukuki, gerekse fiili etkili önlemler alınmasını gerektirmektedir¹⁷³⁶. AİHM artık yerleşik hâle gelen içtihadı çerçevesinde, devletin bireyleri üçüncü kişilerden kaynaklanan işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezayı içeren kötü muamele eylemlerine karşı koruma yükümlülüğünün, üçüncü kişilerin kötü muamele eylemlerine karşı bireylere koruma sağlayan yeterli mevzuatın oluşturulmaması ve bireylere karşı üçüncü kişilerin kötü muamelede bulunma riskini devletin bildiği ya da bilmesi gereken bazı hâllerde önleyici makul idari tedbirlerin alınmaması durumlarında ihlal edildiğini kabul etmektedir¹⁷³⁷. Mahkeme, bu yükümlülük kapsamında alınması gereken önlemlerin, özellikle çocuklar ile diğer savunmasız kişilerin etkili bir şekilde korunmasını sağlaması ve kamu otoritelerinin bildiği ya da bilmesi gerektiği durumlarda kötü muamelenin önlenmesi için bazı makul adımların atılmasını içermesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁷³⁸.

Görüldüğü üzere Mahkeme, insan davranışlarının öngörülmezliği ve devletin öncelikler ve kaynaklar arasında bir seçim yapma zorunluluğunu göz önünde bulundurarak, koruma yükümlülüğünün söz konusu ihlalin yetkililer tarafından bilindiği ya da bilmesinin beklenebileceği durumlarda söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Ancak Mahkemenin bu içtihadından ayrıldığı ve devletin koruma yükümlülüğünün kapsamının daha geniş olduğunu kabul ettiği bir dizi koşuldan söz etmek mümkündür.

¹⁷³⁵ *Osman v. the United Kingdom*, (Appl. No: 23452/94), parag. 116, *Kayak v. Turkey*, (Appl. No: 60444/08), parag. 54.

¹⁷³⁶ *A.Z.Ö. Başvurusu*, (B. No: 2014/546), 19.12.2017), parag. 63.

¹⁷³⁷ *Mahmut Kaya v. Turkey*, (Appl. No: 22535/93), 28.3.2000, parag. 115.

¹⁷³⁸ *Z. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73-75; *Osman v. the United Kingdom*, (Appl. No: 23452/94), parag. 116; *X. and Y. v. Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 27; *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 22083/93, 22095/93), parag. 64.

Nitekim Mahkeme, incinebilir, hassas ve bir yetişkinin korumasına muhtaç çocukların devlet tarafından idare edilen ya da devletin sorumluluğunda olduğu kabul edilen kurumlarda yaşam hakkı ihlaline ya da kötü muameleyle maruz kalmaları halinde, koruma yükümlülüğünün kapsamının genişlediğini kabul etmekte ve bu kurumlarda meydana gelen ihlallerde taraf devletin ihlalden haberdar edilmediği ya da ihlali öngörmesinin beklenemeyeceği itirazını kabul etmemektedir¹⁷³⁹. Bilindiği üzere Mahkeme, devletin gerek yaşam hakkından, gerekse insanlık dışı muamele yasağından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin gündeme gelmesinin koşulu olarak, devletin ihlal tehdidini bilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁷⁴⁰.

Devletin koruma görevi, çocuğun maruz kaldığı şiddet riskine ve onun failine bağlı olarak çeşitli biçimlerde somutlaşabilir. Nitekim AİHM, devletin koruma yükümünün, çocukların devletin otoritesi ve kontrolü altında olduğu yerlerde¹⁷⁴¹, örneğin kamu kurumlarına yerleştirildiklerinde daha belirgin olduğunu, çocuğa yönelik şiddet riskinin yüksek olduğu durumlarda da bu yükümün ağırlaşaacağını, Sözleşme'nin 2 ve 3'üncü maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerin gerek çocuğun devlet gözetiminde bir kurumda bulunduğu¹⁷⁴², gerekse çocuğun aile içinde şiddet, ihmal ve istismara uğradığı durumlarda¹⁷⁴³ söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, özellikle ilköğretim hizmetlerinin organizasyonundan kaynaklanan bir zorunluluk olarak çocukların devletin

¹⁷³⁹ *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), parag. 59, 60; *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (B. No: 19986/06), parag. 41; *X and Y v. the Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 21-27; *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 74-75; *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 149, *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 144.

¹⁷⁴⁰ *Osman v the United Kingdom*, (Appl. No: 23452/94) , parag. 116.

¹⁷⁴¹ AİHM bir okulun yakınında on beş yaşındaki bir çocuğun başka bir çocuk tarafından bıçaklanarak ölümüne neden olunmasında *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), ve çocuğun okulda tecavüze uğramasında *O'Keeffe v. Ireland* (Appl. No: 35810/09), yerleştirildikleri bakım kurumunda yaşamlarını yitirmelerinde, *Nencheva et autres c. Bulgarie*, (Appl. No: 48609/06) devletin yükümlülüğünün söz konusu olduğunu kabul etmektedir.

¹⁷⁴² *Nencheva et autres c. Bulgarie*, (Appl. No: 48609/06), parag. 136.

¹⁷⁴³ *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 70.

otoritesi altına yerleştirildiği durumlarda da, koruma yükümünün kapsamının genişlediğini kabul etmektedir¹⁷⁴⁴.

Mahkeme bu yaklaşımını ilk olarak *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu v. Türkiye* davasında benimsemiştir¹⁷⁴⁵. Okul çıkışında belediye tarafından ücretsiz sağlanan taşıma hizmetinden yararlanarak eve dönen ilkokul birinci sınıf öğrencisi çocuğun, kar yağışı sebebiyle okulların erken tatil edildiğinin otobüs idaresine bildirilmemesi nedeniyle otobüs gelmediği için 4 kilometre uzaklıktaki evine gitmeye çalışırken donarak ölmesi üzerine gündeme gelen bu davada, potansiyel riskleri en aza indirmek ve öğrencileri korumak amacıyla okul yetkililerinin temel tedbirleri alınmakla yükümlü olduklarını vurgulamıştır¹⁷⁴⁶. Mahkeme eğitim kurumlarında çocukların maddi ve manevi varlıklarının ihlaline ilişkin davalarda, devletin okul yetkilileri aracılığıyla kendisine emanet edilen çocukların sorumluluğunu üstlenme yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, bu içtihadını çocuğun eğitim hizmetine ilişkin olarak devletin gözetiminde olduğu davalarda istikrarlı bir biçimde uygulamıştır¹⁷⁴⁷. Bu bağlamda AİHM, okul yetkililerinin, yaşlarından kaynaklanan savunmasızlıklarını da dikkate alarak öğrencilerin sağlıklarını koruma ve esenliklerini temin yönündeki temel sorumluluklarını dikkatlere sunmakta ve okullara verilen bu sorumluluğun, kendi gözetimlerinde bulundukları süre boyunca öğrencileri olası her türlü şiddete karşı korumak amacıyla güvenliklerini gözetmek gibi temel bir ödevi de içerisinde barındırdığını ifade etmektedir¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁴ *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 166; *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 60; *Grzelak v. Poland*, (Appl. No: 7710/02), parag. 87.

¹⁷⁴⁵ *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 35.

¹⁷⁴⁶ *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 41.

¹⁷⁴⁷ *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 35; *Kayak v. Türkiye*, (Appl. No: 60444/08), parag. 59-60; *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 145.

¹⁷⁴⁸ *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), parag. 59.

İlköğretim yaşını geçmiş bir çocuğun okulla ilişkisinin kesilmemesi ve okul alanı çerçevesinde okulun yemekhanesinden aldığı bir ekmek bıçağı ile o okuldan mezun olmuş başka bir çocuğu öldürmesi üzerine okul idaresinin çocuklar üzerindeki denetim ve gözetim görevlerini yerine getirmeyerek yaşam hakkının ihlaline yol açtıkları iddiasıyla gündeme gelen *Kayak v. Turkey* davasında Taraf Devlet, Kayak'ın gerçek ve yakın bir tehdide maruz kalmadığını, okul yetkililerinin maktulün özel hayatını ve maktulle fail arasındaki ilişkileri bilmelerinin mümkün olmadığını, olayın okul sınırlarının 150 metre dışında gerçekleştiğini ileri sürmesine rağmen Mahkeme bu savunmalara katılmamıştır. Mahkeme somut olayda okul idarecileri de dâhil olmak üzere ulusal makamların, maktulün bir başkasının suç teşkil eden fiilinin gerçek ve yakın sonucunun tehdidi altında olduğunu düşünmelerine yol açabilecek hiçbir neden bulunmadığına ve failin maktul için gerçek ve yakın bir tehlike teşkil etmediğine işaret etmekte birlikte¹⁷⁴⁹, söz konusu davayı, yaşam hakkının özel kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallere ilişkin önceki davalardan ayıran hususun, Devletin okul yetkilileri aracılığıyla kendine emanet edilen çocukların sorumluluğunu üstlenme yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁵⁰. Mahkeme, okul yetkililerinin, özellikle yaşlarından kaynaklanan savunmasızlıklarını da dikkate alarak öğrencileri koruma ve iyiliklerini temin yönündeki temel sorumluluklarını dikkatlere sunmuş ve ulusal makamların, okuldaki gözetim görevlerini yerine getirmedikleri gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesini ihlal ettiklerini kabul etmiştir¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁹ *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), parag. 55-58. Bu tespitler Mahkeme'nin geçmişte, muhtemel bir yaşam hakkı ihlalinin hedefindeki kişi veya kişilerin korunması gerekliliğine ilişkin davalar ile maktulün bir suçun hedefi olacağının önceden tespit edilmesinin mümkün olmadığı davalar arasında ayırma gittiği yönündeki içtihatlarındaki yargısal kriterleri ile örtüşmektedir, bu yöndeki davalar için bkz: *Osman, Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*, (Appl. No: 46477/99), 14.3.2002, parag. 56; *Opuz v. Turkey*, (Appl. No: 33401/02), parag. 129-132.

¹⁷⁵⁰ *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), parag. 59.

¹⁷⁵¹ *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), parag. 66-67.

Görüldüğü üzere Mahkeme, çocukların maddi ve manevi bütünlüklerine yönelik ihlaller söz konusu olduğunda, özellikle devlet tarafından ya da devletin gözetimi altında yürütülen eğitim hizmetinin sunumu çerçevesinde koruma yükümlülüğünün, savunmasız ve yetkililerin özel kontrolü altında olan küçük çocukların korunması amacıyla genişlediğini kabul etmekte ve devletin ihlal tehdidini bilmediği ya da bilmesinin beklenemeyeceği savunmasını bu tür davalarda kabul etmemektedir¹⁷⁵².

Mahkeme, eğitim hizmetleri çerçevesinde devletin sorumluluğu altında bulunan çocukların maddi ve manevi varlıklarının korunması amacıyla önleyici denetim mekanizmalarının ve etkili şikâyet ve yargılama mekanizmalarının bulunmasını da hakkın korunması yükümlülüğü kapsamında değerlendirmektedir. *O’Keeffe v. Ireland* davasında Mahkeme, 1971 ve 1973 yılları arasında 9 yaşındayken, kiliseye bağlı bir okulda, okulun müdürü olarak görev yapan kişinin yirmiden fazla kez istismarına maruz kalan bir öğrencinin, Sözleşme’nin 3’üncü maddesinden kaynaklanan haklarının ihlal edildiği iddiasını içeren başvurusu üzerine, Taraf Devletin ilgili kişi hakkında o yıllarda herhangi bir şikâyetin yetkili makamlara ulaşmamış olduğu, dolayısıyla ihlallerden haberdar olmasının söz konusu olmadığı itirazına katılmamıştır. Mahkeme bu davanın devletin istismarı bildiği ya da bilmesi gereken durumlarda kişinin haklarını korumak için etkin önlemler alma yükümlülüğünün tartışıldığı diğer davalardan farklı olduğunu vurgulamış, mevcut davada ihlalin ilköğretim hizmetlerinin sunumu sırasında gerçekleşmesinin pozitif yükümlülüğün niteliğini ve kapsamını belirlediğini ifade etmiştir¹⁷⁵³. Mahkemeye göre, ihlalin okul yetkililerinin öğrencilerin sağlığını ve refahını

¹⁷⁵² Nitekim Mahkeme normal şartlarda devletin maktulun bir başkasının suç teşkil eden fiilinin gerçek ve yakın sonucunun tehdidi altında olduğunu düşünmelerine yol açabilecek durumlarda sorumlu olduğunu kabul etmekte iken (örnek olarak bkz: *Osman v the United Kingdom*, (Appl. No: 23452/94); *Paul ve Audrey Edwards v. United Kingdom*, (Appl. No: 46477/99), parag. 57-60), *Kayak / Türkiye* davasında ise Devletin eğitim hizmeti dolayısıyla kendine emanet edilen çocukların sorumluluğunu üstlenme yükümlülüğüne dayanmaktadır. (*Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08).

¹⁷⁵³ *O’keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 145.

korumakla yükümlü olduğu önemli bir kamu hizmeti sunumu bağlamında gerçekleşmesi ve okul idaresinin, savunmasız, kendi otoriteleri altında olan küçük çocukların sağlığını ve refahını koruma yükümlülüklerinin bulunması, çocuğun korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğün kapsamının önemli ölçüde genişlemesini gerektirir¹⁷⁵⁴. Mahkeme, çocuğun bir kamusal hizmet çerçevesinde devletin sorumluluğu altına yerleştirildiği ve istismarın çocuk üzerinde idareci konumunda olan kişilerin eyleminden kaynaklandığı hâllerde, denetleme, tespit ve raporlama mekanizmalarının varlığının, ilgili ceza kanunlarının etkili bir şekilde uygulanması için temel önem taşıdığını vurgulayarak, bu mekanizmalara hukuk sisteminde yer verilmemesinin, hakkın ihlali için yeterli olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁵⁵. AIHM, çocuğun cinsel istismarının doğası gereği, özellikle istismar eden kişinin çocuk üzerinde otorite sahibi olduğu durumlarda, daha etkin tespit ve raporlama mekanizmalarının “useful detection and reporting mechanisms” varlığını gerektirdiği görüşündedir¹⁷⁵⁶. Dolayısıyla Mahkeme, kamu hizmetlerinin sunumu çerçevesinde çocukların ilişkili oldukları kurumda otorite sahibi kişilerin, çocuklara yönelik istismar ve kötü muamele niteliğindeki eylemlerini önlemeye yönelik denetim ve şikâyet mekanizmalarının varlığını zorunlu görmektedir¹⁷⁵⁷. Bu davada Mahkeme, bu

¹⁷⁵⁴ *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 35; *O’keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 145; *Kayak v. Turkey*, (B. No: 60444/08), parag. 59-67.

¹⁷⁵⁵ *O’keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 145.

¹⁷⁵⁶ *O’keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 148.

¹⁷⁵⁷ *O’keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 148-150. Mahkeme çocuğun kamusal bir ilişki çerçevesinde otoritesi altında bulunduğu kişinin istismar ve kötü muamelesinden korunması konusunda, devletin istismarı bilmediği ya da bilmesinin beklenemeyeceği itirazını etkisiz kılan ve buna karşılık ihlalin önlenmesini, durdurulmasını ve sorumluların zamanında cezalandırılmasını mümkün kılan her türlü denetim ve şikâyet mekanizmasına yer verilmesi yükümlülüğünü içeren genişlemiş pozitif yükümlülüğü, çocukların aile içinde istismardan korunması çerçevesinde kabul etmemektedir. Mahkeme, *D.P. & J.C. v. the United Kingdom* davasında, küçük yaştan itibaren üvey babalarının istismarına uğrayan ve annelerinin çocukların bakımı konusundaki yetersizliği nedeniyle belli aralıklarla sosyal çalışmacılar tarafından ziyaret edilen çocukların uğradığı istismarın zamanında ortaya çıkarılması konusunda sosyal çalışmacıların yetersizliklerine dayanan 3’üncü maddenin ihlal iddiası üzerine, sosyal hizmet kayıtlarında, başvuruların aile içinde cinsel istismara uğradıkları şüphesi olduğuna dair herhangi bir belirti olmadığını gözlemlediklerini, ayrıca başvuruların, o dönemde yetkililere kesin bir şikâyetle bulunmadıklarını da kabul etmelerine dayanarak Devletin ihlali bilmesinin beklenemeyeceği gerekçesiyle, 3’üncü maddenin ihlalinde sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmiştir. *D.P. and J.C. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 38719/97), parag. 110-114.

ölçüde ciddi bir kötü muamelenin bu kadar uzun süre devam etmesine önlemeyi amaçlayan herhangi bir tespit ve raporlama sisteminin bulunmamasının yol açtığına işaret ederek Devletin 3'üncü maddeden kaynaklanan koruma görevini yerine getirmediğini ifade etmiştir¹⁷⁵⁸.

Görüldüğü üzere Mahkeme, yaşam hakkına ilişkin 2'nci madde ve işkence, insanlık dışı ve kötü muamele yasağına ilişkin 3'üncü madde çerçevesinde güvence altına alınan hakların temel niteliği ve çocukların savunmasız doğasını göz önünde bulundurarak devletlerin çocukların özellikle ilköğretim bağlamında yaşam hakkı ihlalinden ve kötü muameleden korunmalarını sağlamak amacıyla denetim ve şikâyet mekanizmalarının kurulmasını içeren özel koruma önlemleri almakla yükümlü olduklarını kabul etmektedir.

AIHM, Sözleşmede düzenlenen hakların korunmasının, usulü bir yükümlülük olarak ihlal iddialarının ivedi biçimde ve özenle soruşturması yükümlülüğünü de içerdiğini kabul etmektedir¹⁷⁵⁹. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır¹⁷⁶⁰. AIHM, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün ağır bir ihlali niteliğindeki cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, yargılamanın, mağdurun fail karşısında fiziksel direnç göstermesi koşuluna bağlanmasını Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlali olarak nitelendirmektedir¹⁷⁶¹. AIHM yerel mahkeme tarafından uzmanlık görüşüne başvuru ortopedistin, mağdurun neden kendisini daha güçlü bir şekilde savunmadığını sorgulamasını iddia edilen cinsel

¹⁷⁵⁸ *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 166.

¹⁷⁵⁹ *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10), parag. 96; *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 149, 151 – 153.

¹⁷⁶⁰ *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2012/752), parag. 56; *Z. C. Başvurusu*, (B. No: 2013/3262), parag. 90, 96; *G.O. Başvurusu*, (B. No: 2016/2470), parag. 51.

¹⁷⁶¹ *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 182-187.

saldırıların kurbanı olarak delil sunmada rahatsızlık düzeyini önemli ölçüde aştığını değerlendirmektedir¹⁷⁶².

Gerek AİHM, gerek Anayasa Mahkemesinin yargısal tutumunda etkili soruşturma yükünün, bir sonuç yükümlülüğü olmayıp, uygun araçların kullanılması yükümlülüğü olduğu, Diğer taraftan her iki Mahkeme de hiçbir şekilde maddi ve manevi varlığı koruma yükünün, başvurularda üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı ya da tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmediğini kabul etmektedir¹⁷⁶³. Anayasa Mahkemesi, soruşturmanın bütününde olayların aydınlanmasına ve karar verilmesine yeter derecede delil toplanıp toplanmadığını incelemekte ve yargılama sonucunda verilen ceza miktarının kötü muamele eyleminin şiddeti ile uyumlu olmasının ve caydırıcı bir etkiye sahip olmasının devletin pozitif yükümlülüğü olan etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü kapsamında olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁶⁴. AİHM, makul ivedilik ve özen yükümlülüğü ile bağdaşmayan hukuki gecikmeler nedeniyle ceza davalarının zamanaşımına uğradığı durumlarda, Sözleşme’de düzenlenen hakların usulü yönünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır¹⁷⁶⁵. Anayasa Mahkemesi de, kamu görevlilerin kastı olmaksızın gerçekleşen yaşam hakkı ihlalleri ve maddi ve manevi bütünlüğe yönelik ihlaller ile sağlık personelleri tarafından “muhakeme hataları” ya da belirli bir hastanın tedavisi açısından söz konusu personeller arasındaki “koordinasyon eksikliği” çerçevesinde gerçekleşen ihlallerde, devletin yükümlülüğünün, sorumluların tespitine yönelik yargısal işlemlerin gerçekleştirilmesini içeren bir usuli yükümlülük olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁶⁶. Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkına ilişkin usule yönelik

¹⁷⁶² *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10), parag. 114.

¹⁷⁶³ *G.O. Başvurusu*, (B. No: 2016/2470), parag. 59.

¹⁷⁶⁴ *G.O. Başvurusu*, (B. No: 2016/2470), parag. 59.

¹⁷⁶⁵ *Okkalı v. Turkey*, (Appl. No: 52067/99), 17.10. 2006, parag. 76.

¹⁷⁶⁶ *Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu*, (B. No: 2015/4662), parag. 80-81.

yükümlülüğün, olayın niteliğine bağlı olarak cezai, hukuki ve idari nitelikte soruşturmalarla yerine getirilebileceğini kabul etmekle birlikte, kasten veya kötü muamele sonucu meydana gelen ölüm olaylarında veya ölüm tehlikesi doğuran ve kamusal makamların tehlike içeren faaliyetleri yürütürken insan davranışlarına ilişkin öngörülerinde çocukları ve özel korunmaya muhtaç olan diğer kişileri özellikle dikkate alarak bu kişilerin korunması ihtiyacına göre belirleyecekleri elverişli idari tedbirleri derhâl uygulamaya koymalarının gerektiği kabul edilen olaylarda¹⁷⁶⁷, idari soruşturmalar ve tazminat davaları sonucunda idari bir yaptırım veya tazminata hükmedilmesinin, ihlali gidermek ve dolayısıyla mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli olmadığını kabul etmektedir¹⁷⁶⁸. Mahkeme, kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında veya ölüm tehlikesi doğuran olaylarda kamu makamlarının muhakeme hatası, dikkatsizliği aşan bir kusuru olduğu veya olası sonuçların farkında olmalarına rağmen kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadıkları durumlarda -ilgililer diğer hukuk yollarına başvurmuş olsalar dahi- kişilerin hayatının tehlikeye girmesine neden olanlar hakkında bir ceza soruşturması yürütülmesini Anayasa'nın 17'nci maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülük çerçevesinde gerekli görmektedir¹⁷⁶⁹. Mahkeme özellikle küçükler gibi yetişkinlerin sahip olduğu muhakeme yeteneğine sahip olmayan savunmasız kişilerin yaşamının açıkça tehlikeye atılmasına ilişkin sorumlulukları bulunanlar hakkında yalnızca tazminata hükmedilmesinin devletin bu tür bir olaya ilişkin etkili yargısal koruma sağlaması yükümlülüğü bakımından yeterli olmayacağını, devletin

¹⁷⁶⁷ Bu nitelikli olaylardan kaynaklanan bireysel başvurular için bkz: *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, (B. No: 2014/5973, parag. 64; *Selman Tumor ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2015/18754), parag. 48.

¹⁷⁶⁸ *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, parag. 69; *Selman Tumor ve Diğerleri Başvurusu*, parag. 52.

¹⁷⁶⁹ *Selman Tumor ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2015/18754), parag. 54.

bu olaya göstereceği yargısal tepkinin benzer olayların yaşanmaması bakımından önem taşıdığını ifade etmiştir¹⁷⁷⁰.

Gerek AİHM, gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında, mağdurların başvurabilecekleri tazminat yollarının sadece hukuken mevcut bulunması yeterli görülmemekte, bu yolların uygulamada da etkili olması gerektiği kabul edilmektedir. Her iki mahkemeye göre, bir başvuru yolunun hak ihlalinin önleyebilmesi, hak ihlali devam etmekte ise onu sonlandırabilmesi veya sona ermiş bir hak ihlalinin karara bağlayabilmesi ve bunun için uygun bir tazminat ve giderim sunabilmesi halinde etkililiğinden söz edilebilir¹⁷⁷¹.

Negatif yükümlülük durumunda AİHM, şikâyet konusu müdahalenin haklara ilişkin her bir maddede hakkın sınırlandırılmasında öngörülen yasada öngörülme, meşru bir amaç izleme ve demokratik bir toplumda gerekli olma koşullarını karşılayıp karşılamadığını değerlendirmektedir¹⁷⁷².

AİHM özellikle çocuğun aile yaşamı ve özel yaşamına saygı hakkı çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamını belirlerken, yarışan menfaatler bir diğer deyimle çocuğun menfaati ile ana babanın¹⁷⁷³, diğer kişilerin¹⁷⁷⁴ ya da toplum

¹⁷⁷⁰ *Selman Tumor ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2015/18754), parag. 78.

¹⁷⁷¹ *Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu*, (B. No: 2015/4662), parag. 85; *Tahir Canan Başvurusu*, (B. No: 2012/969), parag. 26; *Filiz Aka Başvurusu*, (B. No: 2013/8365, 10.6.2015, parag. 39, *Calvelli ve Ciglio v. Italy*, (Appl. No: 32967/96), parag. 49; *Gülay Çetin v. Turkey*, (Appl. No. 44084/10), 5.4.2013, parag. 87; *Asiye Genç v. Turkey*, (Appl. No: 24109/07), parag. 69, *Šilih v. Slovenia*, (Appl. No. 71463/01), 9.4.2009, parag. 195.

¹⁷⁷² *Keegan v. Ireland*, (Appl. No: 16969/90), 26.5.1994, parag. 49; *Kroon and Others v. the Netherlands*, (Appl. No: 18535/91), parag. 31; *Gaskin v. United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83), parag. 42, *Roche v. the United Kingdom*, (Appl. No: 32555/96), 19.10.2005, parag. 157; Hakların sınırlarına da ilişkin olan bu hususlar, çocuk haklarının sınırlandırılması başlığı çerçevesinde incelenecektir.

¹⁷⁷³ *Sahin v. Germany*, (Appl. No: 30943/96), parag. 66, *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 64; *Elsholz v. Germany*, (Appl. No: 25735/94), parag. 50; *Olsson v. Sweden*, No: 2. (Appl. No: 10465/83), parag. 90.

¹⁷⁷⁴ Çocuğun menfaatleri ile ananın menfaatlerinin dengelenmesi konusunda bkz: *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98), *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09), çocuğun menfaatleri ile toplumun menfaatlerinin dengelenmesi konusunda bkz: *Paradiso and Campanelli v. Italy*, (Appl. No: 25358/12), parag. 177, 215; *D. and others v Belgium*, (Appl. No: 29176/13), 08.07.2014, parag. 60-64.

menfaatleri¹⁷⁷⁵ arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını dikkate almakta ve her iki yükümlülük türü bakımından da taraf devletlere belirli bir takdir alanı tanımaktadır.

Mahkeme, pozitif yükümlülüklerin uygulanması noktasında taraf devletlerin sahip oldukları takdir alanının darlığı ya da genişliğine karar verirken ihlal edilen menfaatin önem ve ağırlığı¹⁷⁷⁶, mağdurun yaşı¹⁷⁷⁷, içinde bulunduğu somut durumun koşulları¹⁷⁷⁸ gibi bir dizi faktörü göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması¹⁷⁷⁹, varoluşunun ya da kimliğinin önemli bir yönü söz konusu ise taraf devletin takdir alanının dar olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁸⁰. Örneğin çocuğun soy bağı gibi kişisel kimliğinin önemli bir unsuruna ilişkin yaşamsal bir menfaatine yönelik müdahalelerde devletin takdir alanının daraldığını kabul etmektedir¹⁷⁸¹. Diğer taraftan, özellikle toplumun değerleri bakımından hassas ve etik meselelerde söz konusu menfaat konusunda taraf devletler arasında bir uzlaşma bulunmuyor ise takdir alanının genişlediğini kabul etmektedir¹⁷⁸².

¹⁷⁷⁵ *Gaskin v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83), parag. 40, 44.

¹⁷⁷⁶ Çocuğun cinsel dokunulmazlığına yönelik ihlaller bakımından bkz: *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 114, insanlık dışı ve zalimane yasağı bakımından bkz: *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 109; *E. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), parag. 112; *C.A.S. and C.S. v. Romania*, (Appl. No: 26692/05), 20.4.2012, parag. 81-83.

¹⁷⁷⁷ *A. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 22-28; *Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu*, (B. No: 2014/13327), parag. 63, 76.

¹⁷⁷⁸ *Siliadin v. France*, (Appl. No: 73316/01), parag. 68, 91.

¹⁷⁷⁹ Çocuğun koruma altına alınmamasının çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünün ihlaline neden olduğu konulu başvurular bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamına dair örnek kararlar için bkz: *E. and Others v. The United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), parag. 91, *Z. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 109. Pozitif yükümlülüğünün çocuğun yaşamına yönelik doğrudan ve yakın bir tehlike söz konusu olduğu hallerde geçerli olduğuna ilişkin bkz: *Kayak v. Türkiye*, (B. No: 60444/08), parag. 54.

¹⁷⁸⁰ *Odièvre v. France*, (Appl. No: 42326/98), parag. 49; *Godelli v. Italy*, (Appl. No: 33783/09), parag. 57, *X and Y v. the Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 24; *Gaskin v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83), parag. 49; *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 149, *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10), parag. 73; *P. M. v. Bulgaria*, (Appl. No: 49669/07), 24.1.2012, parag. 58.

¹⁷⁸¹ *Mikulic v. Croatia*, (Appl. No: 53176/99), parag. 57-66.

¹⁷⁸² *Di Lazzaro v. Italy*, (Appl. No: 31924/96), Commission Decision s. 134, *Fretté v. France*, (Appl. No: 36515/97), 26.05.2002, parag. 41, *Rasmussen v. Denmark*, (Appl. No: 8777/79), parag. 40-41.

Diğer yandan Mahkeme, ortak hukuk oluşmadığı gerekçesiyle devletin yetkilerinin geniş olduğunu kabul ettiği konularda da davanın etkilenen taraflarından birinin çocuk olduğu durumlarda çocuğun menfaatlerinin gereklerinin göz önünde bulundurulmasını gerekli görmektedir. Örneği doğumdan hemen sonra evlilik dışı dünyaya gelen ve annesi tarafından evlatlık verilmek üzere devlet korumasına bırakılan çocuğun biyolojik babasına haber verilmeksizin evlat edinilmesine karar verilmesi ve bu yönde işlemlerin başlatılmasının, babanın 8’inci maddeden kaynaklanan hakları yanında çocuğun da menfaatlerine aykırı olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, taraf devlet arasında ortak bir hukuki yaklaşım oluşmadığı gerekçesi ile devletin yetkilerini daha geniş olduğunu kabul ettiği durumlarda dava konusundan etkilenen kişiler arasında bir çocuğun bulunduğu durumlarda, devletin takdir yetkisinin “çocuğun menfaatleri” ile sınırlı olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁸³.

Mahkeme, aile yaşamına saygı hakkı kapsamında Sözleşme’nin 8’inci maddesinin temel amacının kamu makamlarının keyfi eylemlerine karşı bireyi korumanın yanında aile hayatına saygı hakkının etkili bir şekilde korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri de içerdiğini, bu yükümlülüklerin bir ebeveynin çocuğuyla bir araya gelmesini sağlamak için kamu makamlarının gerekli tedbirleri almasını kapsadığını kabul etmektedir. Bu çerçevede çocuğun ebeveyni ile kişisel ilişki kurma hakkının bir ebeveynin, bir süre bir başka ebeveynle yaşamış olan çocuklarla tekrar bir araya gelmesine hazırlık amacıyla bazı önlemlerin alınmasını gerektirebileceğine işaret etmektedir. *Cengiz Kılıç v. Turkey* kararında, babanın boşanma davası devam ederken çocuğuyla görüştürülmemesi şikâyeti üzerine, AİHM, babanın çocuğuyla görüşme hakkının etkili bir şekilde korunması amacıyla kamu makamlarının makul bir şekilde kendisinden beklenen gerekli bütün

¹⁷⁸³ *Keegan v. Ireland*, (Appl. No: 16969/90), parag. 55. Evlat edindirme usulü konusunda devletin takdir yetkisinin çocuğun menfaatleri ile sınırlı olduğuna ilişkin bir başka dava için bkz: *Moretti and Benedetti v. Italy*, (Appl. No: 16318/07).

tedbirleri almadığı gerekçesiyle başvurunun özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁷⁸⁴. AİHM'nin başvurunun evlenmek niyetiyle birlikte yaşadığı evli bir kadın ile olan birlikteliğinden doğan ikiz çocukları ile kişisel ilişki kurma talebinin yerel mahkeme tarafından, Alman hukukunda ancak aralarında bir yasal aile ilişkisi bulunan ya da böyle bir ilişki kurmayı amaçlayan kişilere tanındığı gerekçesiyle reddedilmesinin Sözleşme'nin aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkına ilişkin 8'inci maddesinin ihlali niteliğinde olduğu iddiasını incelediği *Anayo v. Germany* başvurusu, devletin çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkına yönelik yükümlülüklerinin kapsamı açısından önemlidir. Mahkeme, biyolojik babaları ile “doğal bir bağla ayrılmaz bir şekilde bağlı olan” çocuklar arasında bir aile hayatı bulunmadığını kabul etmekle birlikte, Alman Yargıtay'ının söz konusu talebi, çocukların başka bir erkeğin yasal velayetleri altında bulundukları ve biyolojik babanın çocuklar ile ilişki kurma konusunda talepte bulunmaya hukuken yetkili kişilerden olmadığı gerekçesi ile reddetmesinin, Alman hukukunda biyolojik baba ile çocuklar arasında kişisel ilişki kurulmasının çocukların menfaatlerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesine olanak veren bir hukuki mekanizmanın bulunmaması anlamına geldiği ve bu nedenle tarafların menfaatlerini adil bir şekilde dengelemediği gerekçesiyle 8'inci maddenin ihlali niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, çocuğun haklarının da etkilendiği uyuşmazlıklarda, çocuğun menfaatlerinin değerlendirilmesine olanak veren hukuki mekanizmalara yer verilmesini ve bu konuda yasal düzenlemeler kabul edilmesini, devletin pozitif yükümlülükleri arasında kabul etmektedir¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸⁴ *Cengiz Kılıç v. Türkiye* (Appl. No: 16192/06).

¹⁷⁸⁵ *Anayo v. Germany*, (Appl. No: 20578/07), parag. 55-70. Mahkemenin benzer nitelikli kararlarında, (*Ahrens v. Germany*, (Appl. No: 45071/09), 22.3.2012, parag. 89) ve *Kautzor v. Germany*, (Appl. No: 23338/09), 22.3.2012, parag. 91) çocuk ile çocuğun yasal ebeveynleri arasındaki mevcut ilişkinin çocuğun biyolojik babasıyla olan ilişkisinden daha öncelikli olup olmadığı yönündeki kararın taraf devletler arasında bu konuda bir uzlaşma bulunmadığını da dikkate alarak, devletin takdir yetkisi kapsamında olduğu belirtilmişti. Bu davada ise babanın bir siyahi olması ve çocukların içinde yaşadıkları aile bireyleri olan ve kimliklerinin önemli bir unsuruna ilişkin kişisel farkları konusundaki

AIHM kararlarında, çocuğun menfaatleri doğrultusunda çocuk ile ebeveyni arasında kişisel ilişki kurulmasına imkân veren tedbirlerin alınması konusunda Devletin yükümlülüklerinin kapsamını oldukça geniş, neredeyse sonuç yükümlülüğüne yaklaşan bir yükümlülük olarak ele alındığı değerlendirilebilir. Mahkeme çocuğun ebeveyni ile bir araya gelmesini sağlamayı amaçlayan tedbirlerin niteliği ve kapsamının somut durumda geçerli olan şartlara bağlı olduğunu ifade etmekle birlikte ulusal makamların böyle bir işbirliğini kolaylaştırmak için ellerinden geleni yapmakla yükümlü olduklarını vurgulamaktadır¹⁷⁸⁶. AIHM'ye göre bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi hem bireylerin haklarını koruyan yargısal ve icrai bir mekanizma oluşturulmasını hem de öngörülen tedbirlerin etkin bir biçimde uygulanmasını kapsamaktadır¹⁷⁸⁷. AIHM; devletin çocuğun ve ebeveynin menfaatleri arasında adil bir denge kurması gerektiğini, bu dengenin kurulmasında devletin takdir yetkisinin bulunduğunu¹⁷⁸⁸ ancak bu dengelemede çocuğun menfaatlerinin mahiyet ve önemine bağlı olarak ebeveynin menfaatlerine ya da diğer toplumsal menfaatlere göre daha fazla önem taşıyabileceğini kabul etmektedir¹⁷⁸⁹.

Pozitif yükümlülüklerin bir gereği de, hakların yatay ilişkilerde uygulanmasıdır. Yatay etki, insan haklarının özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda da bağlayıcı olduğunun kabulü anlamına gelmektedir¹⁷⁹⁰. AIHM, devletlerin Sözleşme'de düzenlenen

sorularına yanıt bulma ihtiyaçlarının, çocukların kimliklerinin esaslı bir unsuruna ilişkin bulmasının Mahkemeyi, önceki içtihadından ayrılmaya sevkettiği değerlendirilebilir.

¹⁷⁸⁶ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 58, *Monory v. Hungary and Romania*, (Appl. No: 71099/01), 5.4.2005, parag. 70; *K. and T. v. Finland*, (Appl. No: 25702/94), parag. 150; *Manic v. Lithuania*, (Appl. No: 46600/11), 13.1.2015, parag. 101.

¹⁷⁸⁷ *Glaser v. United Kingdom*, (Appl. No: 32346/96), parag. 63.

¹⁷⁸⁸ *Glaser v. United Kingdom*, (Appl. No: 32346/96), parag. 63.

¹⁷⁸⁹ *Şahin v. Germany*, (Appl. No: 30943/96), parag. 66; *Plaza v. Poland*, (Appl. No: 18830/07), 25.1.2011, parag. 71.

¹⁷⁹⁰ Oya BOYAR, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 53-80, s. 56.

hakların kişiler arası eylemlerden kaynaklanan ihlaller dolayısıyla da sorumluluğunu kabul etmektedir. Sözleşme’de yer alan hakların korunması için taraf devletlerin kişileri üçüncü kişilerin fiillerinden korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul etmiştir. Bu yükümlülük açık bir şekilde ilk kez bir devletin engelli bir erişkin çocuğun cinsel saldırıya uğraması sonrasında, genç kadının ağır zihinsel yetersizliği nedeniyle ceza soruşturmasını başlatamaması, babasına da kızı adına ceza soruşturması başlatma hakkı tanınmamasının şikâyet edildiği *X and Y v. Holland* kararında kabul edilmiştir. Mahkeme’nin ifadesiyle, 8’inci maddede düzenlenen bir kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi yükümlülüğü, “kişilerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında olsa bile özel yaşama saygı gösterilmesine sağlamaya yönelik tedbirlerin alınması” şeklinde pozitif yükümlülükler içerir. Mahkeme’nin bu içtihadı sonraki süreçte başka kararlarda geliştirilmiştir. Mahkeme birçok kararında kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde saldırı¹⁷⁹¹ ve diğer kötü muamelelerden¹⁷⁹², özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesinden¹⁷⁹³, sömürüden¹⁷⁹⁴ korunmasında devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre özel kişilerden kaynaklanan ihlallerde devletin yükümlü tutulmasının koşulu, ihlalin kamusal makamlarının bildiği ya da bilinmelerinin beklenebileceği bir durumda meydana gelmesidir¹⁷⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi, yine AİHM standartlarına uygun şekilde temel hak ve özgürlüklerin korunmasında üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlaller karşısında devletin pozitif nitelikli koruma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul

¹⁷⁹¹ *Osman v the United Kingdom*, (Appl. No: 23452/94), parag. 115; *A. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 25599/94), parag. 116,

¹⁷⁹² *Z and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 29392/95), parag. 73; *E. and others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 33218/96), parag. 88.

¹⁷⁹³ *M. C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 150.

¹⁷⁹⁴ *Siliadin v. France*, (Appl. No: 73316/01), parag. 83.

¹⁷⁹⁵ *Osman v. the United Kingdom*, 28.10.1998, parag. 116, *Z. and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No. 29392/95), parag. 74-75.

etmektedir. Dolayısıyla hakların, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunmasını sağlamak üzere devletin gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁷⁹⁶.

Mahkeme, devletin yükümlülüklerini özel kişilere yahut gerçek kişilere devrederek, Sözleşme'deki bir hakkı güvence altına alma sorumluluğundan kaçamayacağını, özel kişilerin eylemlerinden kaynaklanan muameleler nedeniyle devletin sorumluluğunun doğabileceğini kabul etmektedir. *Costello-Roberts v. the United Kingdom* davasında hükümet, okullar üzerinde sınırlı bir kontrol ve denetim uyguladığı gerekçesi ile özel okulların işletim ve yönetiminden kaynaklanan ihlallerden doğrudan sorumlu tutulamayacağını ileri sürmesine rağmen Mahkeme, devletin yükümlülüklerini özel organlara veya bireylere devrettiği durumlarda da, bu kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallere karşı sorumluluktan kurtulamayacağını kabul etmiştir¹⁷⁹⁷.

O'Keeffe v. Ireland davasında da Mahkeme, devletin özel şahıslar tarafından uygulanan kötü muamele de dâhil olmak üzere, işkenceye veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamelelere karşı önlemler almakla yükümlü olduğunu vurguladıktan sonra¹⁷⁹⁸ bu dava bakımından ihlalin ilköğretim hizmetinin sunulması sırasında kilise tarafından yönetilen bir eğitim kurumunda meydana gelmiş olmasının pozitif yükümlülüğün niteliğini ve kapsamını belirlemede temel teşkil edeceğini kabul etmiştir. 3'üncü maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülük kapsamında yer alan koruma yükümlülüğünün, ilköğretim gibi önemli bir kamu hizmetinin sunumunun özel kişilere ya da dini kurumlara bırakılması durumlarında, devletin ihlalin özel bir kurum altında meydana geldiği savunmasını dikkate almamış, bu tür kamu hizmetinin sunulması çerçevesinde devletin denetim ve gözetim görevinin devam ettiğini vurgulayarak,

¹⁷⁹⁶ N. B. B., (B. No: 2013/5653), 3/3/2016, parag. 49; Z. C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), parag. 50; A.B. ve B.B. Başvurusu, (B. No: 2015/7161), parag. 58-59.

¹⁷⁹⁷ *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, (Appl. No: 13134/87), parag. 26, 27.

¹⁷⁹⁸ *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 144.

özellikle savunmasız olan küçük çocukların refahının ve haklarının korunmasını sağlamak üzere pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul etmiştir¹⁷⁹⁹.

Bir hakkın kişinin maddi ve manevi varlığı bakımından sahip olduğu önem ya da ciddiyetin derecesi arttıkça devletlerin hakka ilişkin pozitif yükümlülüklerinin genişlediği Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarında kabul edilmektedir¹⁸⁰⁰. Örneğin Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17'inci maddesinde düzenlenen yaşama hakkının, Anayasa'nın 5'inci maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete negatif yükümlülükler yanında yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını, kamu görevlilerinin, diğer bireylerin ve hatta kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı korumayı içeren pozitif yükümlülükler de yüklediğini, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda kamu makamlarının yetkileri dâhilinde tüm imkânları kullanarak yaşama hakkına yönelen tehdit ve risklere karşı etkili tedbirleri oluşturmaları ve bu tedbirlerin de yaşama hakkına yönelik ihlalleri durdurmayı sağlayacak nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁸⁰¹. Özellikle niteliği gereği tehlikeli olan faaliyetler karşısında devletin koruma yükümü daha da geniş kabul edilmektedir. Nitekim demir yolunda elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralanan 9 yaşındaki çocuğun başvurusu üzerine Mahkeme, demir yolu taşımacılığı faaliyetinin niteliği itibarıyla kişilerin yaşamı ve vücut bütünlüğü bakımından birtakım riskler içermesi sebebiyle tehlikeli bir faaliyet olduğunu ifade ettikten sonra bu tehlikelilik nedeniyle kamu makamlarının, demir yollarının işletilmesinde gerekli güvenlik tedbirlerini alma;

¹⁷⁹⁹ *O'keeffe v. Ireland*, (Appl. No: 35810/09), parag. 145; *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 35, *Molie c. Roumanie*, (kabul edilebilirlik kararı), (Appl. No: 13754/02), 1.9.2009, parag. 29, 33, 35, *İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey*, (Appl. No: 19986/06), parag. 35, *Kayak v. Türkiye*, (Appl. No: 60444/08), parag. 59-60.

¹⁸⁰⁰ *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, (B. No: 2014/5973), parag. 60; *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2012/752), parag. 53; *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, (B. No: 2014/5973), parag. 39-40; *Adem Ülgen ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2013/6581), parag. 35-37; *L.C.B. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 23413/94), 9/6/1998, parag. 36; *Osman v the United Kingdom*, (Appl. No: 23452/94), parag. 115; *Paşa et Erkan Erol c. Turquie*, (Appl. No: 51358/99), 12.12.2006, parag. 31.

¹⁸⁰¹ *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, (B. No: 2014/5973), parag. 57.

trenlerin seyrüseferinde veya gar ve benzeri işletmelerde istenmeyen ölüm ve yaralanma olaylarının önüne geçmek için makul ölçüler çerçevesinde gerekenleri yapma yükümlülüklerinin bulunduğunu ifade etmiştir¹⁸⁰².

Her iki Mahkeme de özellikle çocukların muhakeme yeteneklerinin yetişkinler kadar gelişmemiş olduğundan hareketle de haklarının korunması için alınması gereken önlemlerin genişlediğini ifade etmektedir¹⁸⁰³. Bu içtihadi tutum, çocuğun kendine özgü niteliklerinden biri olan kendilerini korumak için yeterli muhakeme yeteneğine sahip olmamaları nedeniyle daha fazla korunma gereksinimi olduğu yaklaşımı ile örtüşmektedir. AİHM, mayınlı bölgeye giren hayvanlarının ardından dikenli telleri aşarak mayınlı bölgeye girmesi sonrasında mayın patlaması sonucu başvurucunun dizinden yaralanması ve bacağının diz altı bölümünün ampute edilmesi üzerine gündeme gelen davada çocukların böylesi tehlikeler karşısında sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyeceğini ve üstelik bölgede alınan güvenlik önlemlerinin de yetersiz olduğunu ifade ederek AİHS'nin 2'nci maddesince öngörülen pozitif yükümlülüğün gereği olan her türlü yaralanma ve ölüm riskinin bertaraf edilmesi için gerekli güvenlik önlemlerinin alınması yükümünün Devlet tarafından yerine getirilmediğini tespit etmiştir¹⁸⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi de, aksinin kabulünün, özel korunmaya muhtaç olduklarında şüphe bulunmayan çocuklara ancak yetişkinlerden beklenebilecek davranışları sergileme yükümlülüğü yükleyeceği, böyle bir kabulün, devletin çocukların hayatta kalması için mümkün olan azami çabayı göstermesine ilişkin ödevinin ihlali anlamına geleceğini ifade etmiştir.

¹⁸⁰² *Hüseyin Münüklü Başvurusu*, (B. No: 2014/5973), parag. 62.

¹⁸⁰³ *Salih Ülgen ve Diğerleri Başvurusu*, (B. No: 2013/6585), 18.9.2014, parag. 46; *Adem Ülgen ve Diğerleri*, (B. No: 2013/6581), 25/2/2015, parag. 42.

¹⁸⁰⁴ *Paşa et Erkan Erol c. Turquie*, (Appl. No: 51358/99), parag. 36-38.

Son olarak çocukların haklarının korunması ve gereğinin yerine getirilmesi ise belli faaliyet alanlarının çocuklara ve üçüncü kişilere yasaklanması ve bu yasakların gereklerinin etkili bir biçimde denetlenmesi ve ihlalinin yaptırıma bağlanmasını kapsayan yasal ve yargısal önlemleri de içeren pozitif edimleri gerektirdiği ifade edilebilir.

B. Ebeveynler ve Çocuğun Bakım ve Gözetiminden Sorumlu Kişiler

Çocukların özellikle erken çocukluk döneminde yaşamlarını sürdürebilmek için bakım ve gözetiminden sorumlu bir yetişkine bağımlı olmaları, yetişkinliğe erişinceye kadar bir yetişkinin yol göstermesi ve rehberliğine ihtiyaç duymaları, çocuk hakları bakımından ebeveynlerin durumunun özel olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi, çocuğun esenliğinden öncelikle ana babaların sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Örneğin Mahkeme aşı takip sorumluluğunun asıl olarak anne ve babalar üzerinde olduğunu belirtmiştir¹⁸⁰⁵.

Bir dizi anayasa ana babanın, çocuğun bakım ve gözetimini sağlamak yanında çocuğun haklardan yararlanmasını sağlamak, çocuk adına hakları kullanmak, bir hak ihlali söz konusu olduğunda onun adına talepte bulunmakla yükümlü olduğunu düzenlenmiştir. Bu anayasal düzenlemeler aynı zamanda ana babalara devlet karşısında ebeveyn olma dolayısıyla gündeme gelen haklarını tanıyan hükümlerdir. Bu çerçevede ilk olarak ebeveynlerin çocuğun haklarının gerçekleştirilmesi konusunda yeterliklerinin desteklenmesi konusunda yardım görme hakkını açıkça tanıyan anayasal düzenlemelerden söz etmek mümkündür. Bu hükümler Çekya Anayasası'nın 32'nci maddesinde olduğu gibi "ebeveynlerin devletten yardım alma hakları vardır" biçiminde daha çok devletin pozitif yükümlülüklerini gerektiren sosyal bir hak olarak ya da Hırvatistan Anayasası'nın 63'üncü maddesinde olduğu gibi "ebeveynler, çocuklarının

¹⁸⁰⁵ Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu, (B. No: 2015/4662), parag. 102.

yetiştirilmesi, eğitimi, sağlığı ve kapsamlı ve uyumlu bir gelişimine özen gösterme hakkı ve yükümlülüğüne sahip olacaklardır” biçiminde, devlet karşısında, çocuk yetiştirme konusunda belli bir özerkliği konu alan bir negatif statü hakkı biçiminde formüle edilmektedir.

Ailenin çocuk yetiştirme konusunda devlet karşısındaki konumunu konu alan bu düzenleme biçimi dışında bir dizi anayasa, ebeveynin çocuklarına bakma ve yetiştirme yükümlülüklerini, çocuğun bir hakkı olarak düzenlemektedir¹⁸⁰⁶. Bu başlık çerçevesinde ebeveynin, çocuğun haklarının gerçekleştirilmesinin yükümlüsü olması nedeniyle gündeme gelen çocuk-ebeveyn ilişkisi anayasa hukuku açısından değerlendirilecektir.

Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa’nın 20’nci maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmi makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmektedir. Söz konusu düzenleme Sözleşme’nin 8’inci maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa’daki karşılığını oluşturmaktadır¹⁸⁰⁷. Bu hak ana-baba açısından devletin müdahalesi olmaksızın, çocuklarını kendi inanç ve kanaatlerine uygun olarak büyütmeyi de içermektedir.

Ebeveyn bakımından devletin müdahalesi olmaksızın çocuğu kendi inanç ve kanaatlerine göre yetiştirme hakkı, özel hayatın dokunulmazlığı ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸⁰⁸. Devlet, ebeveyn açısından, aile hayatına

¹⁸⁰⁶ Örnek olarak bkz: Emenistan AY md. 36; İtalya AY md. 30, Macaristan AY md. 16, Kazakistan AY md. 27, Makedonya AY md. 40, Karadağ AY md. 70, Panama AY md. 59; Paraguay AY md. 53; Peru AY md. 6, Polonya AY md.48, Senegal AY md. 20; Slovakya AY md. 41; Slovenya AY md. 54; Somali AY md. 28.

¹⁸⁰⁷ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 64, *Murat Atılgan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 22; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 36.

¹⁸⁰⁸ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 232 (1972); *Murat Atılgan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 25; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 39. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: *Olsson v. Sweden*, (Appl. No: 10465/83), parag. 59; *B. v. the United Kingdom*, (B. No: 9840/82), 8.7.1987, parag. 60; *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 55; *Berrehab*

saygı hakkının korumasına giren ebeveynin çocuk hakkındaki kararlarına, çocuğun hakları ihlal edilmediği sürece müdahalede bulunmama yükümü altındadır. Diğer yandan çocuğun bakım ve gözetimi, aynı zamanda ana baba için bir yükümlülük niteliğindedir. Ebeveyn çocuğa yönelik yükümlülüklerini yerine getirirken, anayasalarda yer alan temel hak ve özgürlüklerin gereklerine uymak zorundadır. Devlet de, temel hak ve özgürlüklerin asli yükümlüsü olarak, ana babanın çocuğun haklarını ihlal etmesini önlemekle yükümlüdür¹⁸⁰⁹.

Evlilik birliği içinde doğan çocuk doğumdan itibaren o ailenin kendiliğinden bir parçası olur ve çocukla ebeveynleri arasında aile yaşamı söz konusudur¹⁸¹⁰. AİHM, Sözleşme'nin 8'inci maddesinde yer alan "aile hayatı" kavramının evlilik temelli ilişkilerle sınırlı olmadığını ve diğer fiili aile bağlarını da kapsadığını vurgulamaktadır¹⁸¹¹. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 8'inci maddesinin amaçları bakımından aile hayatının varlığı ya da yokluğu, somut olayda yakın kişisel bağların mevcut olup olmadığına bağlı olgusal bir sorundur¹⁸¹². Çocuk ile ebeveyn arasındaki

v. *the Netherlands*, (Appl. No: 10730/84), parag. 21; *Gluhaković v. Croatia*, (Appl. No: 21188/09), parag. 56, 57; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 67.

¹⁸⁰⁹ Çocuk haklarına ilişkin anayasal hükümlerde ve Sözleşmede, ana baba ve yasal olarak çocuğa bakmakla yükümlü kişilerin yükümlülükleri, diğer kişilerin yükümlülüklerinden farklı olarak açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelerde ana baba ve çocuğa bakmakla yasal olarak yükümlü diğer kişiler, çocuk hakları karşısında neredeyse asli yükümlülüğe yaklaşan bir ölçüde yükümlü sayılmaktadırlar. Bu kişilerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmemeleri, özellikle erken çocukluk döneminde çocuğun haklarının gerçekleşmesinin bir bakıma temel belirleyicisi niteliğindedir. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında çocuk haklarının muhatapları incelenirken, ana baba ve çocuğa bakmakla kanunen yükümlü kişilerin, devlet ile üçüncü kişiler arasında bir ayırmda incelenmesi gerekli görülmüştür. Bununla, çocuk haklarının asli yükümlüsünün devlet olduğu; diğer kişilerin, insan haklarının yatay etkisi çerçevesinde yükümlü olabilecekleri yönündeki sınıflandırmaya yeni bir öge eklenmesi amaçlanmamaktadır. Ana babanın ve çocuğa bakmakla yükümlü kişilerin, hakkın yükümlüsü olarak düzenlendiği durumlarda dahi, devlet hakkın yükümlüsü olmaya devam edecektir. Ana babanın yükümlü olduğu durumlarda, devlet ana babanın yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetlemekle yükümlüdür. Devletin ana babanın çocuklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirilip getirilmediğini denetlemesi de, çocuk haklarının ana babalar bakımından yatay etkisi kapsamındadır.

¹⁸¹⁰ *Berrehab v. the Netherlands*, (Appl. No: 10730/84), parag. 21; *Gülbu Özgüler Başvurusu*, (B. No: 2013/7979), parag. 40; *Marcus Frank Cerný Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 37; *Murat Atılgan*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 23; *N. Ö. Başvurusu*, (B. No: 2014/19725), parag. 33.

¹⁸¹¹ *Anaya v. Germany*, (Appl. No: 20578/07), 21.12.2010, parag. 55.

¹⁸¹² *K. and T. v. Finland*, (Appl. No: 25702/94), parag. 150.

ilişkinin aile hayatı kapsamında olabilmesi için çocuk ile ebeveyn arasında biyolojik bir bağ bulunması zorunlu olmadığı gibi, ulusal hukuk çerçevesinde ebeveynliğin resmi olarak tanınmış olması da bir zorunluluk değildir¹⁸¹³. Örneğin, üvey ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki; yakın kişisel ilişkilerin varlığı, söz konusu ebeveynin çocuk nezdindeki ebeveynlik rolü ve birlikte geçirdikleri zaman ölçütleri dikkate alınarak bir aile yaşamı teşkil edebilecektir. Ayrıca, AİHM, kural olarak aile hayatından söz edebilmek için birlikte yaşamayı bir koşul olarak kabul etmekle birlikte istisnai olarak fiili bir “aile bağı” oluşturacak kadar yeterli süreklilik taşımak kaydıyla diğer etkenleri de göz önünde bulundurarak aile hayatının varlığını değerlendirmektedir¹⁸¹⁴. Anayasa Mahkemesi de aynı doğrultuda, ana ya da babanın “velayetin gerektirdiği yetki ve sorumlulukların üstlenilmesi hususunda “süregelen bir çaba içerisinde bulunmasını” aile yaşamının kurulması için yeterli bulunmuştur¹⁸¹⁵. AİHM içtihadı uyarınca evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki ilişki bir aile yaşamı teşkil eder ve dolayısıyla aile yaşamına saygı hakkının korumasından yararlanır¹⁸¹⁶.

AİHM, biyolojik ebeveyn ile evlilik dışı çocuğu arasında gelişebilecek potansiyel ilişkinin de aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde korunduğunu kabul etmiştir¹⁸¹⁷. Ancak, Mahkeme’ye göre salt biyolojik bağın varlığı aile yaşamına saygı hakkının güvencelerinden yararlanma bakımından yeterli değildir. Mahkemeye göre biyolojik ebeveyn ile evlilik dışı çocuğu arasındaki potansiyel ilişkinin aile yaşamı teşkil edebilmesi için biyolojik baba ile çocuk arasında yakın bir ilişki olduğunu gösteren yasal ya da olgusal unsurlar bulunması gerekir. Çocuğun biyolojik ebeveynleri arasındaki

¹⁸¹³ *Moretti and Benedetti v. Italy*, (Appl. No: 16318/07), parag. 48; *Kopf and Liberda v. Austria*, (Appl. No: 1598/06), parag. 37.

¹⁸¹⁴ *Kroon and others v. the Netherlands*, (Appl. No: 18535/91), parag. 30.

¹⁸¹⁵ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 65.

¹⁸¹⁶ *Boughanemi v. France*, (Appl. No: 22070/93), parag. 35 *Kurochkin v Ukraine*, (Appl. No: 42276/08), 20.8.2010, parag. 55; *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910) parag. 117.

¹⁸¹⁷ *Nylund v. Finland*, (Appl. No: 27110/95); *Nazarenko v. Russia*, (Appl. No: 39438/13), parag. 66.

ilişkinin niteliği ve biyolojik babanın gerek doğum öncesinde, gerekse de doğumdan sonra çocuğa yönelik ilgisi, bağlılığı gibi unsurlar göz önünde bulundurularak karara varılması gerekir¹⁸¹⁸. Aile yaşamının varlığının değerlendirilmesinde AİHM tarafından geliştirilen bu ölçütler Anayasa Mahkemesi tarafından da uygulanmaktadır¹⁸¹⁹.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama isteklerini, aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olarak değerlendirmekte ve çocuğun herhangi bir nedenle kamu koruması altına alınmış olmasının, aile yaşamını ortadan kaldırmadığını kabul etmektedir¹⁸²⁰. Yine ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının, anne ve babanın birlikte yaşamamaları veya ortak yaşama son vermeleri sonrasında da devam edeceği kabul edilmektedir. Anne babanın ve çocuğun aile yaşamlarına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir¹⁸²¹.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi bir aile bağının varlığının tespit edildiği durumlarda devletin kural olarak bu bağın sürdürülmesini sağlamaya uygun şekilde davranmak zorunda olduğunu belirtmektedir. Ebeveyn ve çocuk arasındaki karşılıklı ilişki, aile hayatının temel bir unsurunu teşkil eder ve kamu makamlarının bunu engelleyen tedbirleri ise Sözleşme'nin 8'inci maddesince korunan aile hakkına yönelik bir müdahale oluşturur¹⁸²².

¹⁸¹⁸ *Nylund v. Finland*, (Appl. No: 27110/95); *Nazarenko v. Russia*, (Appl. No: 39438/13), parag. 65.

¹⁸¹⁹ *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 52.

¹⁸²⁰ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 67.

¹⁸²¹ *Olsson v. Sweden*, (B. No: 10465/83), parag. 59; *B v. the United Kingdom* (Appl. No: 9840/82), 8.7.1987, parag. 60; *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 55; *Berrehab v. the Netherlands*, (Appl. No: 10730/84), parag. 21; *Gluhakovic v. Croatia*, (Appl. No: 21188/09), parag. 56, 57; *Murat Atılgan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 26; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 40; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 68.

¹⁸²² *Monory v. Hungary and Romania*, (Appl. No: 71099/01), parag. 70; *K. and T. v. Finland*, (Appl. No: 25702/94), parag. 150; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 87; *Murat Atılgan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), parag. 26; *N. Ö. Başvurusu*, (B. No: 2014/19725), parag. 36.

Çocuk ile aralarında aile ilişkisi olduğu kabul edilen kişiler, bu ilişkinin bir sonucu olarak, çocuğun bakım, gözetim ve yetiştirilmesi konusunda yükümlülük üstlenirler.

AIHM ve Anayasa Mahkemesi, ebeveyn ile çocuk arasındaki şahsi ilişkinin konu edildiği davalarda çocuğun menfaatlerinin diğer tüm hususlardan üstün tutulması gerektiğini kabul etmektedir. Her iki Mahkemenin içtihatlarına göre bu menfaatin iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak çocuğun üstün menfaati sağlıklı bir ortamda gelişmesinin sağlanmasını içermektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 8'inci maddesi hiç bir koşulda ebeveynin çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verebilecek davranışlarını korumaz. İkinci olarak çocuğun üstün menfaatlerine aykırı olmadıkça ailesi ile bağlarını sürdürmesi çocuğun hakkıdır. Bu bağlamda çocuğun aile bağları ancak istisnai durumlarda koparılabilir ve aile bağlarının koptuğu durumlarda, çocuğun üstün menfaati kişisel ilişkinin sürdürülmesi ve koşullar uygun olduğunda ailenin yeniden bir araya gelmesi için gerekli tüm tedbirlerin alınmasını gerektirir¹⁸²³.

Anayasa hukuku bakımında ana babanın çocuk üzerindeki yetkileri, çocuğun maddi ve manevi varlığının korunmasına ilişkin hakları ile aile yaşamına ve özel yaşamına saygı hakkının sağladığı güvenceler ile sınırlıdır.

Anayasa Mahkemesi, velayet yetkisinin, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda anne ve babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessese olduğunu ve çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, mal varlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkeme yakın bir geçmişe kadar anne ve babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı

¹⁸²³ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 55; *Berrehab v. the Netherlands*, (Appl. No: 10730/84), parag. 21; *Gluhakovic v. Croatia*, (Appl. No: 21188/09), parag. 56, 57; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 26; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 40; *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 119.

olarak görülen velayet kurumunun, günümüzde hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak kabul edildiğini vurgulamıştır¹⁸²⁴.

Velayet yetkisinin sınırının inceleme konusu yapıldığı *Nielsen v. Denmark Davası* AİHM'nin velayet yetkisinin sınırlarına dair yaklaşımını yansıtmaları bakımından önemlidir. AİHM, on iki yaşındaki bir çocuğun, annesinin talebiyle, nevrotik durumunun tedavisi için bir devlet hastanesinin psikiyatri servisine yatırılması sonrasında gündeme gelen çocuğun rızası dışında tutulmasının (detention) Sözleşme'nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5'inci maddesine aykırılık oluşturup oluşturmadığını incelediği kararında, velayet yetkisinin sınırlarına da değinmiştir. Mahkeme bu davayı, annenin velayet hakkının kullanılması çerçevesinde incelemiş ve çocuğun kurumda tutulmasını, çocuğun hareket özgürlüğünü kısıtlayan bir devlet tedbiri olarak görmemiştir. Mahkeme, bu hakkın kullanımının aile hayatının temel bir unsuru olduğunu, aile hayatına saygının Sözleşme'nin 8'inci maddesi ile güvence altına alındığını, Sözleşmeye taraf devletlerin hukukunda düzenlenen velayet hakkının “çocuğun nerede yaşayacağına karar vermeyi ve çocuğun özgürlüğünü kısıtlama ya da başkalarına kısıtlama yetkisi verme”yi de içerdiğini ifade etmiştir¹⁸²⁵. Mahkeme'ye göre bu kısıtlamalar çocuğun okul ya da diğer eğitim ve dinlenme kurumlarında¹⁸²⁶ uyması gereken kuralları ve tıbbi tedavi için gerekli olan hastaneye yatırma kararlarını da kapsar. Velinin bu yöndeki bir kararının 5'inci madde kapsamına girebileceği düşünülse de, Mahkeme 5'inci maddenin bu gibi durumlara

¹⁸²⁴ *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 39; *Nurcan Yolcu Başvurusu*, (B. No: 2013/9880), parag. 28.

¹⁸²⁵ *Nielsen v. Denmark*, (Appl. No: 10929/84), parag. 61.

¹⁸²⁶ Mahkeme, okula gitme ya da ceza olarak tutulma da dâhil olmak üzere disiplin kurallarına tabi olma ihtimalini, devletin koyduğu yasal bir yükümlülük olarak değerlendirmekte, ebeveynlerin rızası ile ilgili görmemektedir. Mahkemeye göre, çocuğu devlet himayesine almak ve bir çocuk yuvasında tutmak, 5'inci madde açısından otomatik olarak bir sorun yaratmaz. *M. and R.T. and F. v. Austria*, (Appl. No. 14013/88), 14.12.1989.

uygulanmasının amaçlanmadığı, çünkü bu kısıtlamanın “doğru bir amaca” hizmet ettiği görüşündedir¹⁸²⁷.

Diğer yandan Mahkeme, kural olarak “velayeti elinde tutan ebeveynin haklarının sınırsız olmadığını ve devletin suiistimale karşı gerekli tedbirleri alması gerektiğini” de kabul etmektedir¹⁸²⁸. Mahkeme’nin *Nielsen* davasındaki içtihadi tutumu, velayet hakkının, sorumluluk çerçevesinde ve çocuğun yararına kullanılması kaydıyla, 5’inci ve 8’inci maddenin kesiştiği durumlarda, 5’inci maddedeki özgürlük hakkına zımni bir sınırlama getirdiği yönündedir. Mahkeme’nin bu yaklaşımı öğretide eleştirilmektedir¹⁸²⁹. Ana babanın çocuğun okul, eğitim kurumu, hastane gibi bir kurumda tutulmasına rızalarının hukuka uygunluğunu değerlendirirken, Sözleşme’nin 5 ve 8’inci maddesinin birlikte uygulanmasını gerektiren durumlarda, her somut olayda çocuğun yararının göz önünde bulundurulup bulundurulmadığını incelemesinin, Mahkeme’nin çocuk haklarına uygun yargısal tutum geliştirmesinin bir ön şartı olduğu değerlendirilebilir.

Ana babanın yönlendirme ve yol gösterme yetkisi sınırsız değildir. Ana-banın yönlendirme ve yol gösterme yükümlülüğü, çocuğun “üstün yararı” “yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılım hakkı” ve Sözleşme’nin diğer maddelerinde kabul edilen hakları ile uyumlu olmalıdır.

Ana babanın ya da bakım ve gözetiminden sorumlu diğer kişilerin, çocuğun bakım ve gözetim yükümlülüklerini yerine getirirken sahip oldukları yetkilerinin sınırlarını belirleyen önemli bir kural da, çocuğun “gelişen yeteneklerinin göz önünde

¹⁸²⁷ Mahkeme bir davada, annenin, oğlunun hastaneye yatırılışına onun sağlığını düşünerek rıza gösterdiğini, oğlunu iddia edildiği gibi babasından uzak tutmaya çalışmadığını değerlendirmiş, bu nedenle başvurucunun hastaneye yatırılışının 5’inci madde kapsamına girmediğine, söz konusu tedbirin “annenin velayet hakkından kaynaklanan sorumluluğu çerçevesinde, çocuğun yararına kullanımı sonucu ortaya çıktığına” karar vermiştir. *Nielsen v. Denmark*, (Appl. No: 10929/84), parag. 73.

¹⁸²⁸ *Nielsen v. Denmark*, (Appl. No: 10929/84), parag. 72.

¹⁸²⁹ HARRIS – O’BOYLE – BATES – BUCKLEY, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 130.

bulundurulması” ilkesidir. Sözleşme, “gelişen yetenekler” kavramını kullanarak, belirli konulara ilişkin kesin yaş sınırları belirlemekten ya da olgunluk tanımı yapmaktan kaçınmış, her somut olayda ebeveyni, çocuğun gelişen yeteneklerini değerlendirme ve göz önünde bulundurmakla yükümlü tutmuştur. Sözleşme’nin 18’inci maddesi, çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesinin sağlanması sorumluluğunun, ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa vasiye ait olduğunu, onların bu görevi yerine getirirken çocuğun üstün yararını göz önünde tutarak hareket edeceklerini düzenlemiştir. Böylece Sözleşme, ana babanın haklarının sınırlarını ortaya koymuştur. Bu sınır ana babaların çocuk yetiştirirken, “çocuğun üstün yararına uygun davranma” ve “gelişen yeteneklerini göz önünde bulundurma” sorumluluğudur.

Çocukların da anayasal haklardan yaş ve olgunluk seviyelerinin olanak verdiği ölçüde yararlanabilmesine olanak veren pek çok anayasal güvence vardır. Nitekim Başlangıç kısmında yer alan herkesin Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme güvencesi ile Anayasa’nın Türkiye Cumhuriyetini insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devleti olarak niteleyen 2’nci, Devletin temel amaç ve görevleri arasında “kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya” çalışmaya yer veren 5’inci, herkesin, ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu düzenleyen 10’uncu, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu güvence altına alan 12’nci maddesi ile her bir hak bakımından hakkın muhatabının “herkes” olduğunu kabul eden hükümlerinden hareketle ana babalarının tercihleri karşısında çocukların olgunlukları ve yaşları ile gelişen yetkinliklerinin hiçbir biçimde dikkate alınmaksızın mutlak olarak ehliyetsiz kabul edilmeleri anlamına gelen bir düzenlemenin, anayasa aykırı olduğu değerlendirilebilir.

Ana babanın çocuk üzerindeki yetkilerinin bir diğer sınırı, çocuğun insanlık ailesinin bir üyesi olarak sahip olduğu insanlık onurundan kaynaklanan değeridir. Bu değer bir gereği olarak ana baba, çocuğu eğitme ve rehberlik yükümlülüklerini yerine getirirken çocuğun onurunu ihlal edecek küçük düşürücü muameleye maruz bırakmamalıdır. Çocuğun dayak gibi küçük düşürücü disiplin uygulamalarına maruz kalmama hakkı, aynı zamanda Anayasa'nın 17'nci maddesinde güvence altına alınan insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya maruz bırakılmama güvencesinin bir gereğidir.

Komite, devletin çocuğun ebeveyn ve bakımından sorumlu diğer kişiler tarafından cismani ceza ve diğer zalimane muameleye uğramaması için alınması gereken tüm pozitif önlemleri almakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. AIHM içtihatlarında, çocuklara yönelik belli bir ağırlığı aşan disiplin cezaları ve fiziksel cezaların, AIHS'nin 3'üncü maddesiyle yasaklanan "insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele"ye maruz bırakılma yasağı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir¹⁸³⁰. Sözleşme'nin denetim organı AIHM, bir çocuk suçluya uygulanan fiziksel cezanın -üç sopa darbesi- AIHS'nin 3'üncü maddesi anlamında onur kırıcı ceza olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁸³¹. Ancak Mahkemeye göre, okullarda fiziksel cezanın disiplin cezası olarak uygulanması tehdidi, onur kırıcı muamele teşkil etmek için yeterli değildir¹⁸³². AIHM ayrıca, bir okul müdürünün yedi yaşındaki bir öğrenciye uyguladığı "disiplin cezasının" (lastik tabanlı ayakkabı ile şortunun üstünden kaba etlerine üç "şaplak") 3'üncü madde kapsamına girebilmesi için gerekli olan asgari şiddet düzeyine erişmediği sonucuna da

¹⁸³⁰ *Tyrer v. the United Kingdom*, (Appl. No. 5856/72), parag. 29; *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, (Appl. No: 7511/76; 7743/76), parag. 26, 27; *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, (Appl. No: 13134/87), parag. 26, 30.

¹⁸³¹ *Tyrer v. the United Kingdom*, (Appl. No. 5856/72), parag. 35.

¹⁸³² *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, (Appl. No: 7511/76; 7743/76), parag. 30.

varmıřtır¹⁸³³. Diğer yandan bu yönde bir değerlendirmeye gidilmeksizin “insan onuruna saygı” güvencesinin bulunduğu bir anayasal düzende cismani cezanın hiçbir kurumda bir eğitim aracı olarak korunmayacağı ve çocuğun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali niteliğinde olduğu tespit edilmelidir. Dolayısıyla böyle bir anayasal sistemde ana baba bakımından da çocuğun eğitimi yükümlülüğü hiçbir lde bedeni müdahale yetkisini kapsamaz.

Çocuğun bakım ve gözetimi konusunda öncelikle ana baba hak sahibi ve görevli ise de çocuğun bakım ve gözetim hakkına ilişkin olarak devlet de sorumlu olmaya devam etmektedir. Bu kapsamda devlet, çocuğun ihmal ve istismardan korunma hakkının bir gereği olarak, çocuğun aile içinde ihmal ve istismara maruz kalmasını önlemek amacıyla denetim mekanizması kurmakla yükümlüdür. Ayrıca ocuk haklarının asli yükümlüsü olarak devlet, pek çok anayasada da yer bulan çocuğun korunması hakkı gereğince, çocuğun aile içinde ihmal ve istismara maruz kalmasını önleyici mekanizmalara yer vermekle yükümlüdür.

Anayasa hukuku bakımından devlet, çocuğun aile içinde ihmal, istismar ve kötü muameleye maruz kalması durumunda, işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye tâbi tutulmama hakkı ve vücut dokunulmazlığı hakkı; okula devamı engellendiğinde eğitim hakkı; çalışmaya zorlandığında, angarya yasağı ve çocuğun çalışma yaşamında özel olarak korunma hakkı; çocuğun sağlığına gerekli özenin gösterilmediği durumlarında, sağlık hakkına ilişkin anayasal hükümler gereğince sorumlu olacaktır.

ocuk haklarının yaşama geçirilmesi büyük lde bakımlarının sorumluluğuna sahip olan ebeveyn ya da diğer kişilerin refahına ve kaynaklarına bağlıdır. Bu karşılıklı

¹⁸³³ *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, (Appl. No: 13134/87), parag. 32.

bağımlılığı göz önünde bulundurarak devlet, ebeveynlere, yasal vasilere ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere çocuğun gelişimi için gerekli yaşam koşullarını sağlamak da dâhil olmak üzere uygun yardım ve destek sağlamakla yükümlü kabul edilmiştir (ÇHS. md 27). Bu yükümlülüğü açıkça tanıyan anayasalardan söz etmek mümkündür¹⁸³⁴. 1982 Anayasası'nın 41'inci maddesinin ikinci fıkrasında Devlete, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması görevi yüklenmiştir. Çocuğun haklarının sağlanmasındaki önemli rolleri nedeniyle devlete çocukların yetiştirilmesi konusunda özellikle çalışan anne babalar için gündüz bakım yuvaları sağlamayı da kapsayan çocuk bakımı konusunda yardım sağlanması hakkı tanınmıştır (ÇHS md. 18).

Çocuk Hakları Komitesi, ebeveynlerin çocuklarına yönelik sorumluluklarını yerine getirebilmelerini sağlamak için devletin gerekli tüm önlemleri almakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir¹⁸³⁵. Komiteye göre devlet, çocukların ebeveynlerin yetersizliğinden ya da ebeveyn yoksunluğundan kaynaklanan hak ihlallerini azaltmak üzere ana babaya sorumluluklarını yerine getirmelerinde destek vermekle ve çocukların refahı ve haklarının ihlal olasılığı söz konusu olduğunda gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Devlet, terk edilmiş veya öksüz kalan çocuk sayısının azaltılması ve çocuğun yararına olduğuna karar verilen durumlar dışında, kurumsal veya diğer uzun süreli bakım biçimlerini gerektiren durumların mümkün olduğunca en aza indirilmesinden de sorumludur¹⁸³⁶. Devlet, çocuğun gelişimi için gerekli yaşam koşullarını sağlamada yardımcı olmak da dâhil olmak üzere, ebeveynlere ya da çocuğun bakımını üstlenen kişilere çocuk yetiştirme sorumluluklarının yerine getirilmesinde (ÇHS

¹⁸³⁴ Örnek olarak bkz: Çekya AY md. 36.

¹⁸³⁵ **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 18.

¹⁸³⁶ **CRC/C/GC/7/Rev.1**, parag. 18.

md. 18) uygun yardımda bulunma (ÇHS. md 27) ve çocukların gerekli koruma ve bakımdan yararlanma hakkından yararlanmalarını sağlamakla yükümlüdür¹⁸³⁷.

Ebeveynin, çocuğun bakım ve yetiştirilmesinde uygun yetenek ve donanımda olmaması çocuğun yeterli bakım görme ve korunma hakkının ihlaline neden olmaktadır. Bu durumda devletin ebeveynlerin çocukların refahını en iyi şekilde gözetme yeteneğini desteklemek için, ebeveyn danışmanlığı, çocuklarıyla olumlu ve duyarlı bir ilişki kurmalarını teşvik eden eğitim desteği sağlanmasını da içeren ebeveynlerin eğitimi hizmeti sunması gereklidir. Ayrıca ebeveynlerin çocuklarını bakım görevini yerine getirmelerine destek olacak mali kolaylıkların sağlanması da devletin yükümlülüklerindendir. Bu kapsamda vergi kolaylıkları ve sosyal destek sağlanması, yeterli barınma hakkının garanti edilmesi, çalışma saatlerinin düzenlenmesi gibi ebeveynin mali ve sosyal koşullarını desteklemeyi amaçlayan yardımlar yanında anne ve bebek için doğum öncesi ve doğum sonrası dönemi kapsayan ücretsiz sağlık hizmetleri, ebeveyn eğitimi, ev ziyaretçileri gibi çocuğun iyiliği ve refahını izlemeyi amaçlayan edimleri kapsamaktadır¹⁸³⁸. Çocuklu ebeveynlere sağlanan bu tür yardımlar Anayasa'nın 42'nci maddesi ile çocuklar lehine eşitliği sağlamak amacıyla önlemler alma yükümlülüğüne yer veren 10'uncu madde'nin de bir gereğidir.

Son olarak yasal vasi ya da çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilerin de tıpkı ebeveyn gibi çocuğun haklarının yükümlüsü olduğu belirtilmelidir. Yasal temsilci, vasi, koruyucu aile sıfatıyla çocuğun bakım ve gözetim yükümü tevdi edilen kişiler, çocuğun haklarını korumak ve hak ihlalleri durumunda ihlalin kaldırılmasını talep etmekle yükümlüdür.

¹⁸³⁷ CRC/C/GC/7/Rev.1), parag. 18.

¹⁸³⁸ CRC/C/GC/7/Rev.1), parag. 20.

VI. ÇOCUK HAKLARININ GENEL KORUMA REJİMİ

A. Genel Olarak Çocuk Haklarının Genel Koruma Rejimi

Bilindiği gibi anayasacılık hareketi, devletin sınırlandırılması ve devlet karşısında bireyin hak ve hürriyetlerinin korunması düşüncesine dayanmaktadır¹⁸³⁹. Devletin yönetilenlerin hakları ile sınırlandırılması anlayışı, anayasalarda insan haklarına yer verilmesine zemin hazırlamıştır. Herkese tanınan hakların yanı sıra belli gruplara tanınan anayasal haklar listesi, çalışan, engelli, kadın, mülteci ya da çocuklara özgü haklar ile genişlemektedir. Diğer yandan özellikle II'nci Dünya Savaşı'nın bitiminin ardından devletin, egemenlik alanı içindeki bireylere nasıl davrandığı sorununun ilke olarak uluslararası hukukun konusu olarak görülmeye başlanmasıyla uluslararası hukuk tarafından tanıma ve korumaya kavuşturulan insan haklarından söz etmek mümkündür.

Çocuğun hakları çalışmanın buraya kadar olan kısmında ele alındığı üzere Anayasa'nın çeşitli maddelerine dayanılarak korunmakta ve anayasalarda herkese tanınan hakların koruma rejiminden yararlanmaktadır¹⁸⁴⁰.

Diğer yandan ilk bölümde ortaya konduğu üzere ÇHS'nin kabulünden sonra, Sözleşme'de tanınan hakların anayasa metnine taşındığı¹⁸⁴¹ ya da uluslararası hukukun iç hukuka doğrudan etkisinin kabul edildiği hukuk geleneğine sahip ülkeler söz konusudur.

¹⁸³⁹ ÇAĞLAR, **Anayasa Bilimi**, s. 131; Mehmet TURHAN, “Anayasa ve Anayasacılık”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3, 1994, ss. 3-12, s. 4.

¹⁸⁴⁰ Bir de insan hakları gibi çocuk haklarının dinamik ve sürekli genişleyen bir niteliğe sahip olmaları nedeniyle, anayasalarda veya anayasal değer taşıyan diğer belgelerde açıkça zikredilmeyen çocuk haklarının, içtihat yoluyla ya da yasama organının işlemi ile tanınmasından söz etmek gerekir. Bu durumda da anayasal ve uluslararası hukukun tanınmasının dışında kalan ve “isimsiz çocuk hakları” olarak ifade edilebilecek hakların da anayasanın koruma rejimine dâhil olduğu kabul edilmelidir. Genel temel hak ve özgürlükler bakımından aynı yöndeki yorum için bkz: KONTACI, “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması”, ss. 427-459.

¹⁸⁴¹ Çalışmanın ilk bölümünde etraflıca ortaya konduğu gibi, ÇHS'nin kabulünde sonra yeni anayasa yapan pek çok ülke, Sözleşme'de kabul edilen hakların önemli bir kısmını anayasa metnine taşımış, ya da bir dizi ülke bu amaçla anayasalarında değişikliğe gitmiştir. Angola AY. md. 35, 77, 80, 81; Brezilya AY. md. 203, 227; Kolombiya AY. md. 42, 44; Ekvador AY. md. 35, 39, 45, 46, 66, 69; Fiji AY. md. 41; Gana AY. md. 28; Mozambik AY. md. 121; Nepal AY. md.39; Portekiz AY. md. 69, 70; Somali AY. md. 28, 29; Güney Afrika Cumhuriyeti AY. md. 28; Güney Sudan AY. md. 17.

ÇHS, kendine özgü bir koruma ve sınırlama rejimi benimsemiş bulunmaktadır. Çocuğun haklarını anayasal bir hükümle ÇHS'ye atıf yaparak tanıma yolunu tercih eden ülkeler bakımından ÇHS'nin rejimi, anayasa ile birlikte çocuk haklarının rejimini belirleyecektir¹⁸⁴².

Dolayısıyla çocuk haklarının, anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin rejimi ile anayasada ayrıca düzenlenen çocuk hakları için bu haklara ilişkin özel koruma-sınırlama rejimi göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşmelerin anayasal rejimine ilişkin bir anayasal düzenlemeye yer veren anayasal sistemlerde ise bu düzenleme çerçevesinde, hak ve özgürlüklerin rejimine etki edeceği değerlendirilebilir. 1982 Anayasası bakımından, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu kabul eden 90'ıncı maddenin bir gereği olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ulusalüstü insan hakları sözleşmeleri ile ÇHS'nin koruma rejimine tabi olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Diğer yandan Anayasada güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanıyan 148'inci maddesi uyarınca, AİHS'de öngörülen ve AİHM içtihatlarıyla somutlaştırılan sınırlama rejiminin de, 1982 Anayasası'nda benimsenen sınırlama rejimi incelenirken dikkate alınması zorunludur.

1982 Anayasası'nın temel hak ve hürriyetleri düzenleme rejimi, herkes için geçerli insan haklarına anayasal koruma sağlamak üzerine kurulmuştur. Bir başka anlatımla Anayasa, kural olarak "herkes"e, siyasi haklar söz konusu olduğunda da doğası gereği

¹⁸⁴² Kamboçya AY. md. 48; Kosova AY md. 32, Madagaskar AY. Başlangıç kısmı, Nikaragua AY. md. 71, Sudan AY. md. 32, Venezuela AY md. 78 hükümleri çocuğun haklarını, açıkça Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne atıf yaparak tanıma yolunu tercih ederken, İspanya Anayasası çocuğun uluslararası anlaşmalar ile tanınan haklardan yararlanma hakkı olduğunu (md. 39), Fransa Anayasa'nın 55'inci maddesi ve 1982 Anayasası'nın 90'ıncı maddesi usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanunlardan önde ya da kanunlara eşit değerde olduğunu kabul eden anayasal geleneğe örnekler.

tüm yurttaşlara hak ve özgürlük tanımayı benimsemiştir. Özel olarak korunması gereken kişi ve kişi grupları (kadınlar, yaşlılar, çocuklar gibi) söz konusu olduğunda ise buna ilişkin hem kapsam, hem de lafız bakımından genel bir hüküm koyarak Anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin bu genel norm ile birlikte yorumlanmasını tercih etmiştir. Çocuk hakları bağlamında konuya yaklaşıldığında anayasa koyucunun bu tercihi kendini açıkça göstermektedir. Çocuk haklarına kategorik olarak yer vermeyen 1982 Anayasası, “ailenin korunması” başlıklı 41’inci maddesinde “Devlet, ... çocukların korunması(nı) sağlamak için gerekli tedbirleri alır” (f. 2) ve “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” (f. 4) düzenlemesiyle çocukların korunması yükümlülüğünden söz etmektedir¹⁸⁴³.

Çalışmanın buraya kadarki kısmında ortaya konduğu üzere her şeyden önce çocukların hakları, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerden çıkarılabildikleri kadarıyla, Anayasanın öngördüğü genel koruma rejimine tabidir. Yaşam, ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunması hakkı, zorla çalıştırma yasağı, özel hayatın gizliliği gibi haklar, çocuklara özel atıf yapmasalar bile çocuklar için uygulanmaları durumunda Anayasanın 13’üncü maddesi güvenceleri başta olmak üzere tüm anayasal güvencelerden yararlanırlar.

Çocuk haklarına ilişkin Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan ve 1982 Anayasası’nın da kapsadığı söylenebilecek haklar açısından, hem Anayasanın, hem de

¹⁸⁴³ Öğretide ifadesini bulan insan haklarının ikili karakteri gereği, temel haklar bir yandan bireysel yaşamı -tarih içinde özellikle tehdit altında olduğu görülen alanlarda- güvence altına alan statü hakları niteliği taşıırken, öte yandan yalnızca bireylerin haklarını güvence altına alma fonksiyonunu aşarak, aynı zamanda hak ve özgürlüklerin kurumsal yönünün bir gereği olarak, toplumsal açıdan önem atfedilen bazı alanlara ilişkin anayasal yaklaşımı belirleyerek kurumsal yönü özellikle öne çıkan ve birey-devlet ilişkisine indirgenemeyecek hak alanlarını güvence altına alırlar. Böylece, aslında temel haklar, kişiler açısından bakıldığında hak; toplumsal ilişkiler açısından bakıldığında ise, “kurum güvencesi” niteliği gösterir ve anayasal düzenin kurucu unsurlarını oluştururlar. Aynı yönde; SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 16. 1961 ve 1982 Anayasalarının “Ailenin korunması” başlıklı hükmünde yer alan “Aile Türk toplumunun temelidir” ifadesi temel hakların kurum güvencesi yönünün açıkça görüldüğü hükümlerden biridir ve anayasa koyucunun “çocuğun hakları” yaklaşımı yerine “çocuğun korunması” yaklaşımını yansıtmaktadır.

ilgili Sözleşme'nin öngördüğü koruma rejimi birlikte geçerli olacaktır. Bu durumda elbette hangi koruma rejimi daha lehe ise onun uygulanması hem Anayasanın 90'ıncı maddesinin, hem de çocuğun üstün yararının korunması ilkesinin gereğidir. Zira 90'ıncı madde, yasa ile insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşme normunun çelişmesi hâlinde sözleşme hükmünün esas alınacağını belirtmekle birlikte, bu düzenlemenin ancak sözleşme hükmünün daha lehe, bir başka anlatımla çocuğun haklarını genişletici olması durumunda geçerli olacağı açıktır. ÇHS de “*Bu Sözleşme’de yer alan hiçbir husus, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan ve; Bir Taraf Devletin yasasında; veya bu Devlet bakımından yürürlükte olan uluslararası hukukta yer alan hükümleri etkilemeyecektir.*” hükmüyle iç hukukta ya da ülkenin taraf olduğu başka bir uluslararası Sözleşme’de daha ileri bir koruma düzeyi kabul edilmesi durumunda, Sözleşme’de kabul edilen rejime dayanılarak, devletin sorumluluklarının daraltılamayacağını açıkça kabul etmektedir (md. 41).

Son olarak, Anayasada dayanağı bulunmayan, buna karşılık Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları sözleşmelerinde yer alan çocuk hakları için de 90'ıncı maddenin dikkate alınması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre Anayasada yer alan herhangi bir hakla ilişkilendirilemeyen bu haklar da Türkiye açısından bağlayıcıdır ve Sözleşme’nin öngördüğü koruma rejimi bu haklar için geçerli olacaktır. Bunun yanında, Anayasanın gerek 41'inci maddesindeki düzenleme, gerek 90'ıncı maddesinin birlikte yorumu, bu haklar için ilgili sözleşme’nin öngördüğü düzenlemenin yanında Anayasanın genel koruma rejiminin de geçerli olduğu sonucuna ulaştırmalıdır.

B. Çocuk Haklarının Sınırlanma Rejimi

Çocuk haklarının tanınması; çocuğun hakları ile ilgili olarak kamu otoritelerine yüklenen görev ve ödevlerin belirlenmesi, çocuğun hakları ile “demokratik bir toplumda” meşru kabul edilen kimi toplumsal zaruretlar, değer ya da menfaatlerin dengelenmesi

amacıyla düzenlemeye gidilmesini gerektirmektedir¹⁸⁴⁴. Kamu yararı, kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sebeplere dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin koruduğu alanın daraltılması amacıyla anayasa ve kanunla düzenleme yapılması da söz konusudur¹⁸⁴⁵. Temel hak ve özgürlüğün norm alanının daraltılması niteliğinde olan bu düzenlemelerin, anayasanın belirlediği sınırlama rejimine uygun olması zorunludur¹⁸⁴⁶.

Diğer yandan çoğu hak bakımından geçerli olduğu üzere, hakların birbiri ile çatışması durumunda, hakların koruduğu menfaatlerin bağdaştırılarak her birinin sınırlarının belli edilmesi gereği ortaya çıkar. Çocuk hakları bakımından da başta çocuğun korunması amacıyla ana babaya çocuk üzerinde tanınan ve velayet yetkisinden kaynaklanan haklar ile çocuğun özerkliğini desteklemeyi amaçlayan hakların

¹⁸⁴⁴ Bir temel hakka ilişkin düzenlemenin yalnızca sınırlayıcı nitelikte olmayacağı açıktır. Nitekim düzenlemek belli bir konuda genel kurallar koymak demektir. Temel bir hakkı güçlendiren ya da ona etkin bir içerik kazandıran düzenlemeler ile, genel kurallar koymak anlamında düzenleme, doğası gereği çocuğun haklarına ilişkin sınırlayıcı ve kısıtlayıcı hükümler de içerebilirler. Yasa koyucunun temel haklar alanında yapacağı her sınırlama bir düzenlemedir; buna karşılık her düzenlemeyi bir sınırlama sayma olanağı yoktur. Sınırlama belli bir hakkın anayasaca öngörülmüş ya da belirlenmiş bulunan “norm alanına” yasa yoluyla (veya yasaya dayanılarak) dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahaledir. Buna karşılık o hakkı daha güçlü duruma getiren, ona daha etkin bir içerik kazandıran ya da anayasal sınırlarını somutlaştırmaktan ibaret kalan düzenlemeler sınırlama değildir. SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 20-21. Ancak öğretilde, “negatif (olumsuz) özgürlük anlayışı”na dayanan bir görüş çerçevesinde, düzenleme-sınırlama özdeşliğini benimseyen, her düzenlemenin aynı zamanda bir sınırlama olduğu düşüncesi de sıklıkla ifade edilmektedir. Turan GÜNEŞ, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1965, s. 103; Lütfi DURAN, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXX, Sayı 3-4, 1964, ss. 466-492, s. 473; Rona AYBAY, **Amerikan, İngiliz ve Türk Hukuk Sistemlerinde Yurt Dışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü**, Nuray Matbaası, Ankara, 1975, s. 192. Her yasal düzenlemeyi özgürlüğün sınırlanması olarak gören anlayış, liberalizmin bir ürünü olan negatif (olumsuz) özgürlük düşüncesine dayanmaktadır. Bu anlayışa göre devlet ve kişi karşı karşıyadır. Kişinin devlet dışında, devletten bağımsız bir eylem alanı vardır. Kişinin bu alanda dilediğini yapması asıldır. Bu alanda devletin yapacağı her düzenleme olumsuz özgürlük anlayışının mantığı gereği, sınırlama anlamına bürünecektir. Öğretilde bu görüş eleştirilmekte; özellikle pozitif özgürlük anlayışından hareketle bir düzenlemenin niteliğinden hareketle düzenleyici ya da sınırlayıcı niteliğinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

¹⁸⁴⁵ SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 33.

¹⁸⁴⁶ Belli bir temel hakka ilişkin düzenlemenin, söz konusu hak bakımından getirileri değerlendirilerek, düzenleme ya da sınırlama niteliğinde bir işlem olduğu tespit edilebilir. Bir çocuk hakkını güçlendiren ya da ona etkin bir içerik kazandıran düzenlemelerin ya da genel kurallar koymak anlamındaki düzenlemelerin sınırlayıcı nitelik taşımayacakları açıktır. SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 20-21; Aynı yönde TUNAYA, **Anayasa Hukuku**, s. 307.

dengelenmesi gerekebilir. Bu nedenle çocuğun haklarının hem birbirleri ile hem de ana babanın hakları ile uyumunun sağlanması amacıyla düzenlemeye gidilmesi zorunludur. Dolayısıyla ana babaya çocuğun korunmasını amacıyla tanınan haklar karşısında, çocuğun yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak kendi hukukunu etkileyen kararların alınmasına katılım ve bu kararları etkileme haklarının sınırlandırılması gündeme gelebilmektedir. Böylece çocuğun korunmasını konu alan haklar ile kendi hukukuna ilişkin kararları etkileme hakkının birbiri ile sınırlı olduğu durumlardan söz etmek mümkündür.

Çocuğun haklarını sınırlandıran nedenler hukuki olabilecekleri gibi, objektif sınırlar¹⁸⁴⁷ olarak ifade edilen, belli bir hakkın niteliğinden kaynaklanan nedenler de olabilir. Öznenin çocuk olduğu durumlarda pek çok hak, çocuğun o hakkı kullanmak için gerekli kavrama, karar verme yeteneğinden yoksun olması ya da çocuğun bir hakkı bir yetişkinin gözetimi olmaksızın kullanması durumunda maddi ve manevi varlığının ve gelişiminin zarar göreceğinin kabul edilmesi nedeniyle sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle hukuk, çocuğun ana babanın velayeti altında olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla çocuğun yaşı ve gelişim seviyesinin elverdiği ölçü, çocuk bakımından pek çok hakkın nesnel sınırı niteliğindedir. Çocuğun yaşı ve gelişim seviyesi göz önünde bulundurularak ya bazı hakların çocuklar tarafından kullanılamayacağı -ki siyasal nitelikli özgürlükler böyledir- ya da bir dizi hakkı ana babasının onayı olmaksızın kullanamayacağı kabul edilmiştir.

Öznenin çocuk olduğu durumlarda yetişkinlerin hakları bakımından söz konusu olamayacak bir dizi objektif sınırlılıktan söz etmek mümkündür. Ebeveynin çocuk üzerindeki velayet ilişkisinden kaynaklanan haklar ile çocuğun korunmasını amaçlayan haklar, çocuğun özerkliğini desteklemeyi amaçlayan hakların objektif sınırları olarak

¹⁸⁴⁷ ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 103.

kabul edilmektedir. Nitekim bir dizi anayasada çocukların korunması amacıyla belli faaliyet alanlarına katılımları yasaklanmıştır. Örneğin Azerbaycan Anayasası'nın 17'nci maddesi, çocukların yaşamlarına, sağlıklarına ve ahlaklarına zarar verecek faaliyetlere dâhil edilmelerinin yasak olduğunu düzenlemiştir. Kamboçya Anayasası'nın 48'inci maddesi Devletin çocukları herhangi bir şekilde çalışmaktan koruyacağını, Honduras Anayasası'nın 124'üncü maddesi de hiçbir çocuğun sağlık ve eğitimine zarar verebilecek veya fiziksel, zihinsel, ahlaki gelişimine engel teşkil edecek herhangi bir işte çalışamayacağı düzenlenmiştir.

Çocuğun bağımsız yerleşim yeri edinme ve dolaşım özgürlüğü, ana babanın velayet yetkisi ile sınırlanmıştır. TMK, ana babaya, çocuğun ikametgâhı konusunda karar verme yetkisi tanımıştır (md. 21). Diğer yandan TMK, çocuğun ana babasının rızası dışında evi terk edemeyeceği hükmüne yer vermektedir (md. 339/son). TMK'daki bu düzenlemeler, çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı ile devlete her türlü istismara ve şiddete karşı çocuklara yönelik koruyucu önlemleri alma yükümlülüğü getiren Anayasanın 41'inci maddesinin 3 ve 4'üncü fıkralarının bir gereği olarak kabul edilmiştir. Benzer biçimde ÇHS, çocuğun bilgi ve belge edinme hakkının, ana babanın çocuk üzerindeki hakları ve çocuğun esenliğine zarar verebilecek bilgi ve belgelere karşı korunması hakkı ile sınırlı olduğunu kabul etmiştir (md. 17). Yine çocuğun belli bir süre zorunlu eğitime tabi olduğu pek çok anayasada ve ÇHS'de kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere çocuğun özellikle özerklik haklarının, çocuğun esenliğinin korunması ve çocuğun geleceğe tam donanımlı bir yetişkin olarak hazırlanması amaçlarıyla sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir.

AİHM de çocukluk döneminde kişinin ana babasının otoritesine tabi olmasını ve böylece haklarının ve özgürlüğünün sınırlanmasını, bakım ve gözetim ihtiyacından

kaynaklanan bir gereklilik olarak değerlendirmektedir. *Nielsen v. Denmark* davasında, çocukların bakımı ve yetiştirilmesinin doğal olarak ebeveynlerin çocuğun nerede ikamet etmesi gerektiğine karar verme ve ayrıca çocuğun özgürlüğüne çeşitli kısıtlamalar getirme yetkisini gerektirdiğini ifade etmiştir¹⁸⁴⁸. Mahkeme bir eğitim kurumunda çocukların seyahat özgürlükleri ve diğer özgürlüklerini kısıtlayan belirli kurallara uymak zorunda olduklarına da dikkat çekmektedir. Benzer şekilde bir çocuğun tıbbi tedavi için hastaneye yatırılmasına karar verilmesinin, ebeveynlerin çocukları üzerinde sahip oldukları ebeveyn haklarının bir gereği olduğunu kabul etmiştir.

AİHM'nin başka haklar bağlamında da, açıkça değinmemekle birlikte hakların doğal sınırlarının bulunduğunu kabul ettiği değerlendirilebilecek kararlarından söz edilebilir. Nitekim Mahkeme, Ek Protokol'un 2'nci maddesinde yer alan eğitimin ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını isteme haklarına saygı gösterilmesine ilişkin hükmün, devlete eğitimi objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda sunma yükümlülüğü getirdiğini, ebeveynlerin belli tür konuların eğitim ve öğretiminin okul müfredatına dâhil edilmesine itiraz etme haklarını tanımadığını, aksi takdirde kurumsallaştırılmış öğretimin uygulanamaz hale gelebileceğini ifade etmiştir¹⁸⁴⁹. Dolayısıyla AİHM'ye göre eğitim hakkının ana babanın inanç ve kanaatlerine aykırı eğitime zorlamama biçiminde negatif boyutunun sınırı, kurumsal bir kamu hizmeti olan eğitimin sunulması ve müfredatın belirlenmesi konusunda devletin sahip olduğu takdir yetkisidir. Aksinin kabulü, eğitim hizmetlerinin sunulamaması anlamına gelecektir.

Görüldüğü üzere, çocuğun haklarının nesnel sınırları konusunda AİHM'nin yaklaşımı, çocuğun eğitim ve gözetim ihtiyacının bir gereği olarak, haklarının ana babanın çocuk üzerindeki yetkileri ile sınırlı olduğudur. Çocuğun haklarının, ana babanın

¹⁸⁴⁸ *Nielsen v. Denmark*, (Appl. No: 10929/84), parag. 61.

¹⁸⁴⁹ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, (Appl. No: 5095/71; 5920/72; 5926/72), 7.12.1976, parag. 53.

çocuk üzerindeki haklarına ve çocuğun esenliğine zarar verecek nedenlere dayanılarak sınırlandırılması, hakkın öznesinin bir yetişkin olması durumunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından söz konusu olamayacak iki nedendir. Çocuğun özellikle gelişimini ve özerkliğini desteklemeyi amaçlayan hakların, çocuğun korunmasını amaçlayan hakları ve ana babanın velayetten kaynaklanan hakları ile sınırlandırılmasının kabul edilmesi, çalışmanın ilk bölümünde ayrıntılı olarak incelenen çocuğun hukuksal statüsüne ilişkin kabullerin bir yansımasıdır. Ancak herkes gibi bir kişi olan çocuğun kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olması (AY md. 12) ve maddi ve manevi varlığına ilişkin hakları (AY md. 17), çocuk üzerindeki gözetim yetkisinin, “*çocuğun gelişen yetkinliği ile uyumlu olacak biçimde*” (*in a manner consistent with the evolving capacities of the child*) kullanılmasını gerektirmekte ve çocuğun özerkliğini desteklemeyi amaçlayan hakları tümünden etkisiz kılacak biçimde kullanılmasını yasaklamaktadır. Anayasa Mahkemesi de, *Hayriye Özdemir* başvurusu dolayısıyla, kişinin kendine ilişkin kararlar alabilme hakkını tanımlamıştır. Anayasa’nın 17’nci maddesinin birinci fıkrasında herkesin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının, AİHS’nin 8’inci maddesi çerçevesinde “*özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkı*”na karşılık geldiğini ifade etmiştir¹⁸⁵⁰.

Çocuk haklarının, anayasada sınırlama nedeni öngörülme dahi, hakkın niteliğinden kaynaklanan hakkın konusunun objektif sınırları ve ana babanın hakları ile sınırlı olduklarının kabulü, özellikle günümüzde geçerli olan çocuğun korunması gereken bir varlık olarak kabul edilmesi ve çocuğu korumayı ve gelişiminin mümkün olduğunca en üst seviyede gerçekleşmesini amaçlayan haklara öncelik verilmesi yaklaşımı ile

¹⁸⁵⁰ *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 41.

uyumludur. Ancak bu yaklaşımın, ulusalüstü hukukta ve pek çok demokratik ülkede geçerli olan çocuğun herkes gibi bir kişi olarak kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak katılma ve görüşlerine önem verilmesi hakkını kabul eden yeni hukuki yaklaşım ile dengelenmesi, “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne uyan bir sınırlama rejimi için gereklidir.

Düşünce, kanaat ve inanç özgürlükleri, teorik olarak çocukların yararlanmasında ihtilaf bulunmayan ancak geleneksel olarak çocuklar bakımından sınırlı olduğu kabul edilen haklardandır. ÇHS 14’üncü maddesinde, bu özgürlüklerden çocukların yararlanabileceğini açıkça kabul etmekle birlikte hükmün ikinci fıkrasında, “*ana-babanın ve gerekiyorsa yasal vasilerin; çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde (düşünce, kanaat ve inanç özgürlüğü) haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevleri*”nin bulunduğu vurgulanmıştır. Diğer yandan Sözleşme, çocuğun bu hakları kullanabileceği asgari bir yaş sınırı öngörmeyerek, çocukların hangi yaştan itibaren bu hakları kullanabilecekleri konusunda “*çocuğun gelişen yetkinliği ile uygun olma*” (*consistent with the evolving capacities of the child*) ölçütünü öngörmüştür. Böylece Sözleşme ana babanın “çocuğa yol gösterme” konusundaki hakları ile ödevlerinin sınırlarının, “çocuğun gelişen yetkinliğine” göre belirleneceğini kabul etmiştir. Sözleşme (md. 14-2), çocuğun haklarına ilişkin genel ilkeler arasında yer verdiği (md. 5), “*çocuğun gelişen yetkinliği ile uyumlu olarak*” (*in a manner consistent with the evolving capacities of the child*) ilkesini, düşünce, kanaat ve inanç özgürlüğü bakımından yeniden vurgulayarak, ana babanın çocuğu yönlendirme yetkilerinin çocuğun gelişen yetkinliği ölçüsünde azalmasını öngörmektedir. Böylece Sözleşme taraf devletlere, ebeveynin ya da yasal temsilcilerin çocuğa yol gösterme yetkilerinin, çocuğun gelişen yetkinliği ile orantılı olarak gerilemesini sağlamakla yükümlü tutmuştur. Devletlerin bu yöndeki sorumluluğu, çocuğa yol gösterme yetkisinin ilk olarak çocuğun yetkinliği göz önünde bulundurularak kullanılmasını sağlamak; ikinci olarak çocuğun yönlendirilmesi

yetkisinin çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlükleri yok edecek bir noktaya varmasını önlemektir. Dolayısıyla Sözleşme'nin tarafı olmakla devletler, çocukların düşünce ve kanaat açıklamaları karşısında, ana babaların, çocuğu ilgilendiren konularda sınırsız bir yetkiye sahip olmadıklarını kabul etmekle yükümlü olmaktadır. Sonuç olarak çocuğun henüz tam yetkinlik kazanamadığı gerekçesi ile haklarının sınırlı olduğu kabul edilirken, bu sınırlamanın Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan güvencelere uygun yorumlanması gereklidir.

Bu çalışmanın ilgili yerlerinde belirtildiği üzere çocuğun menfaatleri Anayasada güvence altına alınan farklı temel hak ve özgürlükler çerçevesinde korunmaktadır. Nitekim çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki bazı hukuksal çıkarları Anayasa'nın 17'inci maddesinin ilk fıkrasında güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın bu hükmünde maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından herhangi bir sınırlama hükmü yer almamaktadır. Anayasa'nın ilgili hükmünde sınırlandırılmalarına ilişkin bir nedene yer verilmeyen ya da bir dizi nedene işaret edilmekle birlikte Anayasada yer almayan hakların, sınırlandırılabilip sınırlandırılmayacağı konusu öğretilerde tartışmalıdır. Gözler'e göre 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesinin yeni şekline göre birçok hürriyet "sınırsız" hâle gelmiştir¹⁸⁵¹. Öğretilerde bir grup yazar, soyut ve içeriği belirsiz bir temel hak ve özgürlüğün olmadığı, temel hak ve özgürlüklerin, yasal düzenleme ya da sınırlama olmasa da sınırsız bir kullanım olanağı sağlamayacağı ve nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanıma izin verdiklerini ifade etmektedir. Her bir hak ve özgürlük Anayasa'da belirtilmiş olmasa dahi o özgürlüğün

¹⁸⁵¹ "Çağdaş demokratik devlet düzenlerinde her hürriyet, kamu düzeni, kamu yaran, genel sağlık veya bir başka hürriyetle çatıştığı ölçüde sınırlandırılabilir. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği bu anlayıştan uzaklaşmıştır." Kemal GÖZLER, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/4, ss. 53-67, s. 64.

niteliğinden doğan, başka bir deyişle eşyanın doğasından kaynaklanan nesnel sınırlar ile kayıtlıdır¹⁸⁵². Sağlam, 1961 Anayasası bakımından benzer niteliğe sahip temel haklara dair yorumunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak hiç bir sınırlama hükmüne yer verilmemiş olmasının, tesadüfi bir olgu ya da rastgele alınmış bir karar olmadığını, bunlarda yasa kaydına yer verilmemesinin, bu hakların niteliği açısından anlamlı ve farklılaşmış-kademeli sınırlama sisteminin bir uzantısı olarak sisteme uygun olduğunu değerlendirmekte ve yasa kayıtsız hakların büsbütün sınırsız olduğu anlamı çıkarılmayacağını, bu hakların ancak kendi norm alanlarıyla sınırlı olduklarını veya başka Anayasa normlarıyla çatışmaları halinde yapılacak pratik uyum sonucu belli ölçüde bir sınırlamaya uğrayabileceklerini ifade etmektedir¹⁸⁵³.

Anayasa Mahkemesi, 5543 sayılı İskân Kanunda “milli güvenlik nedeniyle” iskân edilecek ailelere ilişkin düzenlemesini ele aldığı kararında, Anayasa’nın yerleşme özgürlüğüne ilişkin 23’üncü maddesinde yerleşme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda nitelikli yasa kaydıyla sınırlamayı benimsemiştir. Kararda Mahkeme, Anayasa’nın sınırlamanın hangi neden, amaç ya da koşullarla yapılması gerektiğini tek tek saymış olduğunu vurgulayarak hakkı Anayasa’da sayılanlar dışında kalan “milli güvenlik” nedenine dayanılarak sınırlandırılmasının yerleşme özgürlüğü alanına yapılacak açık bir

¹⁸⁵² Genel olarak bkz: ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 113; SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s.106 vd.; aynı yönde; Sibel İNCEOĞLU, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3: ss. 23-53, s. 24; Fazıl SAĞLAM, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, **Bahri SAVCI’ya Armağan**, Ankara 1988, s.439; SAĞLAM, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, s. 259; ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 56- 57; Ozan ERGÜL, (Bildiriler) “Temel Hak ve Özgürlükler - Hukuk Devleti- Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, içinde: **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, (10 - 14 Ocak 2012) I. Cilt, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2012-hukuk-kurultayi-1-cilt.pdf> (erişim tarihi: 2.9.2020), s. 190-200; Bertil Emrah ODER, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, içinde: **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2012, ss. 121-214; s.143 vd; ESEN, **Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü**, s. 159.

¹⁸⁵³ SAĞLAM, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, s. 106 vd.

müdahale niteliğinde olduğunu kabul etmiştir¹⁸⁵⁴. Ergül, Anayasa'nın hak ve özgürlüklerin “*yalnızca ilgili maddelerdeki sebeplere dayanılarak*” sınırlanabileceğini öngören hükmünün ‘çok az şey’ söylediğini vurgulamış¹⁸⁵⁵, Kanadoğlu da sınırlama kaydı içermeyen temel hakların bu konumunun ilke olarak geçerliliğe sahip olduğunu belirtmiş¹⁸⁵⁶, bununla birlikte, Alman hukuku başta pek çok anayasal sistemde ve AIHM içtihatlarında sınırlama veya yasa kaydı içermeyen temel hakların sınırsız olmadığı konusunda bir görüş birliği bulunduğu işaret etmiştir¹⁸⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi, bu yargısal tutumunu istikrarlı bir şekilde sürdürmemiştir. Norm denetimi kararlarında bu içtihadını terk ettiğinin değerlendirilmesine olanak veren kararlarından söz etmek mümkün olduğu gibi, bireysel başvurulara ilişkin kararlarında da hakka ilişkin hükümde herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olması durumunda, ilgili hakkın özellikle Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçütlere ve Anayasanın diğer maddelerinde başka haklara ilişkin sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Örneğin Mahkeme, 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un doktorlar için mecburi hizmet yükümlülüğü öngören hükmünün iptali istemine ilişkin kararında, Anayasa'nın 48'inci maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti için her ne kadar anılan maddede herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de Anayasa'nın 18'inci maddesinde yer

¹⁸⁵⁴ AYM, E: 2006/142, K: 2008/148, k.t. 24.9.2008.

¹⁸⁵⁵ ERGÜL, “Temel Hak ve Özgürlükler - Hukuk Devleti- Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, s. 190-200.

¹⁸⁵⁶ Korkut O. KANADOĞLU, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta, İstanbul, 2000, s. 29.

¹⁸⁵⁷ KANADOĞLU, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, s. 132.

alan ve ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı yolundaki hükmün, çalışma ve sözleşme hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektirdiğini ifade ederek Anayasada sınırlanmasına ilişkin hüküm bulunmayan hakların, anayasada yer alan diğer hüküm ya da ilkelerle sınırlanabileceğini kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular üzerine gündeme gelen daha yakın tarihli kararlarında da aynı içtihadi tutumu sürdürmüştür. Mahkeme, Anayasa'nın gerek Anayasanın 17'nci maddesinde düzenlenen ve hiçbir sınırlama nedeni öngörülmeleyen haklar, gerek 20'nci maddesinde düzenlenen hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğunu ifade etmiştir¹⁸⁵⁸. Mahkeme bu sınırlara ilişkin olarak, Anayasanın 13'üncü maddesini işaret etmektedir. Anayasanın bütünselliği ilkesine değinen Mahkeme, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan 13'üncü maddenin Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önüne alınarak sınırlanabileceğini gösterdiğini kabul etmiştir¹⁸⁵⁹. Mahkeme, Anayasanın 13'üncü maddesinin hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olduğunu, Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilceğini düzenlediğini, 13'üncü maddede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasada sınırlama ölçütüne açıkça yer

¹⁸⁵⁸ *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 76.

¹⁸⁵⁹ *Sevim Akat Ekşi*, (B. No: 2013/2187), 19.12.2013, parag. 35; *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 51; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 78.

verilmeyen hakların kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁸⁶⁰.

C. Sınırlamanın Sınırları

Çocuğun haklarının, kavrama ve karar verme yeteneğinin henüz gelişmemiş olması nedeniyle, nesnel olarak sınırlı kabul edilmesi yanında, “demokratik bir toplumda” meşru kabul edilen kimi toplumsal zorunluluklar ile değer ya da menfaatlerin dengelenmesi amacıyla kanunla sınırlanması gündeme gelebilmektedir. Sınırlanabileceği kabul edilen çocuk haklarının, ana babanın çocuk üzerindeki haklarından kaynaklanan sınırlar ile hakkın niteliğinden kaynaklanan objektif sınırları dışında, Anayasa’da sayılan nedenlere bağlı olarak sınırlandırılmaları mümkündür.

AİHM, devletin gerek negatif gerekse pozitif yükümlülükleri bağlamında olsun bireyin ve ilgili üçüncü kişiler de dâhil olmak üzere toplumun yarışan menfaatleri ile devletin takdir yetkisi arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁸⁶¹. AİHM; çocuğun hakları düzenlenirken ya da bu haklara müdahale edilirken, ulusal makamların çocuğun, toplumun¹⁸⁶² ve ebeveynin¹⁸⁶³ menfaatleri arasında adil bir denge kurması gerektiğini; ancak bu dengelemede, mahiyet ve ciddiyetine bağlı olarak çocuğun menfaatinin ebeveynin menfaatine göre daha fazla önem taşıyabileceğini kabul etmektedir¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁶⁰ *Sevim Akat Eşki*, (B. No: 2013/2187), parag. 35; *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 53; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 78.

¹⁸⁶¹ *Glaser v. the United Kingdom*, (Appl. No: 32346/96), parag. 63.

¹⁸⁶² *Gaskin v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10454/83), parag. 44.

¹⁸⁶³ *Hokkanen v. Finland*, (Appl. No: 19823/92), parag. 57.

¹⁸⁶⁴ *Şahin v. Germany*, (Appl. No: 30943/96), parag. 66; *Plaza v. Poland*, (Appl. No: 18830/07), parag. 71. Aynı yönde Anayasa Mahkemesinin kararı için bkz: *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 47.

Anayasal bir rejimde, temel hak ve özgürlüklerin anayasada gösterilen usul, ölçüt ve nedenlere dayanılarak sınırlanabileceği kabul edilmektedir.

1982 Anayasası, sınırlama ölçütlerini 13'üncü maddede düzenlemiştir. 1982 Anayasası'nın ilk düzenleme biçiminde bir temel hak ve özgürlüğün hangi nedenlere dayanılarak sınırlanabileceği 13'üncü maddede sayılmıştı. Ancak hak ve özgürlüklerin ayrıca o hak ve özgürlüğe ilişkin anayasa maddesinde öngörülen “özel sebeplerle” sınırlanabileceği de kabul edilmekteydi¹⁸⁶⁵. Böylece “katmerli¹⁸⁶⁶” bir sınırlama sistemine olanak veren bu hükümde, temel hak ve özgürlüklerin “anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak”, “kanunla”, “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak” sınırlanabileceği, ancak sınırlamanın “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ile “öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacakları” düzenlenmişti. Temel hak ve özgürlükler için genel sınırlama hükmü olan bu madde 2001 yılında değiştirildi. Bu değişiklik çerçevesinde, kanunla sınırlama, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk, demokratik toplum düzeninin gerekleri, hakkın özü, ölçülülük ilkesi ve laik cumhuriyetin gerekleri ölçütleri, temel hakların sınırlamasında aşamayacak güvenceler olarak kabul edildi. Bunun yanında temel haklar, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanma güvencesini öngörmüştür (AY. md. 13). Her hak ve özgürlüğün niteliğine uygun kademeli sınırlama sistemi benimseyen bu düzenlemenin, genel sınırlama sebeplerine yer vermeyen AİHS sistemine daha uygun ve temel hak ve özgürlükler açısından daha etkili bir korumayı öngördüğü kabul edilmektedir¹⁸⁶⁷. Maddede “kanunla sınırlama”, “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk” ile “demokratik

¹⁸⁶⁵ Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU, “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar Ve Anayasalarımız”, Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Mahmut Tevfik Bırsel Armağanı**, DEÜ, İzmir, 2001, ss. 461-494, s. 486 vd.

¹⁸⁶⁶ Bülent TANÖR, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul, 1990, s.333-334; SAĞLAM, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, ss. 233-266.

¹⁸⁶⁷ Levent GÖNENÇ, “The 2001 Amendments to the 1982 Constitution of Turkey”, **Ankara Law Review**, Vol: 1, No: 1 (Summer: 2004). ss. 89-109, s. 99; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 114.

toplum düzeninin gerekleri” ölçütleri korunurken, bunlara ek olarak “hakkın özü”, “ölçülülük ilkesi” ve “laik cumhuriyetin gerekleri” ölçütleri genel güvence kriterleri olarak düzenlenmiştir.

1. Müdahalenin Varlığı

Gerek AİHM, gerek Anayasa Mahkemesi, önüne getirilen bir davanın esastan incelemesinde öncelikle bu hakka yönelik bir müdahale olup olmadığını tespit etmektedir. Bu tespit yapılırken şikâyet konusu yapılan eylem ya da işlemin Anayasada yahut Sözleşme’de düzenlenen hakların konusuna ilişkin olup olmadığı değerlendirilmektedir. Kuşkusuz bu yargısal eylem, hakkın anayasa ile korunan konusunun belirlenmesi anlamına gelmektedir. Diğer yandan hakkın konusu kavramı dinamik bir kavramdır. Örneğin yakın zamana kadar ana babanın çocuk üzerindeki haklarının, aile yaşamına saygı hakkının kapsamında yer alan ana babanın devletin müdahalesi olmaksızın çocuklarını kendi inanç ve kanaatlerine göre yetiştirme hakkından kaynaklandığı dolayısıyla aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde korunması gerektiği kabul edilmekteyken¹⁸⁶⁸, günümüzde çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, mal varlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki bir temel oluşturmak üzere ana babaya tanınan hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak kabul edilmekte ve bu hakkın çocuğun menfaatleri ile sınırlı bir hak olduğu değerlendirilmektedir¹⁸⁶⁹. Bu yeni yaklaşımda çocuklar üzerindeki velayet yetkisinin çocukların ana baba otoritesine tabi statülerinden kaynaklanmadığı, aksine gelişmekte olan bir birey olması nedeniyle maddi ve manevi varlığını koruma konusunda rehberlik ve yönlendirilme gereksinimlerinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu hak ana baba bakımından aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde korunmakta iken 1982

¹⁸⁶⁸ *Nielsen v. Denmark*, (Appl. No: 10929/84), parag. 61.

¹⁸⁶⁹ *Gülbu Özgüler Başvurusu*, (B. No: 2013/7979), parag. 35; *Nurcan Yolcu Başvurusu*, (B. No: 2013/9880), parag. 28.

Anayasası çerçevesinde çocuğun ilgili menfaatinin konusuna göre Anayasa'nın 17/1'inci maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 20'nci maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkı ile bu hakların pozitif boyutlarını da kapsayan 41'inci maddede düzenlenen hakların konusu kapsamında ele alınacaktır. Bu kabulün sonucu, çocuğun haklarının, ana babanın iradesine tabi haklar olarak kabul edilemeyeceği, velayetten kaynaklanan yetkilerin ancak çocuğun menfaatlerinin gereklerine uygun olarak kullanılması gereken yetkiler olduklarıdır.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi çocuk ile ana baba arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin başvurularda, ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama isteklerinin aile hayatının vazgeçilmez bir unsuru olduğunu tespit ederek velayeti kendisine bırakılmayan ebeveyn ile kişisel ilişki kurulması ya da kurulmaması yönünde kararın başvurucunun aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğunu ifade etmiş ve bu hakkın çocuğun menfaatinin gerekleri ile sınırlı olduğunu kabul etmiştir¹⁸⁷⁰.

2. Kanunla Sınırlama

Gerek AİHM, gerekse Anayasa Mahkemesi, Sözleşmede ya da Anayasa'da güvence altına alınan bir hakka yönelik bir müdahale tespit ettikten sonra bu müdahalenin hukuki olup olmadığını değerlendirmektedir. Kanuni dayanağı olmayan bir müdahale doğrudan hakkın ihlali anlamına gelecektir¹⁸⁷¹. AİHM, ihlal iddialarını karara bağlarken yasallık testini geçemeyen müdahaleler bakımından daha fazla inceleme yapmaksızın

¹⁸⁷⁰ *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 26; *N. Ö. Başvurusu*, (B. No: 2014/19725), parag. 29; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 75; *Nurettin Özaltın Başvurusu*, (B. No: 2013/197259), 19.11.2015, parag. 40. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Hoppe v. Germany*, (Appl. No: 28422/95), 5.12.2002, parag. 44; *Johansen v. Norway*, (Appl. No: 17383/90), parag. 52; *Elsholz v. Germany*, (Appl. No: 25735/94), parag. 43.

¹⁸⁷¹ *Bykov v. Russia*, (Appl. No: 4378/02), 10.3.2009, parag. 76-78.

diğer bir ifade ile “meşru amaç” ile “demokratik bir toplumda gerekli olma” testlerini uygulamaksızın müdahalenin söz konusu hakkı ihlal ettiğine karar vermektedir¹⁸⁷².

AİHM “kanun” terimi şekli anlamda değil maddi anlamda kanun olarak anlamaktadır. Bu nedenle, sadece kanun değil kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, yargı içtihatlarını da belli şartları sağlaması koşuluyla “kanun” olarak kabul etmektedir.

Mahkemeye göre, “kanun uyarınca¹⁸⁷³” koşulunun karşılanabilmesi için kanuni bir dayanağın varlığı tek başına yeterli değildir. Mahkeme, bir düzenleme ya da kuralın kanunilik şartını karşılayabilmesi için söz konusu düzenlemenin “niteliğini” dikkate almaktadır. Kanunilik şartının karşılanabilmesi için Sözleşmede düzenlenen haklara müdahalede bulunurken dayanan ulusal yasanın öngörülebilir, erişilebilir olması ve hukukun keyfi kullanımına karşı güvence içermesi gerekmektedir¹⁸⁷⁴. Bu yorumuyla AİHM, birlik içinde farklı hukuk sistemlerinde kabul edilen kanunilik anlayışını tümüyle reddetmemekte ve belli şartları karşılayan düzenlemeleri de kanuni dayanak şartı için yeterli görmektedir¹⁸⁷⁵. Böylece Mahkeme, “kanun” terimin hem tüzüklerden daha alt derecedeki yasal düzenlemeleri içine alan “yazılı hukuku” hem de yazılı olmayan hukuku ve parlamento tarafından kendilerine bağımsız yasa koyma yetkileri verilmiş idari makamlar tarafından yapılan düzenleyici işlemleri kapsadığını kabul etmektedir¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷² *M. M. v. the Netherlands*, (Appl. No: 39339/98), 08.04.2003, parag. 45, 46.

¹⁸⁷³ AİHS’nin orijinal metninde “in accordance with law” ibaresi resmi tercümesinde “kanun uyarınca” olarak çevrilmiştir.

¹⁸⁷⁴ *Silver and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75), 25.03.1983, parag. 90; *Malone v. the United Kingdom*, (Appl. No: 8691/79), 02.08.1984, parag. 67; *RTBF v. Belgium*, (Appl. No: 50084/06), 15/09/2011, parag. 105.

¹⁸⁷⁵ Mahkeme’nin bu yaklaşımı, Sözleşme’nin orijinal metninde yer alan “kanunen öngörülmenin” karşılığı olan “prescribed by law/prevue par la loi” düzenlemesine yüklediği anlam, Türkçe’deki “kanun” kavramını aşan “hukuk” terimiyle uyumludur.

¹⁸⁷⁶ *Leyla Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 44774/98), parag. 77.

Mahkeme'nin, Sözleşmenin 8-12'nci maddelerinde hakların sınırlandırılması aracını belirlemek için kullanılan “hukuken/kanunen öngörülme” veya “hukuka/kanuna uygun (in accordance with law) sınırlandırma” terimlerine ilişkin içtihadı, ilk olarak Sunday Times kararında oluşturulmuştur. Buna göre, bir hukuksal düzenlemenin iç hukuktaki nitelendirilmesi tek başına kanun ile sınırlandırma hükmüne uyulduğunu göstermez. Bir iç hukuk düzenlemesinin Sözleşme ile uyumlu sayılabilmesi için düzenlemenin ilgili kişilerce ulaşılabilir nitelikte olması yanında kişinin davranışını kurala göre ayarlamasını olanaklı kılacak derecede açık olması gerekir¹⁸⁷⁷. Bu şartlara uyan iç hukuk düzenlemeleri, yazılı olsun veya olmasın, “hukukilik/kanunilik” şartını yerine getirmiş sayılırlar. Bu anlamda hem idarelerin düzenleyici işlemleri, hem de yargıçların yarattığı hukuk (judge-made law) hukuk kavramı içerisinde değerlendirilir¹⁸⁷⁸.

Ancak Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisi, idarenin kanunlar çerçevesinde kalarak kanunun sınırlarını aşmamak ve kanuna aykırı olmamak kaydıyla “genel ve soyut” kurallar koymasına anlamına gelmektedir¹⁸⁷⁹. Bu yetkinin hangi idari birimler tarafından kullanılabileceği, kanunla açıkça gösterilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, kanunilik anlayışının gereği olarak, sınırlamanın yasama organının kanun adı altındaki işlemi ile yapılıp yapılmadığını denetlemekle yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesi AİHM'ye koşut bir biçimde, genel olarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik unsurunun önemini vurgulamaktadır. Hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin mutlaka yasal bir dayanağının olması

¹⁸⁷⁷ *Sunday Times v. the United Kingdom*, (Appl. No: 6538/74), 26.4.1979, parag. 49.

¹⁸⁷⁸ *Barthold v. Germany*, (Appl. No: 8734/79), 25.3.1985, parag. 46. Bununla birlikte Mahkeme'nin yakın tarihte verdiği kararlar, idareye düzenleyici işlem yapmak üzere sınırsız takdir yetkisi verilemeyeceği yönündedir. Örneğin bkz. *Rotaru v. Romania*, (Appl. No: 28341/95), 4.5.2000, parag. 52; *Hasan ve Chaush v. Bulgaria*, (Appl. No: 30985/96), 26.10.2000, parag. 84.

¹⁸⁷⁹ Kerem ALTIPARMAK-Onur KARAHANOGULLARI, “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, 1.3, 2004, ss. 249-276, s. 254.

gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurularda öncelikle bu hususu tespit etmektedir¹⁸⁸⁰.

a. Erişilebilirlik

AİHM uyarınca hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin yasal dayanağının erişilebilirliği, bireylerin, belirli bir duruma uygulanabilir olan kanuna vakıf olmalarını sağlayan önlemler alınmasını gerektirir. *Leyla Şahin v. Turkey* kararında Mahkeme, müdahaleye temel teşkil eden Anayasa Mahkemesi içtihadının Resmi Gazetede ilan edilmesini, erişilebilirlik şartının sağlanması hususunda göz önünde bulundurmuştur¹⁸⁸¹. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında, müdahalenin dayanağı olan kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olmasını aramıştır¹⁸⁸².

b. Öngörülebilirlik-Belirlilik

AİHM, yasanın öngörülebilir nitelikte olmasını aramakta, öngörülebilirliğin ise, kanunun muhatabı kişilerin davranışlarını yönlendirmelerine imkân verecek ölçüde kesinlik taşıması anlamına geldiğini ifade etmektedir. Ancak Mahkeme, sınırları kesin olarak belirlenmiş kanunlar ihdas etmenin güç olabileceğini ve katı kurallar oluşturmaının uygun olmayabileceğini kabul eder¹⁸⁸³.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir müdahalenin, kanunilik şartını karşılayabilmesi için temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmektedir. Kanunla sınırlama ölçütü aynı zamanda belirlilik ve erişilebilirliği ifade etmektedir.

¹⁸⁸⁰ *Hayriye Özdemir*, (B. No: 2013/3434), parag. 54.

¹⁸⁸¹ *Leyla Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 44774/98), parag. 93.

¹⁸⁸² *Ali Karatay Başvurusu*, (B. No: 2012/990), 10.12.2014, parag. 48; *İbrahim Bilmez Başvurusu*, (B. No: 2013/434), 26.2.2015, parag. 56.

¹⁸⁸³ *Leyla Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 44774/98), parag. 96; *Malone v. the United Kingdom*, (Appl. No: 8691/79), parag. 67-68.

Düzenlemenin; içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli olması ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması, hak ve özgürlüklere Anayasa çerçevesinde meşru kabul edilebilecek bir müdahalenin ön koşuludur¹⁸⁸⁴.

Çocuk hakları bakımından müdahalenin kanuniliği ilkesi konusunda itirazlar en çok, çocuğun ana babadan alınarak devlet bakımına ya da devlet gözetiminde bir koruyucu aile yanına yerleştirilmesi kararları çerçevesinde gündeme gelmektedir. Devletler geleneksel olarak çocukları bakım altına almaya ilişkin belirli kanunlar ihdas etmişlerdir. Dolayısıyla uygun hukuki zeminin olmadığı yönünde yargı makamlarının önüne bir şikâyet getirilmesine ender rastlanırken mevcut kanun hükümlerinin açıklıktan ve kesinlikten yoksun olduğu yönünde itirazlar getirilmektedir. AIHM'e daha çok, çocukların ailelerinin yanından alınması veya devlet himayesi altındaki çocukların ana babaları ile kişisel ilişki kurmaları için sosyal hizmet makamlarına verilen yetkinin sınırlarının kanun tarafından belirlenmemesi ya da kanunda yer verilen nedenlerin muğlâk olduğu nedenlerine dayanılarak başvuru yapılmaktadır. Örneğin, *Eriksson v. Sweden* davasında, koruyucu aile yanına yerleştirilen kızı hakkındaki koruma kararının kaldırılması talebinin reddedilmesi kararında dayandırılan nedenlerin kanun tarafından açıkça öngörülmediği ve idari makamların yetkilerinin aşırı geniş olması nedeniyle müdahalenin kanuna dayanması şartının karşılanmadığı yönündeki başvuru üzerine Mahkeme, kanunun bir takdir yetkisi verdiği durumlarda, bu yetkinin kapsamının ve usulünün yeterli açıklıkla belirli olması gerektiğini kabul etmiştir¹⁸⁸⁵. *Olsson v. Sweden* davasında iç hukukun, “bakım eksikliği” ve “evdeki diğer başka koşullar” gibi belirsiz ve idareye geniş takdir yetkisi veren sebeplere dayanılarak çocukların devlet himayesine alınmasına izin veriyor olması nedeniyle itiraz edilmiştir. Mahkeme bir normun,

¹⁸⁸⁴ Hayriye Özdemir, (B. No: 2013/3434), parag. 56.

¹⁸⁸⁵ *Eriksson v. Sweden*, (Appl. No: 11373/85), parag. 59.

vatandaşın belirli bir eyleminin doğurabileceği sonuçları öngörebilmesine olanak verecek ölçüde açıklıkla formüle edilmediği sürece bir “kanun” olarak kabul edilemeyeceğini¹⁸⁸⁶, düzenlemenin kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı koruma sağlamak amacıyla hukukun üstünlüğü ilkesi ile de uyumlu olması gerektiğini¹⁸⁸⁷ ifade etmekle birlikte, takdir yetkisinin kapsamı ve uygulama şeklinin yeterli açıklıkla belirtilmesi ve bireye idarenin keyfi müdahalelerine karşı yeterli koruma sağlaması şartıyla söz konusu tedbirin meşru amacı da göz önünde bulundurularak, tek başına öngörülebilirlik şartını ihlal etmediğini kabul etmektedir¹⁸⁸⁸. Mahkeme, bir çocuğun devlet koruması altına alınması koşullarının çeşitliliği karşısında her olasılığa karşı bir yasa formüle etmenin imkânsız olduğunu vurgulamıştır. Çocuğun fiilen zarara uğrama riskinin çok yüksek olduğu durumlarda, yetkili makamların hareket etme yetkilerini orantısız sınırlamanın, çocuğun ihtiyaç duyduğu korumanın etkinliğini haksız yere azaltabileceğine işaret ederek söz konusu yasalar tarafından yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamını, 8’inci maddenin amaçları için makul ve kabul edilebilir bulmuştur¹⁸⁸⁹. *T.P ve K.M. v. the United Kingdom* davasında Mahkeme, kamu otoritelerinin müdahalesinden önceki dönemde, çocuğun içinde bulunduğu zarar riski seviyesini de idareye verilen takdir yetkisinin kanunilik şartını ortadan kaldırıp kaldırmadığını değerlendirirken göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme; yetkili makamların müdahale yetkisi gerçek ve somut zarar durumlarıyla sınırlandırılmış olsaydı, çocuğun korunması haklarının haksız yere etkisiz kalabileceği ihtimalini göz önüne alarak takdir yetkisinin genişliğini çocuğun korunması için gerekli görmüştür¹⁸⁹⁰. Çocuğun sağlığının veya gelişiminin tehlikeye girdiği veya tehlikede

¹⁸⁸⁶ Aynı yönde bkz: *Sunday Times v. United Kingdom*, (Appl. No: 6538/74), parag. 49.

¹⁸⁸⁷ Aynı yönde bkz: *Malone v. the United Kingdom*, (Appl. No: 8691/79), parag. 67.

¹⁸⁸⁸ *Eriksson v. Sweden*, (Appl. No: 11373/85), parag. 59; *Olsson v. Sweden*, (Appl. No: 10465/83), parag. 62.

¹⁸⁸⁹ *Olsson v. Sweden*, (Appl. No: 10465/83), parag. 62.

¹⁸⁹⁰ *T.P. and K.M. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 28945/95), parag. 66-67; *Eriksson v. Sweden*, (Appl. No: 11373/85), parag. 60; *Olsson v. Sweden*, (No. 1), (Appl. No: 10465/83), parag. 61.

olduğu durumlarda, gerçek zararın ispatı şartı aranmaksızın, müdahale edilmesine olanak veren Mahkeme'nin bu yaklaşımı, yetkililerin harekete geçme hakkının fiili zararın zaten meydana geldiği davalarla sınırlı kabul edilmesinin çocuğun ihtiyaç duyduğu korumanın etkinliğinin haksız yere azalmasına neden olabileceğinden, çocuğun menfaatlerinin öncelikle gözetilmesi ilkesi ile uyumludur.

AIHM gibi Anayasa Mahkemesi de bir sınırlamanın kanuni dayanağa sahip olduğunun kabul edilebilmesi için ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerektiğini vurgulamıştır¹⁸⁹¹. Böylece temel hak ve özgürlükleri sınırlarken dayanan kanunun etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olmasını aramaktadır. Mahkemeye göre kanuni düzenlemenin, hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağını ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağını belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya koyması durumunda, bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaklı hâle gelir¹⁸⁹². Ancak kanunun açıklığı, öngörülebilirliği için arzu edilir bir durum olmakla birlikte; hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi ihtiyacının, kanunun yorumlanmasına ve uygulanmasına olanak verecek usuller içermesini gerektirebileceğini¹⁸⁹³ de kabul eden Mahkeme, idareye

¹⁸⁹¹ *Y.F. v. Turkey*, (Appl. No: 24209/94), 22.10.2003, parag. 42-44; *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 56; *Halime Sare Aysal Başvurusu*, (B. No: 2013/1789), 11.11.2015, parag. 63. Benzer yöndeki AIHM kararları için bkz. *Silver and Others v. the United Kingdom*, (Appl. No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75), parag. 86-88; *Malone v. the United Kingdom*, (Appl. No: 8691/79), parag. 66-68; *Rotaru v. Romania*, (Appl. No: 28341/95), parag. 55.

¹⁸⁹² *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 57; *Halime Sare Aysal Başvurusu*, (B. No: 2013/1789), parag. 64.

¹⁸⁹³ *Ali Karatay Başvurusu*, (B. No: 2012/990), 10.12.2014, parag. 49; *İbrahim Bilmez Başvurusu*, (B. No: 2013/434), parag. 57; *Faik Özgür Erol Başvurusu*, (B. No: 2013/2719), 9.3.2016, parag. 58.

tanınan bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir¹⁸⁹⁴.

Mahkeme uygulanacak hukuk konusunda, yargı makamlarının çelişkili kararlar vermesi durumunu da hukuki belirlilik ilkesinin ihlali niteliğinde kabul etmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu veya özel kanunlarda evlilik birliğinin sona ermesini müteakip çocuğun soyadının tespiti ve düzenlenmesi hususunda özel bir düzenlemenin yer almadığını tespit eden Mahkeme, boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargısal kararların verilmesini dikkate alarak başvurucunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesinin kanuni dayanağı olarak gösterilen Kanun hükmünün, belirlilik şartını sağlamadığını kabul etmiştir¹⁸⁹⁵.

Bebeklik dönemi aşılarının gerekli kanuni dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile yapılan bireysel başvuruda Mahkeme, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda rıza şartına istisna getirilebilecek hâllerin genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk hâlleri ile kanunda belirtilen durumlarla sınırlandırılmış olduğunu, yaygın bir salgın hastalık riski bulunmayan hallerde bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamasının Kanunda düzenlenmediğini ifade ederek zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağa sahip olmadığını değerlendirmiştir¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹⁴ *Halime Sare Aysal Başvurusu*, (B. No: 2013/1789), parag. 65; *Hayriye Özdemir Başvurusu*, (B. No: 2013/3434), parag. 59.

¹⁸⁹⁵ Mahkeme'nin bu tutumunun, kamusal makamların, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanundan sonra hukuk boşluğu doğduğunu ya da somut olaya iptal edilen hükmün uygulanması gereken bir olay olmadığını değerlendirerek, Mahkeme'nin iptal kararının gerekçesi ile çelişen şekilde eski uygulamalarında ısrar etmeleri ve iptal kararını etkisiz hale getirmelerine karşı, anayasanın üstünlüğünü güvence altına almaya önemli katkıları olabilir.

¹⁸⁹⁶ *Halime Sare Aysal Başvurusu*, parag. 70-73.

c. Kanunlarla Uluslararası Sözleşmelerin Çatışması Durumu

Bilindiği gibi Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin son fıkrası, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu düzenlemekle kalmamış, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas almasını emrederek, açıkça bir çatışma halinde milletlerarası sözleşmeye üstünlük veren bir sistem öngörmüştür¹⁸⁹⁷. Böylece hukuk uygulayıcılarının, önlerindeki somut durumda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir kanun hükmünün çatıştığını tespit etmeleri durumunda söz konusu kanunu ihmal edip temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmayı uygulamaları gereklidir¹⁸⁹⁸.

Anayasa Mahkemesi, evlendikten sonra yalnızca bekârlık soyadını kullanma talebinin reddi nedeniyle gündeme gelen *Sevim Akat Eşki Başvurusu*'nda, 4721 sayılı Kanunda evli kadının kocasının soyadı olmaksızın yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanabileceğine dair bir hüküm bulunmadığı belirtilerek reddedilmesinin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığını incelerken, Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına atıfla, Türk hukukunda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi bulunduğunu ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağını hüküm altına alındığını, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu kural bir "zımni ilga" kuralı niteliğindedir

¹⁸⁹⁷ ÖDER, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, s. 213, 214; Levent GÖNENÇ, 1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar, http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf, s.1

¹⁸⁹⁸ *Sevim Akat Eşki*, (B. No: 2013/2187), , parag. 41; *Adalet Mehtap Buluryer*, (B. No: 2013/5447, 16.10.2014, parag. 46.

ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin ya da bu Sözleşme'nin denetim organı olan mahkeme içtihatlarının esas alınmayarak ulusal mevzuatın uygulanması durumunda, söz konusu hakka yönelik müdahale, kanunilik şartını sağlamadığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı olacaktır. Kararda dikkat çekici olan çatışmanın kanun hükmü ile uluslararası sözleşme hükmü arasında değil, uluslararası sözleşme hükmünün yorumuna ilişkin AİHM içtihadı arasında meydana gelmesidir. Mahkeme, AİHM'nin, kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8'inci maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14'üncü maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaştığını tespit etmekte ve AİHM kararları ile ortaya çıkan uyumsuzluğun Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre çözümlenmesi gerektiğine karar vermektedir¹⁸⁹⁹.

Anayasa Mahkemesinin bu yorumu Türk hukukunun, uluslararası hukukun öncülüğünde şekillenen çocuğun kişi olarak eşit önemde olduğuna dayanan ve menfaatlerinin öncelikle dikkate alınmasını gerektiren yeni hukuki yaklaşım ile uyumlaştırılmasını hızlandıracaktır. Bu yaklaşım aynı zamanda Anayasa'nın başlangıcı ile 174'üncü maddesinde dile getirilen “çağdaş uygarlık düzeyi”ne ulaşma amacı doğrultusunda, uluslararası insan hakları hukukunun ulusal alana taşınarak ortak idealler haline dönüştürülmesinde itici bir güç oluşturacaktır.

¹⁸⁹⁹ *Sevim Akat Eşki*, (B. No: 2013/2187), parag. 45-46.

3. Sınırlamanın Meşru Amaca Dayanması

Hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi için kanun gerekmesi, kişiler için önemli bir güvence oluşturur. Ancak bu güvence tek başına yeterli değildir. 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin Anayasada düzenlendikleri maddelerde gösterilen sebeplere dayanılarak ve 13'üncü maddede öngörülen Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlanabileceğini öngörmektedir.

AIHM, Sözleşmenin sınırlama nedenlerine yer veren hükümlerinde yer alan “sağlık veya ahlaki koruma” ile “başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma” nedenlerinin, çocukların koruma altına alınması, koruyucu aile yanına veya kurum bakımına yerleştirilmesi ile ilgili kararların, çocuğun menfaatlerinin korunmasını gerektirdiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla çocuğun haklarına yönelen sınırlamaların “meşru amacı” çocuğun haklarının ve menfaatlerinin korunmasıdır. Mahkeme, çocukların koruma altına alınması kararlarının çocuğun haklarının korunması amacına dayanıp dayanmadığını araştırmaktadır¹⁹⁰⁰.

Anayasa'nın 41'nci maddesinin ikinci fıkrasında, devletin çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilatı kuracağı, dördüncü fıkrasında ise her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirlerin öngörüleceği belirtilmiştir. İlgili kanun hükümlerinde de “*çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye girmesi*”, “*çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunması*” ve “*korunma ihtiyacı olan çocukların korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınması*” amaçları açıkça ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi de çocuk hakkında verilen koruma kararlarında, derece mahkemelerinin çocuğun sağlık ve güvenliğinin temini şeklinde

¹⁹⁰⁰ Olsson v. Sweden, (No. 1), (Appl. No: 10465/83), parag. 64,65.

meşru bir amaç izleyip izlemediği, bu çerçevede başvuruya konu müdahalenin meşru temellere dayanıp dayanmadığını araştırmaktadır.

1982 Anayasası, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ilgili hükümlerinde o hak ve özgürlüğün “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, (Anayasanın 20 ve 21, 22, 33 ve 34’üncü maddelerinde düzenlenen haklar) Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olduğu, usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması (Anayasanın 26, 27 ve 28’inci maddelerinde düzenlenen haklar) sebeplerinden biri veya bir kaçına bağlı olarak sınırlanabileceğini kabul etmiştir.

AİHS de 8 ila 11’inci maddelerinde düzenlenen haklarının, -tümü için aynı olmamakla birlikte- ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması nedenlerine dayanılarak sınırlanabileceğini düzenlemektedir.

Özellikle “başkalarının haklarının”, “sağlığın” ve “ahlâkın” korunması nedenleri, çocuğun korunması amacıyla haklarının sınırlanmasının meşru kabul edildiği yasal düzenlemelere dayanak gösterilmektedir. Mahkeme, “ahlâkın korunması” nedenine dayanan sınırlamaları ilgili devletin takdir marjı içerisinde görme eğilimindedir¹⁹⁰¹.

Mahkeme, ilgili hükümde sınırlama amacı olarak gösterilen neden karşısında, somut uyuşmazlıkta hakka yapılan müdahalenin meşruluğunu denetlemektedir. Örneğin

¹⁹⁰¹ *Handyside v. The United Kingdom*, (Appl. No: 5493/72); *Müller and Others v. Switzerland*, (Appl. No: 10737/84), 24.5.1988, parag. 36.

AİHM, bebeklik dönemi zorunlu aşı uygulamalarının bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç göz önünde bulundurularak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında “kamu sağlığının” korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir¹⁹⁰².

4. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

Bir temel hak ve özgürlüğün Anayasada gösterilen nedenlere dayanılarak da olsa nereye kadar sınırlanabileceğine ilişkin ölçütler sınırlamanın sınırını oluşturur. Anayasa Mahkemesi kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük ölçütlerine uygun olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁹⁰³.

1982 Anayasası’nın 13’üncü maddesinin gerekçesinde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün tercih edilmesinin nedenleri, hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar için öngörülecek sınırlayıcı tedbirlerin, demokratik rejim anlayışına aykırı olmaması, genel kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olması, 1961 Anayasası’nda kabul edilen öze dokunma kıstasından daha belirgin ve uygulaması daha kolay bir kıstas olması ile uluslararası sözleşme ve bildirilerde de kabul edilen bir kıstas olması olarak ifade edilmiştir¹⁹⁰⁴.

Müdahalenin meşru olup olmadığının belirlenmesinde, demokratik bir toplumda bu müdahalenin gerekliliğinin saptanması önem taşır. Anayasa Mahkemesi, çağdaş demokrasilerin, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına

¹⁹⁰² *Carlo Boffa and Others v. San Marino*, (Appl. No:26536/95), 15.01.1998, parag. 4.

¹⁹⁰³ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 105.

¹⁹⁰⁴ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı: 450), s. 6, 7.

alındığı rejimler olduğunu, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacağını, demokratik hukuk devletinin amacının kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil; koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamının demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁹⁰⁵

AİHM, müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olması koşulunu aramakta, somut olayda bu kriteri incelerken, sınırlamanın “zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi” (pressing social need) karşılamasını ve sınırlamanın izlenen meşru amaçla orantılı bulunmasını gerekli görmektedir. AİHM, ‘demokratik bir toplumda gerekli olma’ ibaresindeki ‘gereklilik’ terimini, ‘mutlaka gerekli’ yahut ‘kesinlikle gerekli’ anlamında kabul etmemiştir. Ancak “gereklilik” kavramının, “kabul edilebilir”, “arzu edilir” yahut “makul” terimlerinin esnekliğini de taşımadığını ifade etmiştir¹⁹⁰⁶. Böylece demokratik bir toplumda bir hakkın sıradan bir kaygıya dayanılarak sınırlanamayacağı kabul edilmektedir. “Demokratik bir toplumda gerekli olma”, hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin, bir “sosyal ihtiyaç baskısına cevap vermek” için gerçekleştirilmesini ve bu müdahalenin, “izlenen meşru amaç ile orantılı” olmasını ifade etmektedir. “Demokratik toplum” ise çoğulculuk, tolerans ve açık fikirlilik ilkelerine dayanan toplumdur¹⁹⁰⁷.

¹⁹⁰⁵ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 106; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 37; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 71; *K. Ş. Başvurusu*, (B. No: 2013/1614), 3.4.2014, parag. 47; *N. Ö. Başvurusu*, (B. No: 2014/19725), parag. 48; *Nurettin Özaltın Başvurusu*, (B. No: 2013/197259), 19.11.2015, parag. 48; *Selim Adıyaman Başvurusu*, (B. No: 2013/8846), parag. 56; *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 150; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 83.

¹⁹⁰⁶ *Handyside v. the United Kindgom*, (Appl. No: 5493/72), parag. 48. *Sunday Times v. United Kingdom*, (Appl. No: 6538/74), parag. 59.

¹⁹⁰⁷ *Handyside v. the United Kindgom*, (Appl. No: 5493/72), parag. 49.

Mahkeme’ye göre Sözleşme’de düzenlenen hakların sınırlama nedenlerinin “dar” yorumlanması gerekir¹⁹⁰⁸. Diğer yandan Mahkeme, “demokratik toplum düzeninde gerekli olma” ölçütünü, “ölçülülük” ve “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” ölçütleri ile birlikte değerlendirmektedir¹⁹⁰⁹.

Anayasa Mahkemesi, demokratik bir toplum düzeninin gerekleri ölçütü ile ölçülülük ilkesini yakından ilişkili görmektedir. Demokratik hukuk devletinin amacı, kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Mahkemeye göre, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan yahut tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşması mümkün değildir¹⁹¹⁰.

Diğer yandan istisnası bulunmakla birlikte “hakkın özü” ölçütü ile “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünü bir arada uygulamaktadır. Mahkeme, özellikle bireysel başvurular dolayısıyla gündeme gelen pek çok kararında “temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaşmayacağını ifade etmekte, hakkın özünü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği olarak nitelendirmektedir. Bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁸ *Handyside v. the United Kindgom*, (Appl. No: 5493/72), parag. 48. *Sunday Times v. United Kingdom*, (Appl. No: 6538/74), parag. 59.

¹⁹⁰⁹ *Leander v. Sweden*, (Appl. No: 9248/81), 26.3.1987, parag. 58.

¹⁹¹⁰ AYM, E.1999/33, 1999/51, 29.12.1999; AYM, E.2016/46, K.2016/178, 23.11.2016), parag. 13; *Murat Atılğan Başvurusu* (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 37; *N.Ö. Başvurusu*, (B. No: 2014/19725), parag. 48; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 83; *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 150; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 106.

¹⁹¹¹ *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 37-38; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 71-72; *Serpil Toros Başvurusu*, parag. 106-107.

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde açıkça düzenlenen ve AİHS sisteminde AİHM içtihadı ile kabul edilen güvence ölçütlerinden bir diğeri “hakkın özüne dokunma” yasağıdır. Öz güvencesi Türk hukukunda ilk defa 1961 Anayasası (md. 11) ile açıkça öngörülmüştü. 1982 Anayasası'nın ilk biçiminde yer almayan ilke, 2001 Anayasa değişikliği ile yeniden Anayasa metnine girmiştir. Ancak bu değişiklikten önceki dönemde de Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken, hakkın özüne dokunmama ve demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterlerini birleştirerek, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun sayılamayacağı yolunda kararlar vermiştir¹⁹¹². Anayasa Mahkemesi, bir hak ve özgürlüğü yasaklayan veya onu örtülü bir şekilde kullanılamaz hale getiren veya ciddi surette güçleştiren ve amacına ulaşmasını önleyen ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğunu kabul etmektedir¹⁹¹³. Görüldüğü üzere, hakların özüne dokunan her sınırlama zorunlu olarak demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacaktır. Oysaki demokratik toplum düzeninin gerektirdiği sınırlama, sınırlamanın gerektirdiği toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı ölçüyü aşmayan sınırlamayı işaret etmektedir. Aşıldığında artık ortada haktan yararlanılması mümkün olmayan sınıra işaret eden öz güvencesi ile “zorlayıcı toplumsal ihtiyacın gerektirdiği ölçüde” sınırı arasında, her somut olayın koşulları çerçevesinde belirlenmesi gereken bir mesafe bulunmaktadır. Örneğin çocuğun maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlikenin büyüklüğüne göre -ki bu unsur zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramına karşılık gelmektedir- danışmanlık ve eğitim tedbirinden başlayıp, çocuğun ana babadan alınarak,

¹⁹¹² AYM, E: 1987/16, K: 1988/8 sayılı ve 19.4.1988 tarihli karar, AYM, E: 1997/59, K: 1998/71 sayılı ve 18.11.1998 tarihli karar.

¹⁹¹³ AYM, E: 1962/208, K: 1963/1 sayılı ve 4.1.1963 tarihli karar. Anayasa Mahkemesi, ilk defa 1963 yılında yaptığı bu “hakkın özü” tanımını, ifade biçimindeki küçük farklarla günümüzde de benimsemektedir.

velayet yetkilerinin kaldırılması ve evlatlık verilmek üzere koruyucu aile yanına yerleştirilmesine varan ve sonuncu olasılıkta gerek çocuk gerekse ana baba bakımından “aile yaşamına saygı hakkının özünün” de ortadan kalktığı bir sınırlama ile karşılaşmaktadır.

Öğretide öz güvencesinin, hakkın özü olmayan ve dolayısıyla sınırlanabilecek olan kısmının belirlenmesine yeterli katkı sağlamadığı yönünde değerlendirmeler söz konusudur¹⁹¹⁴. Bununla birlikte öz güvencesi, diğer tüm kriterlere uygun olsa dahi, o hakkın özüne dokunan sınırlamaların anayasaya aykırı olmasını, böylece hak ve hürriyetin tamamının ortadan kaldırılamadığı sınırlandırılmamış bir özün daima korunduğu bir hukuk düzenini gerektirdiğinden temel hak ve özgürlükler rejimi bakımından hayati bir öneme sahiptir. Bu nedenle demokratik toplumun gerekleri kriterini işlevsel kılmayı amaçlayan öz güvencesinden daha “geniş” ve “özgürlükçü” bir yorumunun benimsenmesi önerilebilir. Bu noktada 1982 Anayasası’nın 13’üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik ile maddeye eklenen “ölçülülük” kriteri’nin demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlama ile “hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran” sınırlamalar arasındaki alanın tespitinde önemli bir işleve sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi, bu üç ölçütün “*aralarında sıkı bir ilişki bulunan, ‘temel hak ve hürriyetlerin özü’, ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ ve ‘ölçülülük ilkesi’ kavramları, bir bütünün parçaları olup, ‘demokratik bir hukuk devleti’nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri*”ni oluşturduklarını ifade etmektedir. Bu üç ölçütün ortak özelliği, temel hak ve özgürlüklerin ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde sınırlanması gerektiğini ifade etmeleridir.

¹⁹¹⁴ GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 396 vd.

Ölçülülük ilkesi hak ve özgürlüklerin maksimum düzeyde değil, sınırlama sebebindeki amaca ulaşabilecek ölçüde sınırlanmasını, sınırlamanın en az düzeyde tutulmasını gerektirir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin amacı, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlanmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermektedir¹⁹¹⁵.

İlke, kişinin hak ve özgürlük alanına müdahale edilmesine izin vermekle beraber, söz konusu hak ve özgürlüğün gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesini amaçlar¹⁹¹⁶. Yapılan müdahalenin ilgili ve gerekli olup olmadığının denetlenmesini sağlar¹⁹¹⁷. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk, araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması, sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını

¹⁹¹⁵ *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 38; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 72; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 107; AYM, E. 2016/165, K. 2017/76 sayılı ve 15.3.2017 tarihli kararı.

¹⁹¹⁶ *Sunday Times v. the United Kingdom*, (Appl. No: 6538/74), parag. 59; *Serap Tortuk Başvurusu*, (B. No: 2013/9660), 21.1.2015, parag. 47; *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 151; *Selim Adıyaman Başvurusu*, (B. No: 2013/8846), parag. 57, *Serpil Toros Başvurusu* (B. No: 2013/6382), parag. 107; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 38; AYM, E.2012/100, K.2013/84 sayılı ve 4.7.2013 tarihli kararı.

¹⁹¹⁷ ALTIPARMAK – KARAHANOGULLARI “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, s. 13.

içermektedir¹⁹¹⁸. Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlüklere yönelik müdahale ile izlenen meşru amaç arasında bir orantı, adil bir denge olmasını ifade etmektedir¹⁹¹⁹.

Anayasa Mahkemesi, sınırlama ile ulaşılabilecek yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlanan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasını gerekli görmektedir. Gerek Anayasa Mahkemesi gerek AİHM, kamusal makamlara tanınan takdir yetkisinin, konunun niteliği ve tehlikede olan menfaatin ağırlığına göre değiştiğini değerlendirmektedir¹⁹²⁰.

Her iki Mahkeme de, özellikle velayet ve kişisel ilişkiye dair uyuşmazlıklar ile çocuklarla ilgili koruma tedbirleri söz konusu olduğunda adil bir dengenin kurulup kurulmadığını denetlerken, çocuğun menfaatlerinin korunmasına öncelik veren bir içtihadi tutum benimsemiştir¹⁹²¹. Müdahale edilen hakkın öznesinin çocuk olduğu durumlarda, Anayasa Mahkemesi çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulurken çocuğun menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğunun göz önünde bulundurulmasını gerekli görmektedir. Bununla birlikte söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunmaları gereğinin de dikkate alınması gereken bir diğer önemli menfaat olduğuna işaret

¹⁹¹⁸ SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 113; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 114. *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 38; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 72; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 107; *Selim Adıyaman Başvurusu*, (B. No: 2013/8846), parag. 57; AYM, E: 1986/17, K: 1987/11, k.t. 22.5.1987; E: 1986/12, K: 1987/4 ve 11.2.1987 tarihli, E: 1987/16, K: 1988/8, 19.4.1988 tarihli kararları örnek olarak sayılabilir. Mahkeme, konulan sınır ile özgürlük arasında “büyük bir ölçüsüzlük” bulunmasını, “yapılan sınırlama ile sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunmamasını”, “amaç ile araç arasında bir mantiki bağ”ın kurulamamasını, “makul ve kabul edilebilir sınırların aşılmasını” ölçülülük ilkesine aykırı bulmaktadır.

¹⁹¹⁹ SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s. 110-128.

¹⁹²⁰ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 106.

¹⁹²¹ *İlker Ensar Uyanık v. Turkey*, (Appl. No: 60328/09), parag. 52; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 108; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 39; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 73; *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 153.

etmektedir¹⁹²². Özellikle koruma tedbirleri ve çocukların kamu koruması altına alınmasının söz konusu olduğu durumlarda, bu dengelemenin hassas bir şekilde yapılması ve takdirin gerekçelerinin ilgili kararlarda açıkça gösterilmesini zorunlu görmektedir¹⁹²³. Koruma tedbirleriyle ilgili davalarda, koruma altına alındığında çocuğun daha mutlu olacak olmasının müdahale için yeterli olmadığını vurgulayan Mahkeme, olaya ve özellikle kararın alındığı koşullara bir bütün olarak bakılmasını zorunlu kabul etmektedir¹⁹²⁴.

AIHM, çocuğun aileden alınarak devlet koruması altına alınmasına ilişkin kararların, “demokratik bir toplumda gerekliliğinin”, “acil bir toplumsal ihtiyaca”, çocuğun korunması ihtiyacına işaret ettiğini kabul etmektedir. AIHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında çocuğun menfaati, ailenin sağlıklı olması durumu dışında ailesiyle bağlarını sürdürmesini gerektirmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir¹⁹²⁵.

Ana babasından alınıp alternatif koruyucuların yanına yerleştirilen bir çocuğun, zaman içinde onlarla bağ kurmasının kaçınılmaz olduğunu ve anne babanın çocuk ile kişisel ilişkisini kısıtlayan veya sona erdiren bir kararı daha sonra kaldırmak suretiyle tahrip etmek veya kesmenin de çocuğun menfaatine olmayabileceğini göz önünde bulunduran AIHM gibi Anayasa Mahkemesi, çocuğun aileden alınması kararlarının sıradan müdahalelere karşı söz konusu olabilecek korumadan daha geniş koruma

¹⁹²² *M. M. E. ve T. E. Başvurusu*, (B. No: 2013/2910), parag. 153; *Selim Adıyaman Başvurusu* (B. No: 2013/8846), parag. 58; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu*, (B. No: 2014/5974), parag. 84; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 108; *İlker Ensar Uyanık v. Turkey*, (Appl. No: 60328/09), parag. 52.

¹⁹²³ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 109; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 74.

¹⁹²⁴ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 114. AIHM kararları için bkz. *Olsson v. Sweden*, (No. 1), (Appl. No: 10465/83), parag. 72; *K. and T. v. Finland*, (Appl. No: 25702/94), parag. 173.

¹⁹²⁵ *Nurettin Özeltin Başvurusu*, (B. No: 2013/197259, 19.11.2015, parag. 37; *Serpil Toros Başvurusu*, parag. 110; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 74; *T.P. and K.M. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 28945/95), parag. 70-71.

gerektilen bir alan olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle gerek AİHM, gerek Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemelerin ya da derece mahkemelerinin, takdirlerinin gerekçelerini, ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkânını da etkili şekilde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymalarını ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırmalarını gerekli görmektedir¹⁹²⁶.

Diğler bir ifade ile gerek ebeveyn, gerekse çocuk açısından aile yaşamına saygı hakkına müdahale teşkil eden bu önlemlerin “gerekli” olduğunun, yetkili makamlar tarafından “kanıtlanması” gerekmektedir. AİHM, demokratik bir toplumda çocuğun devlet bakımı altına alınmasının gerekliliğini denetlerken, ana babasından alınması ve bir koruyucu aile yanına yerleştirilmesi durumunda, çocuğun menfaatlerinin yeni ortamına uyum sağlayabilmesine olanak verecek bir süre belirsizlik içinde bırakılmamasını gerektiren çok hassas bir konuya ilişkin olduğuna işaret ederek yetkili makamların kararlarının “geri döndürülemez olarak kanıtlanabilmesini” zorunlu kabul etmektedir¹⁹²⁷. İlk kez *R v. the United Kingdom* davasında Mahkeme, bir çocuğun ana babası ile ilişkilerinin askıya alınması kararlarının ciddiyeti karşısında, gerek çocuğun, gerek ana babanın görüşlerini usulüne uygun olarak açıklama olanağı sağlanmasını ve bu görüşlerin dikkate alınmasını imkân veren bir yargılama usulü benimsenmesini ve verilen kararlara karşı mümkün olan her türlü başvuru yolunu süresinde kullanabilmelerini sağlayacak itiraz mekanizmalarının bulunmasını hakka yapılan müdahalenin gerekli kabul edilmesinin ön koşulu olarak değerlendirmiştir. Böylece Mahkeme aile yaşamına saygı hakkının düzenlendiği 8’inci maddede açıkça bu hakkın usulü gereklerine ilişkin herhangi

¹⁹²⁶ *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 45; *Nurettin Özeltin Başvurusu*, (B. No: 2013/197259), 19.11.2015, parag. 56; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 84. AİHM kararları için bkz: *Saviny v. Ukraine*, (B. No: 39948/06), parag. 56-58; *Gluhakovic v. Croatia*, (Appl. No: 21188/09), parag. 62.

¹⁹²⁷ *R v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10496/83), parag. 67; *W v. the United Kingdom*, (Appl. No: 9749/82), parag. 62.

bir düzenleme bulunmamasına rağmen, içtihat yoluyla hakkın usuli boyutlarının da bulunduğunu kabul etmiştir. AİHM çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte ve bu bağlamda, ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini ve çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir¹⁹²⁸. Dolayısıyla Mahkeme, 8’inci maddede düzenlenen hakların çocuk bakımından sahip olduğu hayati önem nedeniyle, belli usul kurallarına sıkıca uyulmak suretiyle alınmasını ve müdahalenin gerekliliğinin gerekçelendirilmesini şart koşmaktadır. Böylece, çocuğun ebeveyninden alınmasına ilişkin usulün sıkı kurallara tabi olmasını, “demokratik toplum düzeninde gerekli olma” kriterinin bir unsuru olarak kabul etmektedir.¹⁹²⁹.

Aynı yaklaşımı benimseyen Anayasa Mahkemesi’ne göre, derece mahkemelerinin takdirlerinin gerekçelerini, ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkânını da etkili şekilde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymaları ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırılması gerekmektedir¹⁹³⁰.

¹⁹²⁸ *İlker Ensar Uyanık v. Türkiye*, (Appl. No: 60328/09), parag. 52; *Neulinger ve Shuruk v. Sweden*, (Appl. No: 41615/07), parag. 139.

¹⁹²⁹ *R v. the United Kingdom*, (Appl. No: 10496/83), parag. 67-68; *W. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 9749/82), parag. 62, 64; *Olsson v. Sweden (No. 1)*, (Appl. No: 10465/83), parag. 71.

¹⁹³⁰ *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 120; *Murat Atılğan Başvurusu*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 45; *Nurettin Özaltın Başvurusu*, (B. No: 2013/197259), 19.11.2015, parag. 56; *Marcus Frank Cerny Başvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 84. AİHM kararları için bkz: *Saviny v. Ukraine*, (Appl. No: 39948/06), parag. 56-58; *Gluhakovic v. Croatia*, (Appl. No: 21188/09), parag. 62.

Johansen v. Norway davasında annenin sağlıklı fiziksel ve mental gelişimini desteklemek için yeterli donanımda olmadığı gerekçesi ile doğumdan hemen sonra devlet bakımı altına alınan bebeğin, uzun süreli ilişkiler kurabileceği ve böylece güvenli bir bağlanma gerçekleştirebileceği kalıcı bir aile ortamına yerleştirilmesinin menfaatine olacağı gerekçesiyle evlatlık verilme programına alınması ve başvuranın velayet yetkilerinin tümüyle kaldırılması ve çocuğu ile haftada iki gün olan kişisel ilişki kurma hakkının iptal edilmesinin 8’inci maddede düzenlenen haklarını ihlal ettiği iddiası üzerine AİHM, bir çocuğun devlet bakımına alınmasının, normal şartlar elverdiğinde durdurulacak geçici bir önlem olarak görülmesi ve geçici bakım kararının, doğal ebeveyn ile çocuğu yeniden birleştirme amacına uygun olması gerektiğini ifade ederek, geçici koruma altına alma kararı yerine velayet yetkisinin kaldırılmasına karar verilmesi tedbirinin çocuğun yüksek yararı için vazgeçilmez gereklilikte olduğunu ifade etmiştir. Somut olay bakımından bu önlemi zorunlu kılan nedenin ispatlanamadığını değerlendirmiştir. Böylece Mahkeme, çocuğun koruma altına alınması kararlarının - çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği zorlayıcı bir gereklilik bulunmaması şartıyla-, çocuğun gelişimini ve menfaatlerini korumaya imkân verecek en hafif tedbirin alınmasını, tarafların 8’inci maddeden kaynaklanan haklarının korunması kapsamında olduğunu kabul etmiştir¹⁹³¹.

Gereklilik kavramının, müdahalenin izlenen meşru amaç ile orantılı olması gerektiği anlamına geldiğini vurgulayan Mahkeme, çocuğun koruma altına alınması kararının “demokratik bir toplumda gerekliliğini” değerlendirirken, taraf devletlerin bir takdir marjının bulunduğunu kabul etmekle birlikte, tedbirlerin çocuğun ailesi ile yeniden bir araya gelmesi yönündeki menfaatlerine uygun olması gerektiğini değerlendirmektedir. Doğumdan hemen sonra devlet bakımı altına alınan çocuk ile kişisel

¹⁹³¹ *Johansen v. Norway*, (Appl. No: 17383/90), parag. 78-84.

ilişki kurmasına ciddi ve kalıcı kısıtlamalar getirilmesi ve 6 yıl süren koruyucu aile yanında kalması kararını denetlediği *Eriksson v. Sweden* davasında, çocuğun geçici koruma altına alınması kararının amacının, çocuğun ebeveyni ile yeniden sağlıklı bir şekilde bir araya gelmesi olduğunu vurgulayarak alınan tedbirlerin izlenen meşru amaçlarla orantılı olmadığını değerlendirmiştir¹⁹³².

Gerek AİHM, gerek Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, kamusal makamların izlenen meşru amaçlar bağlamında bir hakkın sınırlandırılması sürecinde takdir yetkisi bulunduğu kabul edilmekle birlikte, bu yetkinin her bir somut olay bağlamında farklı bir genişlikte olduğu değerlendirilmektedir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemekte, yükümlülüklerin türü ve kapsamı her bir olay özelinde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. AİHM çocuğun koruma altına alınması ya da çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlarda, kamusal makamların böylesine duyarlı bir alanda karara varırken çok güç bir görev üstlendikleri gerçeği karşısında, her defasında esnek olmayan bir usulü izlemelerinin zorunlu görülmesinin, karşılaşılan sorunlara yenilerini ekleyeceğini değerlendirerek, çocuğun korunma ihtiyacının önceliği karşısında yerel makamların daha geniş bir takdir yetkine sahip olduklarını kabul etmektedir¹⁹³³.

AİHM devletlerin bir hakkı hangi sınırlama ölçütüne dayanılarak sınırlandırılacağı ve sınırlandırmayı gerektiren sosyal ihtiyaç baskısı olup olmadığını değerlendirme konusunda takdir yetkisine sahip olduklarını kabul etmektedir¹⁹³⁴. AİHM taraf

¹⁹³² *Eriksson v. Sweden*, (Appl. No: 11373/85), parag. 71.

¹⁹³³ *T.P. and K.M. v. the United Kingdom*, (Appl. No: 28945/95), parag. 61.

¹⁹³⁴ *De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, (Appl. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66), 18.6.1971; *Dudgeon v. the United Kingdom*, (Appl. No: 7525/76), 22.10.1981, parag. 52; *Funke v. France*, (Appl. No: 10828/84), 25.02.1993, parag. 55; *Mialhe v. France (No:1)*, (Appl. No: 12661/87), 25.02.1993, parag. 36; *Cremieux v. France*, (Appl. No: 11471/85), 25.02.1993, parag. 38.

devletlerin, hak ve özgürlüklere getirdikleri sınırlamaları meşrulaştırmak için gösterdikleri gerekçelerin “uygun” ve “yeterli” olup olmadığını denetlemektedir¹⁹³⁵. Mahkeme, devletlerin sahip oldukları bu takdir yetkisinin, her hak bakımından aynı genişlikte olamayacağını ifade etmektedir. Kişinin maddi ve manevi varlığının önemli bir unsuruna karşılık gelen hakların sınırlanması konusunda devletin takdir yetkisi dardır.

AİHM’nin yargısal tutumunda, taraf devletlerin sahip oldukları takdir yetkisi, hak ve özgürlüğü sınırlarken kullandıkları sınırlama ölçütüne göre de farklılık göstermektedir. Nitekim Mahkeme taraf devletlerin, ifade özgürlüğünün “ahlakın korunması” nedeniyle sınırlamasında daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını ancak, aynı sınırlama ölçütü karşısında, 8’inci madde çerçevesinde bireysel ahlaka ilişkin konularda taraf devletlerin takdir yetkilerinin daha dar olduğunu kabul etmektedir¹⁹³⁶.

Anayasa Mahkemesi de tıpkı AİHM gibi, kamusal makamların, ilki sınırlama ölçütünün seçiminde, ikincisi ise sınırlamanın gerekliliği olmak üzere iki ayrı aşamada takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir. Ancak, bu takdir yetkisi sınırsız değildir ve sınırlamayı meşrulaştırmak için kamusal makamların ve derece mahkemelerinin dayandığı gerekçelerin elverişli ve alınan önlemlerin zorunlu ve orantılı olması gerekmektedir. Takdir yetkisinin genişliği ya da darlığı somut olayın özgün koşullarında değerlendirilmektedir¹⁹³⁷.

¹⁹³⁵ *Handyside v. the United Kindgom*, (Appl. No: 5493/72), parag. 49; *Saviny v.Ukraine*, (Appl. No: 39948/06), parag. 56-58; *Gluhakovic v. Crotia*, (Appl.. No: 21188/09), parag. 62.

¹⁹³⁶ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, (Appl. No: 9214/80, 9473/81, 9474/81), 28.05.1985, parag. 43.

¹⁹³⁷ *Murat Atılğan*, (B. No: 2013/9047), 7.5.2015, parag. 44; *Marcus Frank CernyBaşvurusu*, (B. No: 2013/5126), parag. 84; *Serpil Toros Başvurusu*, (B. No: 2013/6382), parag. 120.

D. Çocuk Haklarının Güvence Sistemi

Çocuk haklarının tanınmasının, hakların sağladığı korumanın fiilen yaşama geçirilmesini hedeflediği tartışmasıdır¹⁹³⁸.

Kişinin çocukluk döneminde özel korunma ve gelişiminin güvenceye alınması gereksinimi nedeniyle gündeme gelen çocuk hakları, tam olarak çocukluk döneminde gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaklaşıma ihtiyaç göstermektedir. Gerçekten bu haklar kişinin çocuk iken gerçekleştirilmesi gereken, çocuk artık o hakkın sunulması gereken yaşını geride bıraktığında önemini büyük ölçüde kaybeden haklardır. Bu nedenle bu haklar yaşama aktarılmaları için devletin var gücüyle çaba göstermesini ve ihlalin hiç gerçekleşmemesini amaçlayan önlemler almasını gerektirmektedir.

İnsan haklarının tanınmasının bireyler açısından doğurduğu en önemli sonuç, bireylere özerk, dokunulmaz ve asgari talep yetkisi vermesidir. Böylece bireyler devletten hem insanlık onuru, şerefi ve değerine sahip olarak yaşama olanağına kavuşmaları için bir dizi önlem almasını, hem de sahip oldukları haklara ilişkin birtakım edimlerde bulunmasını talep etme hakkına sahip oldukları ifade edilmektedir¹⁹³⁹. Dolayısıyla temel haklar ilk olarak, normatif konularının gereklerine uygun bir toplumsal-siyasal ortamda yaşamayı isteme hakkı biçiminde siyasal nitelikli bir talep yetkisi sunarken, ikinci olarak hakkın normatif alanının koruduğu çıkarların gerçekleştirilmesini ya da hakkın konusuna yönelik ihlallerin giderilmesini isteme biçiminde çoğunlukla da yargısal ya da yargı benzeri mekanizmalar aracılığıyla ileri sürülebilen diğer bir ifade ile dava edilebilen subjektif nitelikli bir talep yetkisi sunmaktadır.

¹⁹³⁸ CRC/GC/2003/5, parag. 1.

¹⁹³⁹ İoanna KUÇURADİ, “Felsefe ve İnsan Hakları”, içinde: İoanna KUÇURADİ (yayıma hazırlayan), **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hacettepe Üniversitesi Türkiye ve Orta Doğu Araştırmalar Enstitüsü, Ankara, 1982, s. 49.

Bunun gibi çocuk hakları da çocuğun insan olarak değerinin kabul edildiği ve çocuğun özerklik ve gelişiminin desteklenerek özünde taşıdığı potansiyelini gerçekleştirdiğı bir hukuksal-toplumsal düzen ile çocuğun çocuk olmaktan kaynaklanan sübjektif talep yetkisi veren haklarının gerçekleştirildiğı, bu hakların ihlal edildiğı durumlarda ise etkin yargısal yollar aracılığı ile hakkın ifasını ya da bunun mümkün olamaması durumunda mağduriyetin tazminatı da kapsayan başka yollarla giderilmesini gerektirmektedir.

Anayasa'nın 5'inci maddesi, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın devletin görevlerinden olduğunu; 40'inci maddesi "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını tanımakta ve devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmekle yükümlü olduğunu ve ayrıca kişinin, kamu görevlilerinden kaynaklanan haksız işlemler sonucu uğradığı zararın devlet tarafından tazmin edileceğini düzenlemiştir.

Bir hakkın korunmasını sağlayan o hakka özgü mekanizmalar, hakkın bir unsurudur. Bir hakkın tanınmasını anlamlı kılan, elverişli güvence mekanizması eşliğinde uygulamaya geçirilebilmesidir. Hakkın muhataplarını, hakkın gereklerinin yerine getirmelerine sevk edecek ya da zorlayacak mekanizmalar, her bir hak bakımından belli özellikleri gerektirmektedir. Çocuk haklarının korunması ise başlı başına bu haklara özgü yaklaşımı, usulleri ve mekanizmaları gerektirir. AİHM de Sözleşme'nin teorik veya soyut hakları değil, somut ve etkili hakları korumayı hedeflediğini yinelemektedir¹⁹⁴⁰.

¹⁹⁴⁰ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 64; *Del Río Prada v. Spain*, (Appl. No: 42750/09), 21.10.2013, parag. 88; *Dvorski v. Croatia*, (Appl. No: 25703/11), 20.10.2015, parag. 82.

İnsan haklarının korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzeyde olmak üzere iki koruma rejiminden söz edilebilir. Bunlardan ulusal koruma rejimi, öğretide genel olarak iki farklı yaklaşımla ele alınmaktadır. Birinci yaklaşım yargısal koruma-yargı dışı yollarla koruma biçiminde konuyu ele alırken,¹⁹⁴¹ ikinci yaklaşım ise yasama-yürütme-yargı erklerinden hareketle bu üç erk tarafından¹⁹⁴² ya da bu erklerle karşı¹⁹⁴³ koruma bağlamında konuyu ele alır. Genel olarak insan haklarının korunmasına ilişkin bu yaklaşımlar, çocuk haklarının korunması bakımından da aynı biçimde geçerli olmakla birlikte, öğretide fazlasıyla tartışılmış bulunan insan haklarının korunması sorununun gereksizce tekrarından kaçınarak çocuk haklarının korunmasına özgüleyerek konuyu ele almak, daha doğru bir yaklaşım olarak görünmektedir.

Diğer yandan bir anayasanın geniş bir “çocuk hakları” kataloğuna yer vermesi ve yasal düzeyde de bu hakları yaşama geçirecek düzenlemelerin yapılmış olması, anayasada ve yasalarda tanınan hakların uygulamaya etkili bir biçimde aktarıldığı anlamına gelmemektedir. Çocuk hakları anayasalarının çoğunluğu, hakları tanımaya ek olarak çocukların haklarının dava edilebilirliğini güvence altına alan özel usuli haklara ilişkin hükümler de öngörmüşlerdir. Arnavutluk, Ekvator, Etiyopya, Gambia, Gana, Moldova, Namibya, Romanya, Polonya, Slovenya, Güney Afrika, Uganda ve Tayland anayasaları çocukların haklarını hayata geçirmek üzere özel düzenleme ve yargısal ya da yargı benzeri usullere yer veren anayasalar arasındadır.

Çocuk haklarının yaşama geçirilmesini garanti altına almak amacıyla özel hükümlere yer veren anayasal sistemlerde dahi, çocukların kendilerine tanınan bir hakkın

¹⁹⁴¹ ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, s. 301–307. *Del Río Prada v. Spain*, (Appl. No: 42750/09), parag. 88, *Dvorski v. Croatia*, (Appl. No: 25703/11), parag. 82.

¹⁹⁴² Örnek olarak bkz. ALGAN, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, s. 94–126; AKILLIOĞLU, **İnsan Hakları**, s. 325–357.

¹⁹⁴³ Örnek olarak bkz. AKILLIOĞLU, **İnsan Hakları**, s. 325–357; GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, s. 443–454.

ihlal edildiği gerekçesiyle yargı makamlarına erişim ve mahkeme sürecini sürdürmede yetişkinlerden daha dezavantajlı konumda oldukları göz önünde bulundurularak, çocuk haklarına özgü özel usuller geliştirilmesi önemlidir. Bazı ülke anayasaları çocukların bu dezavantajlı durumunu telafi etmek amacıyla çocuğa yönelik bir hak ihlalinin gerçekleşmesi durumunda, kamu yararını esas alarak çocuk adına bazı kişi, kurum ve organizasyonlara harekete geçme ve dava açma yükümlülüğü getirmiştir. Örneğin özel olarak korunması gereken gruplar lehine oldukça etkili destekleyici hükümlerin yer aldığı Güney Afrika Anayasası'nda menfaat ihlali şartı aranmaksızın kişilere, dezavantajlı kişiler lehine Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kullanılabileceği durumlar arasında kendi adına harekete geçme olanağından yoksun kişiler adına başvuru yapılması da sayılmıştır (md. 38). Anayasanın ilgili hükmünde çocuklara ilişkin özel bir atıf bulunmamakla birlikte, hükmün çocuklar adına pek çok davanın açılması yetkisini de kapsadığı değerlendirilmektedir¹⁹⁴⁴. Ancak Güney Afrika Anayasası'nın bu düzenlemesinin çocukların haklarına ilişkin geniş bir kategoriye yer veren anayasalar arasında istisna olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Benzer biçimde Kolombiya Anayasası'nın 44'üncü maddesi, herhangi bir kişinin “yetkili makamdan bu hakların uygulanmasını ve onları ihlal edenlerin cezalandırılmasını talep” etmekle yetkili olduğunu düzenlemiştir. Hırvatistan Anayasası “Herkes çocukları ve çaresizleri korumakla görevlidir” (md. 64), Polonya Anayasası “Herkes, çocukları şiddet, zulüm, sömürü ve ahlaki anlamda zedeleyen eylemlere karşı savunmaları için kamu makamı organlarından talep hakkına sahiptir” (md. 72) hükmüyle çocukların haklarının korunması amacıyla, herhangi bir kişinin yetkili makamlara başvuru yetkisini düzenlemiştir. Ancak böyle bir yetkiyi açıkça düzenlenmeyen ülkelerde dahi, özellikle çocuğun kötü muameleye, sömürüye ya da cinsel istismara maruz kaldığı durumlarda bu

¹⁹⁴⁴ MOSIKATSANA, “Children’s Rights and Family Autonomy in The South African Context”, ss. 341-393.

filler aynı zamanda birer suç teşkil ettiği için suçtan haberdar olan herkesin suçların takibiyle görevli makamlara başvuru yetkisine ve ödevine sahip olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır. Çocukların haklarının ihlali iddialarının yargı önüne taşınmasını kolaylaştırmayı sağlayan bu türden hükümler, haklara güvence sağlamak bakımından önemli olmakla birlikte, daha çok ihlalin etkilerinin ve ihlallerden kaynaklanan mağduriyetlerin giderilmesine katkı sağlayacaktır. Oysa çocuk hakları bakımından henüz ihlal yaşanmadan hakların korunmasını ve yaşama geçirilmesini amaçlayan yargı dışı mekanizmalar da önemlidir.

Diğer yandan çocukların haklarının ihlal edilmesi ya da ihlal edildiğinde yaptırımsız kalmasının temel nedeni, çocukların hakların eşit korumasına sahip kişiler olarak kabul edilmemesidir. Çocukların haklarının korunabilmesi, öncelikle çocuğa yönelik bu bakış açısıyla mücadele edilmesini gerektirmektedir. Norveç Anayasası, çocukların insan olarak sahip oldukları değerler nedeniyle saygı görme hakkını (md. 104), Venezuela Anayasası ise, çocuklar ve gençlerin hukuk önünde kişi olarak tanınma haklarını özel önem vererek ayrıca düzenleyen anayasalardır. Aile, devlet, çocuklar ile ilişki içindeki mesleklerde çalışanlar ve özellikle de çocukların bizzat kendilerine ilişkin yargılarında çocukların da herkes gibi eşit önemde kişilik değerine sahip oldukları ve bu nedenle haklarının korunması gerektiği konusunda bilinçlendirmeyi amaçlayan çalışmalar ve buna eşlik eden hukuki dönüşüm çocuk haklarının korunmasına en büyük katkıyı sağlayacaktır.

1. Çocuk Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması

Devlet, bireyler arası ilişkilerde, caydırıcı, önleyici önlemlerle ya da sonradan müdahale ederek, diğer bir ifade ile yaptırım uygulayarak genel olarak insan haklarını, konumuz bakımından ise çocuk haklarını korur. Yatay ilişkilerde, kolluk güçleri ve yargı

organları aracılığıyla gördüğü bu işlev, yönetim makamlarının kişilerle ilişkilerinde tam tersine de dönebilir. Bu kez devlet, ihlal edici konuma geçer.

Genel olarak ulusal düzeyde insan haklarının korunması ve geliştirilmesi işlevinde yasama organı içinde parlamento üyeleri, parlamento komisyonları, yürütme içinde hiyerarşik denetim ve vesayet denetimi yapan müfettişlikler, bakanlıklara bağlı birimler ve yargı içinde mahkemeler, hâkimler, savcılar görev almaktadır. Ancak bunlar dışında idare ya da yasama içerisinde örgütlenen ya da bu ikisi ile doğrudan organik bir ilişki içerisinde olmaksızın ayrı bir kurumsal yapıya sahip kurumlar söz konusudur. Ulusal insan hakları kurumları olarak ifade edilen bu kurumların uygulamada insan hakları komisyonları, ombudsmanlık, insan hakları danışma komitesi, bağımsız insan hakları kurumu, eşitlik ya da ayrımcılık komisyonları, kadın hakları ve/veya çocuk hakları ombudsmanlığı biçiminde farklı kuruluşla sahip oldukları görülmektedir¹⁹⁴⁵.

Farklı ülke uygulamalarından olduğu gibi Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin korunmasına alanında görev yapmak üzere hem yasama, hem de yürütme organı içinde oluşturulmuş çeşitli kuruluş ve mekanizmalar vardır. Yasama organı bünyesinde faaliyet gösteren Dilekçe, İnsan Hakları, Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonları ile diğer komisyonlar bünyesinde kurulan ve belli bir konu ya da alanda insan haklarının durumunu araştırmak üzere faaliyet gösteren yasama birimleri söz konusudur. Ayrıca Kamu Denetçiliği Kurumu yasama organı ile ilişkili olarak faaliyet göstermekte iken İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, Kişisel Verileri

¹⁹⁴⁵ Abdurrahman EREN, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 34 vd; Anne SMITH, “The Unique Position of National Human Rights Institutions: A Mixed Blessing”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 28, No. 4, 2006, ss. 904–946, s. 905. Öğretide daha kapsamlı tasnifler de öngörülmüştür. Ancak organizasyon nitelikleri bakımından Smith tarafından yapılan tasnifin, ulusal insan hakları kurumlarının hemen tüm türlerini kapsayacak nitelikte olduğu değerlendirilebilir. Diğer tasnifler için bkz: Hermela Binyam TSEGAYE, **A Comparative Analysis of the Involvement of National Human Rights Institutions in the UN and the African Union Systems**, Master Thesis, Lund University, 2015, s. 14. TSEGAYE kapsayıcı bir tasnif önermekte ve ulusal insan hakları kurumlarını, insan hakları komisyonları, ombudsman, bağımsız insan hakları kurumları, danışma komiteleri ve insan hakları enstitüleri / merkezleri olarak sınıflandırmaktadır.

Koruma Kurumu ise yürütme organı ile ilişkili olarak faaliyet göstermektedir. Gerek yasama, gerek yürütme organı içerisinde konumlanan kurumlar, kişilerden gelen başvuruları incelemek, ihlalin nedenini tespit etmek, ihlalin giderilmesi ya da önlenmesi amacıyla ilgili kurumla iletişime geçmek, ülkede insan haklarının durumuna ilişkin rapor hazırlamak, bilinçlendirme faaliyeti yürütmekle yetkilidir.

a. Yargı Dışı Kurumlar Eliyle Çocuk Haklarının Korunması

Çocuk haklarının tanınması, hak ihlallerinin henüz gerçekleşmeden önlenmesini gerektirmektedir. Yargı makamlarına erişmedeki dezavantajlı durumları dikkate alındığında çocukların hakları ihlal edildiğinde, ihlalin giderilmesi için faaliyet gösteren kurumlara başvuru olanağına sahip olmaları, haklarının korunması açısından önemlidir.

aa. Yasama Eliyle Koruma

Pek çok parlamentoda olduğu gibi TBMM bünyesinde, insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan komisyonlar söz konusudur. 1982 Anayasası'nın 74'üncü maddesi, vatandaşlara ve karşılıklılık ilkesi gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılara kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri ile ilgili olarak yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkı tanınmıştır. Dilekçe hakkına ilişkin bu düzenleme, idari makamlara yapılacak bu başvurunun anayasal çerçevesini oluşturmaktadır. Komisyon klasik haklardan biri olan dilekçe hakkının uygulanması amacıyla görev yapmaktadır. 1990'lı yıllarda ulusal insan hakları kurumları alanında yaşanan gelişmelere paralel olarak insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu kurulmuştur¹⁹⁴⁶. Komisyon, *“dünyada ve ülkemizde insan haklarına saygı ve bu konudaki gelişmeleri izlemek suretiyle uygulamaların bu gelişmelere uyumunu sağlamak ve başvuruları incelemek”*le

¹⁹⁴⁶ 5.12.1990 tarih ve 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 8.12.1990 Sayı: 20719.

yetkilidir (3686 sayılı Kanun, md. 1). Komisyon, insan hakları ihlallerine ilişkin iddia ve başvuruları incelemek, insan hakları uygulamalarının, uluslararası anlaşmalara, Anayasa ve kanunlara uygunluğunu inceleyerek iyileştirmeler, çözümler önermek, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalar ve Anayasa ile mevzuat arasında uyum sağlanması amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek ve insan hakları alanında raporlar hazırlamakla görevlidir. TBMM’de insan hakları konularına ilişkin olarak başvurulabilecek başka komisyonlar da vardır. Bunlardan Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, cinsiyet eşitliğinin ihlaline ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin başvuruları incelemek ve gerekli gördüğünde bunları ilgili mercilere iletmekle yetkilidir. Özel kanuni dayanağa sahip ve TBMM İçtüzüğü’nün komisyonlara ilişkin 20’nci maddesinde sayılan ve bu nedenle daimi komisyon statüsüne sahip bu komisyonlar dışında, insan haklarıyla ilgili belli bir konuda araştırma ve inceleme yapmak amacıyla oluşturulan komisyonlar da kurulmaktadır. TBMM’nin bilgi edinme yetkisi çerçevesinde gündeme gelen bu komisyonlar geçmişten bu yana çocuklar ile ilgili konulara eğilmişlerdir. Ülkede çocuk haklarına ve refahına ilişkin konularda yürüttükleri araştırmanın sonucunu TBMM Genel Kurulu, ilgili bakanlıklar ve kamuoyu ile paylaşmışlardır¹⁹⁴⁷.

¹⁹⁴⁷ Başta Cinsel İstismar Olmak Üzere Çocuklara Yönelik Her Türlü İstismar Olaylarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, Bilgi Toplumu Olma Yolunda Bilişim Sektöründeki Gelişmeler ile İnternet Kullanımının Başta Çocuklar, Gençler ve Aile Yapısı Üzerinde Olmak Üzere Sosyal Etkilerinin Araştırılması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, Üstün Yetenekli Çocukların Keşfi, Eğitimleriyle İlgili Sorunların Tespiti ve Ülkemizin Gelişimine Katkı Sağlayacak Etkin İstihdamlarının Sağlanması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, Kayıp Çocuklar Başta Olmak Üzere Çocukların Mağdur Olduğu Sorunların Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, Çocuklarda ve Gençlerde Artan Şiddet Eğilimi ile Okullarda Meydana Gelen Olayların Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, Çocukları Sokağa Düşüren Nedenlerle Sokak Çocuklarının Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu, Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu.

Bunun dışında TBMM çatısı altında Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu' üyelerinden oluşan ve söz konusu Komisyonun başkanı tarafından başkanlığı yapılan bir “Çocuk Hakları Komitesi” kurulmuştur¹⁹⁴⁸.

Ancak yasama organının denetim işlevi dışında insan haklarının ve çocuk haklarının gerçekleşmesi amacıyla sahip olduğu en önemli işlevinin “yasa koyma” işlevi olduğu açıktır. Devletin insan haklarını yalnızca ihlal etmemek biçiminde olumsuz yükümlülükleri yanında bu hakları yaşama geçirmek biçiminde olumlu yükümlülüğe de sahip olduğu kabul edildiğinde, en elverişli araçlarından biri “yasa”dır¹⁹⁴⁹. Yasama organı, çocuk haklarının gerçekleştirilmesinin yasaların değiştirilmesini ya da yeni bir yasanın yürürlüğe konulmasını gerektirdiği durumlarda, olumlu bir yüküm altındadır. Diğer yandan çocuk haklarının korunması, yalnızca çocukların haklarına ilişkin mevzuatta değil bir bütün olarak ülkenin hukuk kültüründe insan haklarına ve aynı zamanda çocukların haklarına saygının temel alındığı bir yaklaşımı gerektirdiğinden parlamento komisyonlarının da önlerine gelen her bir yasa taslağını çocukların menfaatleri ve haklarının gerekleri bakımından değerlendirmekle ödevli oldukları ifade edilmelidir¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴⁸ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=72943 (erişim tarihi: 27.8.2018). İlk olarak 2008 yılında kurulan Komite, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde, siyasi parti gruplarından eşit temsili ilkesi esas alınarak 8 milletvekilinden oluşmuş ve başkanlığı, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu başkanlığınca yürütülmüştür. Komite'nin kurulmasına ilişkin 28 Kasım 2008 tarihli TBMM Başkanlığı Basın duyurusunda “*Komite bünyesinde oluşturulacak internet sitesi ile çocukların TBMM ile doğrudan bağlantı kurmaları sağlanacaktır. Çocuk haklarıyla ilgili yasal düzenlemelerin uygulama sonuçlarını izleyecek komite, eksikliklerin giderilmesi için gerekli önerilerde bulunacaktır. Sivil toplum örgütleri ve kamu kurumlarının yanı sıra UNICEF gibi uluslararası kuruluşların çalışmalarından da yararlanacak komite, çocuk haklarının geliştirilmesi için toplumsal duyarlılığın artırılmasına katkıda bulunacaktır. Komite üyesi milletvekilleri, yapacakları düzenli toplantılarla, çocuklar tarafından kendilerine iletilen ya da kamuoyu gündemine gelen konular üzerinde araştırma yaparak önerilerini içeren raporlarını TBMM Başkanlığı'na sunacaktır.*” ifadeleri ile Komite'nin görev ve yetkileri belirtilmektedir.

¹⁹⁴⁹ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 160.

¹⁹⁵⁰ **CRC/GC/2003/5**, parag. 18.

bb. Kamu Denetçiliği Kurumuna Başvuru

Çocuklar için bir insan hakları kurumunun en önemli işlevlerinden birinin, böyle bir mekanizmanın varlığı konusunda çocuklara güvence sağlamak olduğu ifade edilebilir¹⁹⁵¹. Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu çocuklar tarafından yapılan başvuruları kabul etmektedir.

Bireysel şikâyet mekanizması, bireysel veya grup olarak çocuk hakları ihlallerinin giderilmesine olanak sağlamaktadır. Çocuk hakları kurumlarının şikâyet mekanizmasına sahip olmasının kendisinden beklenen faydayı yerine getirebilmesi için çocuklar için erişilebilir olması gerekir. Hak ihlalleri için etkili bir başvuru yoluna erişim, çocuk haklarının gerçekleştirilmesi bakımından vazgeçilmez önemdedir.

cc. Yürütme Eliyle Koruma

Yürütme fonksiyonu, çocukların günlük yaşamlarında en sık ilişki içerisine girdiği devlet erkidir. Çocukların haklarının gereklerini gerçekleştirmek üzere eğitim, sağlık, sosyal hizmetler, adalet, çevre, alt yapı, spor gibi alanlarda görev yapan pek çok idari kuruluş bulunmaktadır. Çocuk haklarının koruduğu konuya ilişkin edimleri yerine getiren yürütme organı aynı zamanda gerek olumsuz müdahalelerde bulunarak, gerekse gerçekleştirmesi gereken sorumluluklarını yerine getirmeyerek çocuk haklarını ihlal edebilmektedir¹⁹⁵². Yürütme organının çocuk haklarını ihlal etmesi, yürütmenin düzenleyici ya da bireysel işlemlerinden ve eylemlerinden; çoğu zaman bizzat anayasa ya da yasalar tarafından verilen görevlerin yerine getirilmemesinden, kimi zaman çocukların haklarının göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır. Yürütme organının insan haklarına ilişkin bu konumu, devletin insan haklarına ilişkin birbiriyle çelişen iki konumuyla tümüyle örtüşmektedir. Devlet, insan haklarının hem başlıca yükümlüsü, hem de en

¹⁹⁵¹ UNICEF, “Independent Institutions Protecting Children’s Rights”, s. 7.

¹⁹⁵² ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 113.

önemli potansiyel ihlalcisidir¹⁹⁵³. Yürütme organı ve idare, çocuk haklarına ilişkin yükümlülükleri somut olarak yerine getiren temel devlet organı olduğundan, bu haklara en büyük katkıyı sağlayabileceği gibi, ağır ihlalleri de gerçekleştirebilecek olanağa sahiptir.

Anayasa'nın 40'ıncı maddesi bu gerekçeyle Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Bu anayasal güvence hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişilerin, idareye başvurarak hak ve hürriyetlerine yönelik ihlalin giderilmesini talep etme haklarını güvence altına almaktadır. Hükmün gerekçesinde *“Bu madde ile temel hak ve hürriyetlerin korunmasında diğer bir güvence öngörülmüştür. Temel hak ve hürriyetleri ihlal olunan kişi, yetkili makama başvurma hakkına sahiptir; bu ihlalin resmî görevliler tarafından görevlerinin ifası sırasında yapılmış olması görevli için bir mazeret sebebi teşkil etmez”* denilmektedir¹⁹⁵⁴.

İdari başvuru usulü çerçevesinde çocuğun haklarının korunması talebiyle ilk olarak bizzat işlemi yapan veya bu işlemi tesis eden idari makama başvurarak söz konusu idari işlemin geri alınmasını, ilga edilmesini veya değiştirilmesini, söz konusu eyleme son verilmesini ve varsa bu eylem ve işlem nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesini isteme hakları bulunmaktadır. Ayrıca işlemi yapan makam üzerinde idari örgütlenme kuralları (hiyerarşi) gereği üst makam konumunda olan idari makamlara da aynı taleplerle başvuru yapma hakkı söz konusudur. Bunlar dışında bir idari makam üzerinde o makamın işlemini onama, onamama, değiştirerek onama ve erteleme gibi yetkilere sahip vesayet makamlarına da, hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişilerin başvuruda bulunarak işlemin onanmamasını ya da iptal edilmesini isteme hakları bulunmaktadır.

¹⁹⁵³ ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 113.

¹⁹⁵⁴ Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı : 450), s. 20.

Bu usuller dışında 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile tanınan bilgi edinme hakkı çerçevesinde kişilerin idareye başvuru hakları bulunmaktadır.

b. Yargı Eliyle Çocuk Haklarının Korunması

Bir hakkın tanınmasını anlamlı kılan, elverişli yargısal güvence mekanizması eşliğinde uygulamaya geçirilebilmesidir¹⁹⁵⁵. İnsan haklarının uygulanmasında, gerek devlet organları ve kişiler, gerekse yatay ilişkilerden kaynaklanan hak ve özgürlük ihlallerinde yargısal denetim temel bir güvencedir. Yargısal başvuru yolu, Türk hukukunda anayasa yargısına, idari yargıya ve adli yargıya başvuru yolu olarak üçe ayrılmaktadır¹⁹⁵⁶.

Anayasanın 36'ncı maddesi herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Anayasa, AİHS'den farklı olarak bir hakkın ihlali iddiasını mahkeme önüne götürme hakkını açıkça düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi tıpkı AİHM gibi bir hakkın ihlali iddiasını mahkeme önüne taşıma hakkını hem ilgili hakkın usuli bir boyutu, hem de adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğunu kabul etmektedir¹⁹⁵⁷.

Ayrıca Anayasa'nın 36'ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*” hükmü mahkemelere hem maddi hem de hukuki yönden önüne gelen davayı inceleme yükümlülüğü getirmektedir.

Diğer yandan Anayasa'nın 40'inci maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik ile “*devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve*

¹⁹⁵⁵ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 162.

¹⁹⁵⁶ GÖZLER, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 449.

¹⁹⁵⁷ AYM, E. 2010/41, K. 2012/19, k.t. 09.02.2012. *Z.C. Başvurusu*, (B. No: 2013/3262), parag. 7. AİHM kararları için bkz: *M.C. v. Bulgaria*, (Appl. No: 39272/98), parag. 111-117; *Y. v. Slovenia*, (Appl. No: 41107/10); *X and Y. v. Netherlands*, (Appl. No: 8978/80), parag. 23, 24.

sürelerini belirtmek zorundadır” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm, Anayasa’nın 36’ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün sadece hukuken değil, fiilen de korunmasını güvence altına almaktadır. Nitekim AİHM, süresinde mahkemeye başvurmadiğı için davası iç hukukta reddedilen başvurucunun, karmaşık mevzuat nedeniyle dava açma süresini öngörmesinin zorluğunu göz önünde bulundurarak, mahkemeye erişme hakkının (AİHS md. 6) ihlal edildiğini kabul etmiştir¹⁹⁵⁸. Anayasa Mahkemesi de 40’ıncı maddenin ikinci fıkrasında yer alan güvencenin, hak arama özgürlüğünün korunmasına hizmet ettiğini kabul etmektedir. Mahkeme’ye göre “devletin işlemlerinde, hangi mercilere ve hangi süreler içinde başvurulacağını açıkça göstermesiyle ilgililerin yetkili makamlara süresini geçirmeden başvurarak hak arama özgürlüklerinin korunması amaçlanmaktadır”¹⁹⁵⁹. Anayasa’nın 125’inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü ile beşinci fıkrasında yer alan idare mahkemelerine tanınmış yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi, mahkemeye erişme hakkına ek güvence getirmekte, Anayasa’nın 36’ncı maddesinde yer alan güvenceyi desteklemektedir.

Mahkeme kararlarının uygulanmasına yönelik Anayasa’nın 138’inci maddesinin son fıkrasında yer alan “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” hükmü de 36’ncı maddedeki hak arama özgürlüğünü desteklemektedir. Mahkeme kararlarının uygulanmasının ihmal edilmesi veya engellenmesi yoluyla hak arama özgürlüğünün fiilen kullanılmaz hale getirilmesini engellemeyi amaçlayan bir güvence öngörmektedir.

¹⁹⁵⁸ *De Geouffre de la Pradelle v. France*, (Appl. No: 12964/87), 16.12.1992, parag. 34.

¹⁹⁵⁹ AYM, E. 2004/69, K. 2009/6, k.t. 08.01.2009.

Anayasa hukuku bakımından çocuk hakları rejimini incelemeyi amaçlayan bu çalışmada Anayasa Mahkemesi aracılığıyla gerçekleştirilen yargısal koruma usullerine odaklanılacaktır.

c. Anayasa Hukuku Bakımından Çocuğun Yargısal Makamlara Başvuru

Hakkı

1982 Anayasası, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Çocuk Hakları Komitesi de, çocuk haklarının tanınmasının bir anlamı olabilmesi için ihlaller karşısında yargı makamlarına başvurulabilmesi olanağının tanınmış olması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁹⁶⁰. Diğer yandan çocukların özel ve başkalarına bağımlı durumları, haklarının ihlali durumunda yasal yollara başvurmalarını güçleştirmektedir. Bu nedenle çocuklara ve yasal temsilcilerine yargı makamlarına başvurmalarını kolaylaştırmayı amaçlayan etkili ve çocuğa özel yargısal usuller belirlenmesi özellikle önem taşımaktadır.

Çocuğun görüşüne hukuk önünde değer verilmesi, çocuğun yargı makamları önünde hak arama özgürlüğünün, diğer bir ifade ile mahkeme önünde davacı olma hakkının tanınmasını gerektirmektedir. Pek çok hukuk sistemi, çocuklara tek başlarına yargısal bir süreci başlatma hakkı tanımaktan kaçınmıştır. Çocuklar herkese tanınan ve klasik hak ve özgürlüklerden biri olan hak arama özgürlüğü ve mahkeme önünde davacı olabilme hakkından kanuni temsilcileri aracılığıyla yararlanabilmektedir. Bu gün için çocukların bir kanuni temsilciye gerek olmaksızın tek başına yargı makamlarına başvurma hakkını açıkça tanıyan bir anayasadan söz edilememektedir¹⁹⁶¹. Yalnızca

¹⁹⁶⁰ CRC/GC/2003/5, parag. 24.

¹⁹⁶¹ Bu hakkı yasal düzeyde tanıyan ülkeler ve uygulamalarına bu çalışmanın özellikle çocuğun görüşünün alınması ilkesi ve yetişkin çocukların haklarının ele alındığı başlıklarında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası, çocuğu etkileyen medeni davalarda, çocuğa hukuksal yardım sağlanmadığı takdirde adaletin sağlanamayacağını kabul edilebileceği durumlarda, ücreti devlet tarafından ödenmek kaydıyla bir avukat tayin edilmesi hakkını tanımıştır (md. 21).

ÇHS çocuğun görüşünün alınması hakkı çerçevesinde, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğa ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi olanağı verilmesi hakkı kabul edilmiştir. Sözleşme, iki ayrı maddesinde daha, çocuğun hukuk yollarına başvurma ve hukukun korumasından eşit olarak yararlanma hakkının özel bir görünümü olan hukuki işleme katılma ve görüşünü ifade etme ile yasal prosedürlere başvurma hakkını tanımaktadır. Nitekim 9’uncu maddede, çocuğun ailesinden ayrılması sonucunu doğurabilecek yargısal ya da idari işlemlerde çocuğun görüşünün alınması hakkı tanınırken, 37’nci maddede, özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğa, bu işleme karşı itiraz yollarına başvurma hakkı tanınması devletlere bir sorumluluk olarak yüklenmiştir. Sözleşme’nin ifadesi ile özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuk, *“özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahiptir.”*

Diğer yandan kendilerini etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğa ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi olanağının tanınması, çocuğun haklarını ihlal eden nedenlerin özellikle ebeveyni ya da yasal temsilcinin eylemlerinden kaynaklandığı ya da bu kişilerin çocuğun haklarını talep için mahkemeye başvurmada ihmallerinin olduğu durumlarda, çocuğu temsil yetkisinin geniş yorumlanması, çocuğun haklarının korunması için bir zorunluluk hâline gelebilmektedir. AIHM, haklarını savunmak için usulî işlem başlatma olanakları kısıtlı dezavantajlı kişiler bakımından temsil yetkisine ilişkin kuralın geniş yorumlanması

gerektiği yönünde içtihat geliştirmiştir. Nitekim, bireysel başvurularda, temsil konusundaki ana kural, temsilcilerin kendilerinin yetkilendirildiklerine ilişkin bir belge sunmasıdır. Buna rağmen; özellikle Sözleşme'nin 2, 3 ve 8'inci maddeleriyle ilgili ihlal iddiaları gündeme geldiğinde mağdurların yaş, cinsiyet, engellilik gibi bireysel başvuruda bulunmalarına engel olan durumlar özgün bir değerlendirmeyi gerekli kılabilir. Mahkeme, bu tür haklarla bağlantılı olarak, başvuru yapan kişilerin dezavantajlı durumunu ve başvuru yapan kişilerle olan ilişkilerini dikkate almakta, geçerli bir yetki belgesi sunulmasa bile başvuruları kabul edilebilir bulabilmektedir. Örneğin *S.P., D.P. ve A.T. v. The United Kingdom* kararında ailelerinin ihmal ettiği çocukların mahkemece atanan vasi tarafından desteklenen ve ulusal yargılama süreçlerinde görev almak üzere atanan bir avukatın, atanma süresi sona erdikten sonra ve yetki belgesi olmadan yaptığı başvuru - avukat ve çocuklar arasında bir menfaat çatışması olmadığı için- kabul edilebilir görülmüştür¹⁹⁶².

Mahkemeye erişim ve bir hakkın yerine getirilmesi amacıyla yargısal yollara başvuru hakkı, çocukların haklarının etkin olarak korunabilmesi için önemlidir. Çocukların, haklarını korumak amacıyla bizzat yargısal makamlara başvuru hakkının tanınması, özellikle ihlal iddialarının çocuğun bakımını üstlenen kişilerin eylemlerinden kaynaklandığı durumlarda önem kazanmaktadır. Çocuk Hakları Komitesi de, devletler tarafından sunulan periyodik raporlara yansıyan eylemsizlikten hareketle, Sözleşme'de tanınan hakların yaşama geçirilebilmesi amacıyla, hak ihlallerini gidermek için etkili hukuk yollarının bulunması gerektiğini ve yasal yollara başvurma hakkının, örtülü

¹⁹⁶² *S.P., D.P. and A.T. v. the United Kingdom*, (Appl. No. 23715/94), 20.05.1996. Mahkeme, birçok defa velayet hakkına sahip olmayan ebeveynlerin reşit olmayan çocukları adına Mahkeme'ye başvurabileceklerini de kabul etmiştir. Bkz: *Scozzari ve Giunta v. Italy*, (Appl. No: 39221/98, 41963/98), 13.7.2000, parag. 138-139; *Šneerson ve Campanella v. Italy*, (Appl. No: 14737/09), 12.7.2011, parag. 61; *Raw et autres c. France* (Appl. No: 10131/11), 07.03.2013, parag. 51-52. Bu davalarda Mahkeme'nin ortaya koyduğu temel kriter, çocukların bazı menfaatlerinden haberdar olmayacakları ve Sözleşme'nin güvence altına aldığı haklarının etkili bir şekilde korunmasından mahrum olacaklarıdır. Bu gerekçeyle ana babanın ve diğer kanuni temsilcilerin çocuk adına Mahkemeye başvuru yetkisinin olduğu kabul edilmiştir.

biçimde Sözleşme’de tanınmış olduğunu kabul etmiştir¹⁹⁶³. Komite taraf devletlere, çocukların, bir yetişkine bağımlı olmalarından kaynaklanan özel statüleri nedeniyle, hakları ihlal edildiğinde yargısal yollara başvurmalarının zorluğu göz önünde bulundurularak, çocukların erişebileceği; geçerli, etkili, onların ihtiyaçlarına göre tasarlanmış, çocuklara özgü başvuru usullerinin kabul edilmesini tavsiye etmektedir¹⁹⁶⁴. Bu yükümlülüğün, hakları ihlal edilen çocuğa yasal temsilcisinin katılımına gerek kalmaksızın tek başına yargısal makamlara başvurmalarının engellenmemesini içerdiği ifade edilebilir.

Günümüzde gerek çocukların hukuksal statülerine ilişkin kabullerde gündeme gelen değişim, gerekse çocuk haklarının korunmasının ancak çocuklara daha etkin bir yasal statü tanımakla mümkün olacağı yönündeki kabulün etkisiyle çocuklara mahkemelere doğrudan başvuru hakkı ve haklarının ihlal edildiği iddiasını yetkili mahkeme önünde ileri sürme konusunda adli yardım alma hakkı tanınmaya başlanmıştır. Örneğin 2005 tarihli Güney Afrika Çocuk Yasası (The Children Act 2005 of South Africa), çocuğun mahkemeye erişim hakkı ve adli yardım hakkını açıkça tanımıştır¹⁹⁶⁵. Benzer biçimde Filipinler ve Romanya’da çocuklara, temel haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bizzat yargısal makamlara başvuru hakkı tanınmıştır. Yine pek çok Latin Amerika ülkesi de, çocukların haklarını korumak için yargısal yollara başvuru hakkını kabul etmiştir¹⁹⁶⁶.

¹⁹⁶³ **CRC/GC/2003/5**, parag. 24.

¹⁹⁶⁴ **CRC/GC/2003/5**, parag. 24.

¹⁹⁶⁵ Yasanın 14’üncü bölümü için bkz: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf> (Erişim tarihi: 1.4.2019). Ayrıca, O’DONNELL, “The Right of Children to Be Heard”, s. 7.

¹⁹⁶⁶ Bolivya Çocuk Yasası, md. 213, Kosta Rika Çocuk Yasası, md. 104, Ekvador Çocuk Yasası ise bu iki ülkeden farklı olarak bir yaş sınırı öngörmüş ve 12 yaşını tamamlayan çocuklara bu hakkı tanımıştır. Ancak daha küçük yaştaki çocuklara, haklarını ileri sürmede yardımcı olmak üzere adli yardım hakkı tanınmıştır (md. 65).

Bazı ülkelerde belli bir yaştan büyük çocuklara doğrudan yargısal makamlara başvuru hakkı tanınmaktayken, belli bir yaştan altındaki çocuklara ise çocukların haklarını korumakla görevli idari otoritelere başvuru hakkı tanınmış; yargısal yollara başvuru ise bu otoritelerin takdirine bırakılmıştır¹⁹⁶⁷. Yine Beyaz Rusya’da 14 yaşından küçük çocukların haklarının yerine getirilmesi ya da tazminat taleplerini vasileri, çocuğun bakımı ve gözetimi ile görevli makamlar veya savcılıklar aracılığıyla yargı makamları önüne taşıyabilecekleri kabul edilmiştir. On dört yaşını tamamlayan çocukların ise doğrudan yargısal makamlara başvurabilme hakları tanınmıştır¹⁹⁶⁸.

Bireysel başvuru usulü çerçevesinde Anayasa Mahkemesi’ne çocuklar adına başvuru ebeveynleri ya da yasal temsilcileri aracılığıyla yapılmaktadır. Ancak çocuğun menfaatinin ana babanın ya da velayet yetkisine sahip kişinin menfaatinden ayrılabilir olduğu her durumda çocuğa bağımsız olarak “davacı” ya da “başvuran” statüsünün tanınması, çocuğa tanınan hakların yargısal mekanizmalar aracılığıyla etkili olarak korunmasını güvence altına alacaktır.

Anayasa Mahkemesi, çocuğun velayet yetkisine sahip ebeveyninden ayrı menfaatlerinin olduğu kabul etmiş ve yargılama esnasında çocuğun bu menfaatleri hakkında ayrıca bir karar verilmemesini Anayasa’nın 17’nci maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması hakkına ilişkin pozitif yükümlülöklere aykırılık olarak değerlendirmiştir. Nitekim annesinin kusurlu davranışları sonucu evlilik birliğinin sona etmesine neden olması üzerine annesi aleyhine açtığı tazminat davası hakkında ilk derece mahkemesinin davasını kabul ederek tazminata hükmettiğini, Yargıtay’ın ise babasının boşanma davası sırasında dava hakkından feragat ettiğı gerekçesiyle kendi durumu ile ilgili bir değerlendirme yapmadan ve gerekçe belirtmeden kararı bozduğunu, bozma sonrası verilen ret kararında da yine kendisi ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir

¹⁹⁶⁷ Rusya Federasyonu tarafından Çocuk Hakları Komitesine sunulan 2’nci Rapor, parag. 71.

¹⁹⁶⁸ O’DONNELL, “The Right of Children to Be Heard”, s. 29.

gerekçe sunulmadığını, boşanma davasında taraf olmadığını ve dava hakkından feragat etmediğini, babasının feragat beyanından bağımsız olarak davasının değerlendirilerek bir sonuca bağlanmamasının aile hayatına saygı hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü bireysel başvuruyu Anayasa'nın 5 ve 17'nci maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığı koruma hakkı çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüklerinden hareketle ele almıştır. Mahkeme, Anayasa'nın 17'inci maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının Anayasa'nın 5'inci maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete, vücut ve ruh bütünlüğüne yönelen saldırılar, tıbbi müdahaleler, şeref ve itibara yönelik haksız eylemler karşısında kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili biçimde koruma şeklinde pozitif ödevler yüklediğini, bu yükümlülüğün müdahalelere karşı etkili mekanizmalar kurmak, bu kapsamda gerekli usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlamak ve bu suretle yargısal ve idari makamların bireylerin idare ve özel kişilerle olan uyumsuzluklarında etkili ve adil bir karar vermesini temin etmek sorumluluğunu da içerdiğini değerlendirmiştir¹⁹⁶⁹. Buradan hareketle Mahkeme, başvurucunun babası ile birlikte aynı davada davacı sıfatıyla taraf olduğu gözetildiğinde, davaya konu olaylar karşısındaki durumu ve iddiaları tartışılarak olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesinin Anayasa'nın 17'nci maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlali niteliğinde olduğunu kabul etmiştir¹⁹⁷⁰.

1982 Anayasasında gerçek kişilere Anayasa Mahkemesine haklarını ihlal eden normların denetimi amacıyla başvuru yetkisi tanınmamıştır. Sadece çocuğun haklarına aykırı kanuni düzenlemeyi, görülmekte olan davaya uygulamakla görevli mahkemenin

¹⁹⁶⁹ *Defne Su Poçulu Başvurusu*, (B. No: 2015/7477), 18.4.2019, parag. 33-37.

¹⁹⁷⁰ parag. 39-42.

Anayasaya aykırı bulması durumunda, ihlal iddiasının incelenmesi talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisi bulunmaktadır.

d. Çocuk Haklarının Anayasa Yargısı Aracılığıyla Korunması

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148'inci maddesinden hareketle Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda iki farklı usul çerçevesinde görevlidir. Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin korunması çerçevesinde ilk olarak kanunların Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemek, ikinci olarak ise Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları incelemekle görevlidir.

Anayasa Mahkemesi kanunların ve Anayasada belirtilen diğer normların Anayasaya uygunluğunu denetleyerek çocuklar bakımından Anayasa ile öngörülen güvencelere aykırı kanun ya da kararname niteliğindeki normların yürürlükten kaldırılması göreviyle, çocuk haklarının korunmasında önemli bir fonksiyon üstlenmektedir.

Diğer yandan hak ve hürriyetlerin¹⁹⁷¹ kamu gücü tarafından ihlali edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılabilen bireysel başvuru usulü de, çocukların hakları bakımından önemli bir güvence sağlamaktadır.

aa. Bireysel Başvuru Çerçevesinde Çocuk Haklarının Korunması

2010 yılında yapılan referandum sonucunda Anayasa'nın 148'inci maddesine eklenen üç, dört ve beşinci fıkralar ile Anayasa Mahkemesi'ne "bireysel başvuruları"

¹⁹⁷¹ Bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesine sadece "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin" ihlali durumunda başvurulabilir. Anayasa ve AİHS tarafından güvence altına alınmış olma şartı kümülatiftir. Bir temel hak ve hürriyetin bu şartı taşıyıp taşımadığı konusunda tereddüt hâlinde AİHM içtihatları esas alınır.

inceleme yetkisi verilmiştir. Hüküm herkese, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanımaktadır¹⁹⁷².

Anayasa'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrasında bireysel başvuru usulü çerçevesinde korunabilecek haklar tek tek gösterilmek yerine AİHS'ye yapılan atıfla belirlenmiştir. AİHS sistemi çerçevesinde korunan haklar, Sözleşme ve ona ek protokollerde düzenlenen haklardır. AİHS ve ek protokollerde güvenceye kavuşturulan haklar, kural olarak Anayasa'nın kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenen haklara karşılık gelmektedir. 148'inci maddede yer alan bu düzenleme uyarınca Anayasa'nın ekonomik ve sosyal haklar bölümünde düzenlenen haklar bireysel başvuruya konu olabilecek hakların kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁹⁷³.

3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa'nın 148'inci maddesinin beşinci maddesi doğrultusunda bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Anayasa'nın 148'inci maddesinde sadece AİHS kapsamındaki haklardan bahsedilirken, kanun bu hükmü somutlaştırarak, Sözleşmeyle kurulan koruma sisteminin ayrılmaz bir parçası olan ve Sözleşme hükümlerinin kapsamını genişleten protokolleri de korunan temel hakların kapsamına almıştır. Öğretide

¹⁹⁷² Anayasa değişikliği teklifinin madde gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınmasına gerekçe olarak, AİHM'ye Türkiye aleyhine her yıl binlerce başvuru yapılması gösterilmiştir. Bu yeni kurumla hedeflenen amaç, bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanmasıdır. Bu hak doğrultusunda yapılacak insan hakları ihlâl başvurularının incelenmesi ve karara bağlanması, Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilecek, böylelikle AİHM'ye yapılacak başvurular azaltılacaktır. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. 5 Nisan 2010 tarihli 2/656 numaralı kanun teklifi, s. 10 vd.

¹⁹⁷³ Selin ESEN, "Türkiye'de Anayasa Şikayeti", **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara Nisan 2011, s. 47; Bertil Emrah ODER, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları", **Anayasa Şikayeti Sempozyumu-Bireysel Başvuru 'Anayasa Şikayeti'**, Ed: Musa Sağlam, Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Yayınları, Ankara, 2011, s. 97; Yavuz SABUNCU-Selin ESEN ARNWINE, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli - Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 21, Ankara, 2004, ss. 229-246, 242.

Mahkeme'nin yetkisinin protokolleri de kapsayacak şekilde genişletilmesinin AİHS'nin koruma sistemi dikkate alındığında, yerinde bir düzenleme olduğu değerlendirilmiştir¹⁹⁷⁴.

Anayasa Mahkemesinin yapılan bireysel başvuruyu inceleyebilmesi için öncelikle bu ihlal iddiasının konusunun “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi bir” hakka ilişkin olması gerekmektedir. (Anayasa, m. 148/3, Kanun m. 45/1). Mahkemenin konu bakımından yetkisi Anayasadaki haklarla sınırlı olmakla birlikte, Anayasa'da yer alan kavram ve terimlerin anlam ve kapsamının belirlenmesi amacıyla, AİHS ve diğer uluslararası metinlerdeki haklara AİHM ilgili Sözleşmeyi yorumlamakla yetkili ulusalüstü kurumun kararlarının göz önünde bulundurulması, Mahkeme'nin insan haklarını koruma ve dolayısıyla Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını garanti altına alma görevini etkili olarak yerine getirebilmesi bakımından önemlidir¹⁹⁷⁵.

AİHS'de düzenlenen temel hak ve özgürlükler, kural olarak Anayasa'nın “medeni ve siyasi hak ve özgürlükler” bölümünde yer alan hakları içermekte, Anayasa'nın ekonomik ve sosyal haklar bölümünde yer alan haklar istisnalar dışında Sözleşmede açıkça düzenlenmemektedir.

Diğer yandan AİHM, AİHS ve Protokollerdeki haklarla bu belgelerde yer almayan sosyal haklar arasında bağlantı kurmuş, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşam, sosyal güvenlik, sağlık hakkı gibi sosyal hakların bu sayılan hakların ayrılmaz parçası olduklarına karar vererek başvuruları ele almıştır. Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin de AİHS ve Protokollerini yaşayan bir hukuk sistemi olarak adlandırılan AİHM içtihadına uygun bir yargısal tutum benimseyerek AİHS ve

¹⁹⁷⁴ GÖZTEPE, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, s. 15.

¹⁹⁷⁵ ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, s. 219-220.

Protokollerinde düzenlenen haklardan Anayasa tarafından da tanınmış olan hakları tespit ederken Anayasada yer alan her bir hakkın konusunun bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında yer alan menfaatlerinin korunmasına olan katkısını göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapması bireysel başvuru yolunun etkin bir yargısal koruma sağlaması bakımından önemlidir¹⁹⁷⁶. Çocuğun korunmasını konu alan hakları, Anayasa ve AİHS’de düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesi, yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı; çocuğun gelişimini konu alan hakları, maddi ve manevi varlığını geliştirme ve eğitim hakkı; çocuğun kararlara katılım ve görüşünün alınması haklarını ise ifade özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğünün konusu ile ilişkilendirerek korunmaktadır. Mahkemenin yorum yoluyla, farklı hakların konusunu yeniden yorumlama ya da mevcut ilkelerden yeni haklar çıkarma yetkisi göz önüne alındığında, yeni haklar yaratarak ve mevcut hakların konularında güncelleştirme yoluyla çocuk haklarını da koruyabileceği açıktır¹⁹⁷⁷. Bu çalışmada da ortaya konduğu üzere Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru usulünün kabul edilmesinden önceki dönemde dahi 17’nci maddesinde düzenlenen yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile sosyal güvenlik hakkı arasında bağlantı kurmuştur¹⁹⁷⁸.

Ekonomik ve sosyal haklar ile medeni ve siyasi hakların mutlak olarak birbirlerinden ayrılmasının mümkün olmadığını kabul eden AİHM, kimi ekonomik ve

¹⁹⁷⁶ *Airey v. Ireland* (Appl.6289/73) 9.10.1979, parag. 24, 26.

¹⁹⁷⁷ Yargının yeni hakların anayasal sisteme katılması” işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Mithat SANCAR, **Temel Hakların Yorumu**, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1995, s. 269; İbrahim Ö. KABOĞLU, “İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze)”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 9, 1992, 121-136, s. 135; KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s. 162-163. AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi, aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde çocuğun ana babası ile kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkını korumaktadır.

¹⁹⁷⁸ AYM, E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991; E. 1996/17, K. 1996/38, k.t. 16.10.1996; E. 1998/38, K. 1998/70, k.t. 17.11.1998; E. 1986/ 16, K. 1986/25, k.t. 21.10.1986. Böylece Mahkeme 65’inci maddenin sınırını dar yorumlamıştır.

sosyal hakları, AİHS ile korunan hakların konusu ile olan yakın bağından hareketle Sözleşme’de düzenlenen hakka ilişkin pozitif yükümlülükler çerçevesinde korumaktadır. Mahkeme, ilgili devletin hakkın bu yönüne ilişkin çekince koymuş olmasını, hakkın pozitif edim gerektiren boyutunun güvence altına alınmaması durumunda Sözleşme’de düzenlenen bir hakkın ihlali niteliğinde kabul edilebileceği durumlarda dikkate almamaktadır. Örneğin Mahkeme, başvuranın adli yardımdan yararlanmamasının adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini kabul etmiştir. AİHM, Sözleşme’de tanınan haklardan kaynaklanan yükümlülüklerin sosyal ve ekonomik haklar alanına yayılabileceğine ve Sözleşme’nin ilk maddesi uyarınca devletlere Sözleşme’de tanınan hakları etkili bir şekilde yaşama geçirme yükümlülüğü getirilmiş olduğuna işaret etmiştir¹⁹⁷⁹. Ayrıca Mahkeme, diğer uluslararası belgeler ve sözleşmeler yanında, organik olarak bağlı bulunduğu Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen ekonomik ve sosyal hakları düzenleyen Avrupa Sosyal Şartı’na da sıkça atıf yapmakta ve AİHS’de yer alan hakları yorumlarken bu metinlerde düzenlenen haklar ile bağlantısından hareketle bir sonuca ulaşmaktadır¹⁹⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi, bir hakkın Sözleşme ve Anayasanın her ikisi tarafından koruma altına alınıp alınmadığını değerlendirirken, hakkın kapsam ve içeriğinden hareketle bir sonuca ulaşmaktadır. Mahkeme, Anayasa’nın bir hakkı hangi bölümde düzenlemiş olduğu hususuna odaklanarak yetkisinin kapsamını dar yorumlamamakta, hakkın koruduğu konunun hem Sözleşme hem de Anayasada güvence altına alındığını değerlendirdiği durumlarda yapılan başvuruyu incelemektedir.

Örneğin Mahkeme, Anayasa’nın 17’nci maddesinin ilk fıkrasında, kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasının güvence altına alındığına işaret ederek Devletin

¹⁹⁷⁹ *Airey v. Ireland*, (Appl. No: 6289/73), parag. 29-30.

¹⁹⁸⁰ *Demir and Baykara v. Turkey*, (Appl. No: 34503/97), 12.11.2008, parag. 45, 49; *J. and Others v. Austria*, (Appl. No: 58216/12), 17.1.2017, parag. 33; *Emel Boyraz v. Turkey*, (Appl. No: 61960/08), parag. 39.

bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkının, ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin sağlık hizmetlerinin, hastaların yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemesini de içerdiğini kabul etmektedir¹⁹⁸¹. Bu yaklaşımın Mahkeme'nin norm denetimine ilişkin kararlarında da kabul edilmekte olan bir yaklaşım olduğu hususu bu çalışma çerçevesinde etraflıca incelenmişti. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik hakkını, Anayasa'nın 17'nci maddesiyle düzenlenen yaşama hakkı ile ilişkilendirmekteydi. Anayasa Mahkemesi'ne göre, *“hukuk devletinin amaç edindiği yaşam hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemelerin ‘yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını’ zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir”*¹⁹⁸². Bu gerekçeyle Anayasa Mahkemesi, 506 sayılı Kanunun 34'üncü maddesinde öngörülen sosyal sigortalılara yapılacak sağlık yardımını 18 ayla sınırlayan hükmü *“sağlık yardımı sonunda henüz iyileşmemiş ve tedavisi sürmekte olan kişinin gerek yaşama hakkının, gerekse maddi ve manevi varlığını koruma hakkının özünü zedeler bir nitelik taşıdığından Anayasa'nın 17'nci maddesine aykırı”* görmüştür. Bu karar, çocukların yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığının korunması haklarının tehlikeye girmesine yol açan sosyal güvenlik tedbirlerinin alınmamasından kaynaklanan ihlaller üzerine yapılan bireysel başvuruların Mahkeme tarafından görev alanı içinde değerlendirileceğini göstermesi bakımından önemlidir.

Bu noktada sağlık, sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı, eğitim ya da sosyal güvenlik hakkının bireylerin maddi ve manevi varlıklarını gerektiği gibi korumasına imkân veren bir kanuni düzenlemenin ülkenin hukuk sisteminde hiç bulunmamasından kaynaklandığı

¹⁹⁸¹ Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu, (B. No: 2014/13327), 8.3.2018, parag. 42-43; Ahmet Acartürk, (B. No: 2013/2084), 15.10.2015, parag. 51.

¹⁹⁸² AYM, E: 1986/16, K: 1986/25, k.t. 21.10.1986.

durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu ihlal iddiasını bireysel başvuru usulü çerçevesinde incelemekle yetkili olup olmadığı hususu üzerinde de durulmalıdır. Bilindiği gibi bireylere temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiklerini ileri sürdükleri yasalara karşı bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır.

6216 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 148'inci maddesinin beşinci fıkrası doğrultusunda bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir. Kanunun 45'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, Anayasada yer alan “kamu gücü” kavramı daraltılarak, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler anayasa şikâyetinin kapsamına alınmamıştır. Oysa Anayasadaki kamu gücü kavramı herhangi bir kısıtlama olmaksızın düzenlenmiştir ve bu kavramın yasama, yürütme ve yargı organlarını kapsadığı kuşkusuzdur. Öğretide bunun yanında aynı fıkradaki “*yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi*” ifadesinin, yasa koyucunun son mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurularda, bu mahkeme kararına kaynaklık eden düzenleyici idari işlem ya da yasanın da anayasaya uygunluğunun denetlenmesini olanaklı kılma amacını taşıdığına işaret edilmekle birlikte, tasarının 49'uncu maddesinin altıncı fıkrasında “*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar*” hükmünü içeren düzenlemenin Anayasa Alt Komisyonu'nda oybirliğiyle tasarı metninden çıkarılmış olduğu göz önünde bulundurularak konunun Anayasa Mahkemesi açısından önemli bir yetki tartışmasını içinde barındırdığı ifade edilmektedir¹⁹⁸³. Nitekim Mahkeme'nin önüne 6216 sayılı Kanunun “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı*”nı öngören 45'inci

¹⁹⁸³ GÖZTEPE, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, s. 27, 28.

maddesinin üçüncü fıkrasının iptali istemi getirilmiş ancak Mahkeme, söz konusu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır¹⁹⁸⁴.

Öğretide 6216 sayılı Kanunun 45'inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki bu düzenlemenin, bireysel başvuru hakkının kabul edildiği hemen hemen bütün ülkelerdeki düzenlemeye paralel bir düzenleme olup bu olağanüstü kanun yolunun işleviyle uyumlu olduğu değerlendirilmekle birlikte, yasama işlemlerine karşı doğrudan başvuru yasağının neden konulmuş olduğunun iyi anlaşılması ve uygulamanın başvuru yolunun işleviyle orantılı bir içeriğe kavuşturulması zorunluluğuna dikkat çekilmiştir¹⁹⁸⁵. İlgili hükümde “doğrudan” ibaresine yer verilerek yalnızca ulusal hukuku değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan ve halk davası olarak adlandırılan başvuruların, bireysel başvuru usulü kapsamının dışında tutulması amaçlanmaktadır¹⁹⁸⁶. Yasama işlemlerinin bireysel başvuru konusu yapılamamasının temelinde bireysel başvurunun, bu işlemlerin öncelikle kişilere somut olarak uygulanması sonucu ihlalin gerçekleşeceği kabulü vardır. Mahkeme, bireysel başvuru yolunun bireylerin maruz kaldığı temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin tespitinin yapılmasına imkân veren ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvence olduğu, bu güvence kapsamında bireylere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisi tanınmadığı,

¹⁹⁸⁴ E: 2011/59, K: 2012/34, 1.3.2012. Mahkeme'ye göre “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamaması, tamamen bireysel başvuru hakkının niteliği ile ilgili olduğu gibi bu işlemlerin uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmamalarından da kaynaklanmaktadır. Yasama işlemleri soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olduğu gibi uygulanmaları bir hak ihlaline yol açmış ise bu işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi Anayasa Mahkemesine başvuru imkânına sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde düzenleyici idari işlemler de doğrudan Danıştay denetimine tabi olmakla birlikte uygulanmaları bir hak ihlaline neden olmuş ise hakkı ihlal edilen açısından Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile başvurucuya somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun veya düzenleyici idari işlemin sadece hukuk düzeninde var olması, kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır.”

¹⁹⁸⁵ Ece GÖZTEPE, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, **Anayasa Yargısı**, C: 32, 2015, ss. 17-33, s. 26.

¹⁹⁸⁶ Hakan ATASOY, “Bireysel Başvuruda Güncel Sorunlar”, edit: Sevtap YOKUŞ, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2015, ss. 227-277, s. 242.

bireysel başvuru yolunun kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayacak bir yol olarak düzenlenmediği tespitinde bulunduktan sonra, bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabileceği ve bu yolun kullanılabilmesi için söz konusu işlem, eylem ve ihmallere karşı varsa başvurulabilecek kanun yollarının da daha öncesinde tüketilmiş olması gerektiği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir¹⁹⁸⁷.

Ancak bazı hallerde ihlal Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırı bir yasanın kişiye uygulanma ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Dayanağı kanun olmakla birlikte aynı zamanda ilgili hakkında sonuç doğuran, doğrudan ve güncel bir hakkının ihlaline yol açtığına ilişkin iddialar bakımından ayrı bir yaklaşıma ihtiyaç vardır¹⁹⁸⁸. Kanun koyucunun aslında bir idari işlem konusu olması gereken konuları doğrudan yasayla düzenlediği ya da yasanın uygulandığı anda hak ihlalinin gerçekleşeceği ve gerçekleşen zararı gidermede etkili bir hukuki korumanın mevcut olmadığı hallerde, yasaya karşı doğrudan başvuru yolunun kabulü zorunlu olarak değerlendirilmektedir¹⁹⁸⁹. Hukuk sistemindeki mevcut bir hukuki çarenin işlevine uygun şekilde yorumlanması, muhtemel ve başka araçlarla giderilemez olan doğrudan zararların önlenmesinin sağlanması amacından hareketle kişilerin kendileri hakkında yakın gelecekte uygulanması kuvvetle muhtemel olan kanun veya düzenleyici işlemlere karşı da bireysel

¹⁹⁸⁷ Arif Güneş Başvurusu, (B. No: 2012/837), 5.3.2013, parag. 17. Aynı yönde bkz: Süleyman Erte Başvurusu, (B. No: 2013/469), 16.4.2013, parag. 17-18.

¹⁹⁸⁸ Tolga ŞİRİN, **Türkiye’de Anayasa Şikayeti. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 384.

¹⁹⁸⁹ Ece GÖZTEPE ÇELEBİ, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, s. 27.

başvuruda bulunabileceklerinin kabulü, etkili bir hukuki koruma sağlamak için zorunludur¹⁹⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi de “*başvurucunun, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklamasının bireysel başvurunun kabul edilmesini ve esastan incelenmesini sağlayabileceğini*” değerlendirmiş¹⁹⁹¹, başka bir kararında ise, benzer uyuşmazlıklarda AİHM’in içtihadına¹⁹⁹² da atıfla kendilerinin belirli bir işlemten doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ve dolayısıyla potansiyel olarak mağdur olduklarını iddia eden başvuru sahipleri ile yalnızca ulusal hukukları değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular arasında dikkatli bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁹⁹³. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi, potansiyel mağdurluk kavramına uzak olmadığını ortaya koyarak potansiyel mağdurluğu, “doğrudan” ve “yaklaşan” “tehdit ve tehlike” unsurlarıyla açıklamıştır¹⁹⁹⁴.

Daha yakın tarihli ve ülkesine geri gönderilmesi hâlinde siyasi görüşü ve dinî inançları nedeniyle kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu belirten başvuru sahiplerinin pratikte bu iddialarını dile getirebileceği etkili bir başvuru yolu bulunmadığına, bir başka deyişle mevcut yargısal sistemin etkili olmadığına ilişkin başvuru konumuz açısından önemlidir. Bu başvuruda ortaya çıkan durum, idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından değil 6458 sayılı Kanun’un 53’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikten

¹⁹⁹⁰ Sevtap YOKUŞ, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

¹⁹⁹¹ *Ayşe Hülya Potur Başvurusu*, (B. No: 2013/8479), 6.2.2014, parag. 27.

¹⁹⁹² *Klass and others Germany*, (Appl. No: 5029/71), 6.9.1978, parag. 33; *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, (Appl. No. 27520/07), 25.10.2011, parag. 66.

¹⁹⁹³ *Liberal Demokrat Parti Başvurusu*, (B. No: 2014/11268), 23.7.2014, parag. 17.

¹⁹⁹⁴ Bu iki başvurunun doğrudan yasa aleyhine değil yasanın uygulanma ihtimaline yönelik olduğuna da dikkat çekmek gerekir.

kaynaklanmaktadır. Mahkeme başvurucunun idare mahkemesine açtığı davanın sonucunu beklerken sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran, yasal bir güvenceye sahip olmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği, ihlalin ise mevzuatta yapılan değişiklik sonrası oluşan yeni durumdan kaynaklandığı sonucuna varmış ve Anayasa'nın 17'nci maddesiyle bağlantılı olarak 40'ıncı maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁹⁹⁵. Aynı zamanda Mahkeme, somut başvuru çerçevesinde ihlalin idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıktığını ve kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklandığını tespit etmiştir. Ayrıca söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesinin ancak ihlale yol açan kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ile mümkün olacağını vurgulamıştır¹⁹⁹⁶. Yapısal sorunun ortadan kaldırılması ve benzer başvuruların çözüme kavuşturulması için belirli bir süre öngörüp bu süre zarfında diğer başvuruların incelenmesini erteleyebilmesine imkân veren Mahkeme İçtüzüğü'nün 75'inci maddesi uyarınca pilot karar usulünün başlatılmasına karar vermiştir¹⁹⁹⁷. Diğer yandan Mahkeme, kararın bir örneğinin yasama organına ve yeniden yargılama yapılması amacıyla yetkili idare mahkemesine de gönderilmesine karar vermiş ancak yasal

¹⁹⁹⁵ *Y.T. Başvurusu*, (B. No: 2016/22418) 30.5.2019, parag. 61-62. Ancak Mahkemeye göre, 6216 sayılı Kanun'un 50'nci maddesinin birinci fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken idarenin, yargısal makamların veya yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez. Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere göndereceğini ifade etmiştir.

¹⁹⁹⁶ *Y.T. Başvurusu*, (B. No: 2016/22418), parag. 69.

¹⁹⁹⁷ parag. 73. Ayrıca Mahkeme, Yasama organı tarafından 6458 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinin (3) numaralı fıkrasının değişikliktan önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracığı ve benzer nitelikte yeni başvurular yapılmasını engelleyeceği tespitiyle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir. parag. 76.

değişikliğe gidilmemesi durumunda yeniden yargılama kararı verilmesinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeterli olmadığı anlaşıldığından ayrıca başvuruçunun yeniden yapılacak yargılamanın sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemesine de karar vermiştir¹⁹⁹⁸.

Bu başlık altında tartışılması gereken bir konu da çocukların sosyal ve ekonomik haklara ilişkin taleplerinin ne ölçüde bireysel başvuru konusu olabileceğinin tespitidir.

Kural olarak medeni ve kişisel hak niteliğindeki hakları koruma üzerine inşa edilen Sözleşme çerçevesinde, çoğunlukla ekonomik, sosyal ve kültürel hakların konusuna ilişkin taleplerin karşılanmamasından kaynaklanan ihlal iddialarının Sözleşme ve dolayısıyla Anayasa'nın 148'inci maddesinde yer alan kısıt nedeniyle bireysel başvuru usulü çerçevesinde incelenmesinin talep edilip edilemeyeceği sorusu, özel olarak korunması gerekenler statüsü ile ilişkili çocukların hakları açısından yaşamsal önemde bir hukuki sorundur.

Gerçekten de, devletin mali kaynaklarının tahsisini gerektiren önlemlerin yeterli ölçüde alınmamasından kaynaklandığı iddia edilen ihlaller nedeniyle devletin sorumluluğun tespiti konusu, haklarının gerçekleştirilmesi için mutlak suretle bir yetişkinin ya da otoritenin yardımına ihtiyaç duyan çocukların haklarının anayasal rejimi

¹⁹⁹⁸ parag. 82. Mahkeme kişinin geri gönderilmemesine karar vermekle birlikte aynı kararın önceki paragraflarında “6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken idarenin, yargısal makamların veya yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez. Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir” demektedir (parag. 66). Mahkeme’nin Anayasaya aykırı kanunu ihmal ederek kişinin geri gönderilmemesine karar vermesi ve bu kararı aynı konuda yapılmış 1545 başvuru hakkında da geçerli olduğunu kabul etmesi, yasama organı söz konusu yasayı değiştirme yoluna gitmediğinde yeni ihlallerin gündeme gelmesine engel olamayacaktır. Böylesi durumlarda Mahkeme’nin bireysel başvurunun işlevini dikkate alarak, bireysel başvuru incelemesi sırasında davaya bakan mahkeme olduğunu kabul etmesi ve gerekli gördüğü takdirde ihlalin dayanağını oluşturan yasanın anayasaya uygunluk denetimini yapması, Anayasa’nın üstünlüğüne ve temel hak ve hürriyetlere Anayasa ile tanınan güvencelere etkinlik kazandırması bakımından önemlidir. Aynı yönde bkz: GÖZTEPE ÇELEBİ, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, s. 29.

bakımından önemlidir. Karşılaştırmalı hukukun verileri incelendiğinde ihlal edildiği ileri sürülen hakkın konusu ve önemi esas alınarak, farklı anayasal sistemlerde tanınan yargısal araçların imkân verdiği ölçüde, yargı kararları ile devletin yükümlülüklerinin kapsamının somutlaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir¹⁹⁹⁹.

Karşılaştırmalı hukukun verilerinden hareketle kural olarak kaynak dağılımı konusunda, yalnızca seçimle işbaşına gelen ve politika üretmekle görevli yasama organının yetkili olduğu, yargı makamlarının mali kaynakların farklı öncelikler arasında tahsisi konusunda karar vermeye yetkili olmadığı yönünde geleneksel bir eğilimden söz etmek yanlış olmayacaktır. Ancak, hakkın muhatabının, haklardan yararlanabilmek için mutlak olarak bir yetişkine ya da devletin yardımına bağımlı olan çocuk olduğunda, özellikle dezavantajlı çocukların devletin mali kaynaklarının tahsisinde öncelik vermesi gereken gruplardan oldukları yargı makamlarınca da kabul edildiği görülmektedir. Örneğin HIV virüsünün anneden bebeğe geçişini engelleyen nevirapine adlı ilacın iki pilot bölge dışındaki bölgelerde ücretsiz uygulanmamasının Anayasa'nın sağlık hakkına ilişkin hükmünün²⁰⁰⁰ ihlali niteliğinde olduğuna ilişkin dava üzerine Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, devletin sağlık sektöründeki kaynak ve kapasite eksikliğine dayanan yetersizliğinin, hayat kurtaran temel bir tıbbi müdahaleden yararlanmaya engel olduğuna ve bu nedenle kamusal sağlık birimlerinde ilacın gecikmeksizin kullanılmasına izin vermeme ve kolaylaştırmamanın makul olmadığına ve bunun Anayasanın 27'inci maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir²⁰⁰¹. Mahkeme kararında HIV'in anneden yeni

¹⁹⁹⁹ Bu konuda bkz: ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, s. 204 vd. , Yüksek Mahkeme kararları çerçevesinde bkz. Tushnet, “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, s. 1902-1903.

²⁰⁰⁰ Güney Afrika Anayasası'nın 27/1 (a) bölümü üreme sağlığını da kapsamak üzere, herkesin sağlık hizmetlerine erişim hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Anayasa'nın 27/2'nci bölümü ise, bu alanda devletin ödevine yer vermektedir: “Devlet, imkân dâhilindeki kaynaklar çerçevesinde, bu hakların her birinin aşamalı biçimde gerçekleştirilmesi için, gerekli yasama önlemlerini ve diğer önlemleri almak zorundadır.”

²⁰⁰¹ *Treatment Action Campaign v Minister of Health* (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC) .

doğın bebeğe geçişine engel olan ilacın acil olduğunu ve ilaca erişememelerinin, tüm haklardan yararlanmalarını derinden etkileneceğini, devlete bağımlı konumda olan ve devlet desteğine gereksinim duyan bebekler ve anneleri için “Nevirapine” uygulamasının yaşımsal değerde olduğunu ifade etmiştir²⁰⁰².

Kanada’da ise üç altı yaş arası otistik çocuklara yönelik özel bir tedavi programı bulunması talebiyle açılan *Auton* davasında Mahkeme, eşitlik ilkesini devletin bir yarar ya da hizmet sunmayı benimsediği durumlarla sınırlı olarak uygulayabileceğini kabul etmekle birlikte²⁰⁰³ kararda devletin otistik tedavi konusundaki yavaşlığına dikkat çekmiştir²⁰⁰⁴.

Bu nitelikli hakların aşamalı olarak gerçekleştirilebileceği kabul edilmekte iken, bu amaca yönelik adımların makul bir süre içinde atılması da önemlidir²⁰⁰⁵.

AİHM, devletin mali kaynaklarının tahsisini ya da daha yüksek oranda tahsisini konu alan taleplerde, kural olarak kıt kaynakların dağıtımı konusunda takdir yetkisinin taraf devletlere ait olduğunu kabul etmektedir²⁰⁰⁶. AİHM’nin Sözleşme metninde düzenlenen haklar karşısında devletin pozitif yükümlölüklerini tanıyor ve bunların dava edilebilirliğini kabul ediyor olmasına rağmen, Sözleşme çerçevesinde korunmadığı gerekçesi ile sosyal hak olarak nitelediği hakları korumayı açıkça reddettiği bir yargısal

²⁰⁰² parag. 78-79.

²⁰⁰³ *Auton v. British Columbia*, (2004) 3 SCR 657, 2004 SCC 78, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc78/2004scc78.html>

²⁰⁰⁴ ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, s. 204-212.

²⁰⁰⁵ CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990 (Contained in Document E/1991/23), parag. 1, 2.

²⁰⁰⁶ Luke CLEMENTS - Alan SIMMONS, “European Court of Human Rights: Sympathetic Unease”, **Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, ss. 409-427, s. 409-410.

tutum benimsediği değerlendirilebilir²⁰⁰⁷. Nitekim Mahkeme, *Nitecki v Polond* kararında, ALS hastası olan başvurunun tedavisi için gerekli olan ilacın bedelinin %70'ini devletin karşıladığı, kalan %30'luk kısmın kendisi için aşırı bir mali yük getirdiğinden tedavisine devam edemediği ve sağlık durumunun kötüye gittiği ve Devletin ilacın tamamını karşılamayı reddetmesinin Sözleşmenin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkını ihlali niteliğinde olduğu başvurusu üzerine başvurunun açıkça dayanaktan yoksun ve Sözleşmenin 2'nci maddesi kapsamında olmadığı sonucuna varmıştır²⁰⁰⁸. *Pentiacova and Ors v Moldova* kararında ise Mahkeme, kronik böbrek yetmezliği hastası ve hemodiyalize muhtaç olan başvuruçuların, tedavi masrafları daha önce tamamen devlet tarafından karşılanmaktayken, hastane bütçelerinin kısılması nedeniyle tedavilerinin bir kısmını ödemek zorunda kalmalarının yaşam hakkının ihlali niteliğinde olduğu konulu başvuruda, tedavi giderlerine katılmanın yaşam hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir²⁰⁰⁹.

Sentges v. Netherlands davasında kolunu kullanamayan ve bir başkasının yardımı olmaksızın tekerlekli sandalyesini hareket ettiremeyen 17 yaşındaki bir gencin, değeri yaklaşık 36 bin euro olan biyonik kolun ücretinin karşılanması talebinin sağlık sigortası kuruluşu tarafından reddedilmesinin, kişisel özerkliği tamamen kaybedecek şekilde bağımlı bir şekilde yaşamak zorunda kalması karşında Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenen haklarının ihlali niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, bireyin ve toplumun yarışan çıkarları arasında olması gereken adil dengenin tayininde devletlerin geniş takdir marjına sahip olduklarını ve sınırlı devlet kaynaklarının tahsisi bağlamında

²⁰⁰⁷ Eva Brems, "Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, ed. D. Barak-Erez & A.M. Gross, Oxford, Hart, 2007, ss. 135-167, s. 136.

²⁰⁰⁸ *Nitecki v. Poland*, (Appl. No: 65653/01), 21.3.2002.

²⁰⁰⁹ *Pentiacova v. Moldova* (Appl. No: 14462), 4.1.2005.

önceliklerin değerlendirilmesi konusunda devletin takdir marjının daha da geniş olduğunu kabul etmiştir²⁰¹⁰.

Mahkeme, *Pançenko v. Litvia* kararında Sözleşme'nin ücretsiz gecekondü, çalışma hakkı, ücretsiz tıbbi bakım ya da devletin belirli bir yaşam seviyesi için gereken mali yardımda bulunmasını talep hakkı gibi ekonomik ve sosyal hakları güvence altına almadığını ifade etmiştir²⁰¹¹.

Diğer yandan Mahkeme devletin haklara müdahale etmeme yükümlülüğü yanında, Sözleşmede yer alan hakların yaşama geçirilmesi amacıyla pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu yönündeki içtihadını, mali kaynaklarının tahsisini gerektiren belli konulara ilişkin taleplere koruma sağlamak üzere genişlettiğinin gözlemlendiği içtihatlarından söz etmek de mümkündür. Mahkeme, medeni ve siyasal nitelikte olduğu kabul edilen hakların etkili bir biçimde yaşama geçirilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmesi için, devletin mali kaynaklarının tahsisini de içeren pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu, Sözleşme'nin ilk maddesinde düzenlenen “herkese Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlükleri sağlamak” yükümlülüğü²⁰¹², Sözleşme tarafından garanti edilen hakların sadece “teorik ve soyut” kavramlar değil, aynı zamanda pratik ve somut etkileri olan haklar oldukları, kişilerin haklarının korunmasına yönelik bir Sözleşme olarak, hükümlerinin gerekliliklerini somut ve etkin kılacak şekilde yorumlanması ve uygulanması yükümlülüğüne atıfla gerekçelendirmiştir²⁰¹³.

Çam v. Turkey davasında, görme engelli olduğu gerekçesiyle konservatuara kaydedilme talebi reddedilen öğrenci tarafından yapılan başvuru karşısında Hükümet, okulun görme engelli öğrenciler için gerekli altyapıya sahip olmadığını ve bu hususla

²⁰¹⁰ *Sentges v. the Netherlands* (Appl. No: 27677/02), 8.7.2003.

²⁰¹¹ *Pançenko v. Lithuania*, (Appl. No: 40772/98), 28.10.1999.

²⁰¹² *Airey v. Ireland*, (Appl. No: 6289/73), parag. 26.

²⁰¹³ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 53.

ilgili olarak, okulun bir düzenlemesi bulunmadığını ileri sürmüştür. AİHM, eğitimin çağdaş bir devlette en önemli kamu hizmetlerinden biri olduğunu hatırlatarak, bu bağlamda makamların tahsis edebileceği kaynakların ister istemez sınırlı olmasına rağmen, düzenlemesi gereken “kompleks bir hizmet” olduğunu ve yönetilmesinin masraf gerektirdiğini ve söz konusu ihtiyaçları karşılamakla sınırlı olan kapasitesi arasında bir denge kurması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, devletin engelli kişilerin eğitim hakkının gerçekleştirilmesi konusunda mali kaynakların tahsisini gerektiren olumlu edimlerinin çerçevesini belirlerken, ulusalüstü hukukta kabul edilen ilkeleri de göz önünde bulundurarak Sözleşme’nin teorik veya soyut hakları değil, somut ve etkili hakları korumayı hedeflediği ilkesini²⁰¹⁴ muhakemesinin merkezine alarak davayı incelemiştir²⁰¹⁵. Ayrımcılık yasağına ilişkin 14’üncü maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin “tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını” sağlamak üzere engelli olan kişilerin beklemekte haklı oldukları ve belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük yüklemeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler” olarak ifade edilen makul düzenlemeler bakımından söz konusu metinlerde yer alan gereklilikler ışığında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Görme engelli gençlerin de eğitim görebilmesi amacıyla Konservatuar’ın 1976 yılından bu yana sunduğu eğitimde uyarlamalarda bulunmak için herhangi bir girişimde bulunmadığını tespit ederek 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesi ile birlikte Sözleşme’nin 14’üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²⁰¹⁶. Hiç şüphesiz bu davada Mahkemenin 14’üncü maddenin ihlali olarak nitelendirdiği olgu, devletin engellilerin haklarının somut ve etkili haklar olarak yaşama

²⁰¹⁴ *Del Río Prada v. Spain*, (Appl. No: 42750/09), parag. 88; *Dvorski v. Croatia*, (Appl. No: 25703/11), parag. 82.

²⁰¹⁵ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 64.

²⁰¹⁶ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 69.

aktarılmasını sağlayacak yeterli mali kaynak tahsis etmemiş olmasıdır. Mahkemenin bu yargısal tutumu, mali kaynakların tahsisini gerektiren her durumu, devletin takdir marjı içinde görerek yargısal açıdan kendini kısıtladığı bir alan olarak görmediğini ortaya koymaktadır. Diğer yandan Mahkeme, kamu hizmetlerinin sağladığı bazı diğer edimlerin aksine, eğitimin Sözleşme tarafından doğrudan korunan bir hak olduğunu ve bu hakka ilişkin yeknesak hale gelen içtihadına²⁰¹⁷ dayanarak devletin eğitime erişimin düzenlenme şekline karar verdiğinde kendi yargısına tabi kişilerin eğitim ihtiyaçlarını ile sınırlı kapasitesi arasında adil bir denge kurması gerektiğini vurgulamıştır²⁰¹⁸.

Üniversite eğitimi sırasında geçirdiği bir kaza sonucu hareket kabiliyetini kaybeden öğrencinin okul binasının engelli kişilerinin erişimine elverişli hale getirilmemesi nedeniyle haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüğü *Enver Şahin v. Turkey* davasında, hükümetin talep edilen düzenleme ve değişiklikler için mali kaynaklarının eksikliğini ileri sürmesine rağmen Mahkeme, engelli kişilere eğitim kurumlarına yeterli erişimi sağlama konusunda ulusal makamların bir takdir marjı olduğunu ve alınması gereken önlemleri mevcut kaynaklara göre değerlendirmek için en iyi durumda olduklarını kabul ettiğini ifade etmekle birlikte fakülte binalarının erişilebilirliği sorununun, Kanun tarafından öngörülen düzenleme ve değişikliklerin yapılması için gerekli sermaye ve ödeneklere ulaşılan kadar askıya alınabilmesini kabul edilemez bulmuştur²⁰¹⁹.

Mahkemenin bu yaklaşımı, özellikle ESKHS'nin 2'nci maddesinde kabul edilen, devletin mali kaynakları ölçüsünde mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir ölçüde gerçekleştirme yükümü ile uyumludur. Zaten AİHM de Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi veya Avrupa Sosyal Şartı gibi belgelerde belirtilen

²⁰¹⁷ *Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, (Appl. No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), parag. 9; *Leyla Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 44774/98), parag. 136-137.

²⁰¹⁸ *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 52.

²⁰¹⁹ *Enver Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 23065/12), parag. 32.

eğitim hakkına ilişkin hükümlere atıfla “Sözleşme’nin, mümkün olduğunca, ayrılmaz bir parçasını oluşturan uluslararası hukukun diğer kurallarıyla uyumlu olacak şekilde yorumlanması” gerektiğini ifade etmiştir²⁰²⁰. Mahkeme Sözleşme’nin 14’üncü maddesinin, engellilerin “tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını” sağlamak üzere engelli olan kişilerin beklemekte haklı oldukları “belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük yüklemeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler” olarak nitelediği makul düzenlemeleri de kapsadığını ifade etmektedir²⁰²¹.

Anayasa Mahkemesi’nin mali kaynakların tahsisini gerektiren talepler karşısında, devletin yükümlülüklerinin kapsamını değerlendirme fırsatı, iptal davaları yanında bireysel başvurular çerçevesinde de söz konusu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi de devletin mali kaynakların tahsisini gerektiren yükümlülüklerin yerine getirilmesinde “sürekli olarak artan” faaliyetler yürütülmesi suretiyle devletin bu haklara ilişkin ödevlerini aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması bakımından yeterli görmektedir. Başvurucuların oğulları O.D.’nin dünyaya geldiği dönemde kızamık hastalığının eliminasyonu tam olarak gerçekleştirilememiş ise de kızamık hastalığının eliminasyonu için sürekli olarak artan aşılama oranlarına ulaşıldığı ve bu kapsamda rutin aşılama yanısıra çeşitli aşı kampanyaları yürütüldüğünü, ihtiyaçların öncelik sıralamasının belirlenmesinde ve kamusal kaynakların hangi sağlık hizmetine ne kadar tahsis edileceği hususunda idari makamların daha elverişli konumda olduklarını dikkate alarak somut olayda anılan dönemde kızamık hastalığının tamamen yok edilememiş olmasında yetkili

²⁰²⁰ *Timishev v. Russia*, (Appl. No: 55762/00 ve 55974/00), parag. 64; *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia*, (Appl. No: 43370/04, 8252/05, 18454/06), parag. 136; *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 53.

²⁰²¹ *Enver Şahin v. Turkey*, (Appl. No: 23065/12), parag. 32; *Çam v. Turkey*, (Appl. No: 51500/08), parag. 65, 67; *Şanlısoy c. Turquie*, (Appl. No. 77023/12), parag. 60.

makamlara bir sorumluluk atfedilemeyeceğini değerlendirilmiştir. Mahkeme ayrıca bu yükümlülüklerin yerine getirilme ölçüsünü değerlendirirken ulusüstü kurumların kararlarında ifade edilen standartlara uygunluğu göz önünde bulundurarak bir sonuca ulaşmaktadır²⁰²². Mahkeme'nin kararında “sürekli olarak artan aşılama oranlarına ulaşıldığı”nı tespit etmesi, devletin sağlık hizmetleri aracılığıyla yaşamı koruma yükümünün çerçevesini, somut olay çerçevesinde ESKHK'nin Devletin mali kaynakların tahsisini gerektiren yükümlülüklerinin sınırına ilişkin tanımını ile de örtüşmektedir.²⁰²³

Özel eğitime ihtiyaç duyan çocuklarının, özel eğitim giderlerinin devlet tarafından karşılanmaması nedeniyle gündeme gelen bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, eğitim organizasyonunun karmaşık ve sürdürülmesi maliyetli bir faaliyet olduğunu ve devletin bu hizmete ayırabileceği kaynakların sınırlı olduğunu, Devletin bireylerin eğitim ihtiyaçları ile bu tür ihtiyaçlara tahsis edilecek kısıtlı kaynaklar arasında bir denge kurmak zorunda olduğunu, Anayasa'nın 65'inci maddesinde yer alan hüküm de göz önünde bulundurulduğunda eğitim hakkı da dâhil olmak üzere sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesinin ölçüsü konusunda, yasama organının bir takdir yetkisi olduğunu ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, yasama organın takdir yetkisinin sınırsız olmadığını ulusüstü hukukta engellilerin hakları karşısında devletin yükümlülüğünün çerçevesine ilişkin “makul önlemler kavramı”ndan hareketle belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, özürliülerin haklarının koruması için alınacak “makul önlemler”in belirlenmesinin ilgili kamusal makamlarının görevi olduğunu kabul etmekle birlikte bu

²⁰²² *Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu*, (B. No: 2015/4662), parag. 103. Mahkeme, Dünya Sağlık Örgütü'nün 1998 yılında dokuzuncu ayda tek doz önerisini devam ettirdiğine, 2000 yılında dokuzuncu aydaki ilk doz kızamık aşısına ek olarak çocuklara ikinci doz uygulanmasını önerdiğine, 2003 yılında bu önerisini tekrar ettiğine dikkati çekerek, Türkiye’de belli bir dönem tek doz olarak uygulanan kızamık aşısının anılan dönemdeki uluslararası standartlarla uyumlu olduğunu ve kamusal makamların herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmiştir.

²⁰²³ **UN Doc. E/1991/23**, parag. 5. Bu çalışmanın önceki kısımlarında da ifade edildiği üzere Komite'nin yorumu gereğince, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2'nci maddesi çerçevesinde taraf devletler, bu hakları “*aşamalı olarak tam anlamıyla*” gerçekleştirmek için gerekli önlemleri almakla; bunu ise “*kaynaklarını mümkün olan en geniş anlamda bu haklar için kullanarak*” yapmakla sorumlu tutulmuşlardır.

konudaki takdir yetkisinin kullanımının toplumsal açıdan dezavantajlı bir gruba dâhil olan özürlü bireyler üzerindeki etkileri göz önünde bulundurulduğunda sorumlu ve yetkili otoritelerin bu alandaki düzenleme ve uygulamalarında özenli davranmalarının beklenebileceğini değerlendirmiştir²⁰²⁴.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, koruyucu sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde organize edilmesi ve bireylere sunulması ve özel eğitime gereksinim duyan çocukların özel eğitim giderlerinin belli oranda devlet tarafından karşılanması konusunda devletin belli ölçüde pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu ifade ettikten sonra bu yükümlülüklerinin sınırı konusunda, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin ulusalüstü denetim organlarınca benimsenen “aşamalı olarak gerçekleştirme” kriteri ile uyumlu olarak, idarenin “sürekli olarak artan” bir çaba içerisinde bulunması gerektiğini kabul etmiştir.

Ancak bu iki uyumsuzluk bakımından uyumsuzluk konusunda Anayasa Mahkemesi’nin konumunu güçlendiren husus, devletin bu konudaki pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu zaten bir kanun ile açıkça kabul edilmiş olmasıdır.

bb. Çocuk Haklarının Norm Denetimi Usulü Çerçevesinde Korunması

1982 Anayasası bakımından kanunların Anayasaya uygunluğunu yargısal denetimi soyut norm denetimi ve somut norm denetimi olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilir. İptal davası olarak adlandırılan soyut norm denetimi, Anayasada belirtilen bazı organların bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne dava açmaları üzerine gerçekleştirilen denetimdir. İptal davasında asıl amaç, Anayasaya aykırı kanunları yürürlükten kaldırarak Anayasanın üstünlüğünü korumaktadır. Anayasa’nın 150’nci maddesine göre, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa

²⁰²⁴ U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/19352), parag. 47-51.

Mahkemesi'nde doğrudan iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere ait olduğu kabul edilmiştir.

İtiraz yolu ise bir mahkemede görülmekte olan bir davanın karara bağlanmasının, o davaya uygulanacak kanunun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa aykırı olduğu yönünde bir itiraz üzerine yapılan denetime işaret etmektedir²⁰²⁵. Görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözülmesinde uygulanacak normun anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmesi halinde, mahkeme tarafından bu itirazın ciddi bulunması ya da resen mahkemenin davaya uygulanacak normu anayasaya aykırı olarak değerlendirmesi üzerine ilgili mahkemenin, anayasaya aykırılık sorununu bir bekletici sorun yaparak, davanın görülmesini Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek karara kadar ertelemesi biçiminde işlemektedir.

Her iki usul de temel hak ve özgürlüklere dair Anayasaya aykırı normların yürürlükten kaldırılmasını ve böylece Anayasanın üstünlüğünü garanti altına almayı amaçlamaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan norm denetimi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa ile öngörülen ilke ve kurallarla çelişen kanun hükümlerinin yürürlükten kaldırılmasını sağlayarak çocukların haklarının korunmasına hizmet etmektedir. Diğer yandan bireysel başvuru usulü çerçevesinde çocuk haklarının korunması incelenirken ifade edildiği üzere, bireysel başvuru usulüne ancak Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerden AIHS sistematğinde de korunan herhangi birinin ihlali halinde başvurulabilmektedir. Bu kısıtlama nedeniyle Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer alan temel hak ve

²⁰²⁵ Metin KIRATLI, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz*, Sevinç Matbaası, 1966, s. 35. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 434; TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 196, 197; TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 492; Yılmaz ALİFENDİOĞLU, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 154.

özgürlükler ile güvence altına alınan hukuki değerin ancak Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen yaşam, maddi ve manevi varlığın korunması ya da 20'nci maddesinde yer alan aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkının konusu ile ilişkisinden hareketle görev bakımından yetkili olup olmadığını değerlendirmektedir. Ancak sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer almakla birlikte, 17 ya da 20'nci maddenin güvence altına aldığı sınırın konu bakımından dışında kalan başka bazı hukuki menfaatlere ilişkin kanunların Anayasaya aykırılığının norm denetimi usulü çerçevesinde denetlenmesi mümkündür. Örneğin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının, kişilerin maddi ve manevi varlıklarına tehdit niteliği taşıyacak ağırlığa ulaşmayan ama yine de devletin “çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önleme” yükümlülüğü ile çelişen uygulamalara izin veren kanunların Anayasaya aykırılığının norm denetimi çerçevesinde incelenmesi mümkündür.

Diğer yandan bireysel başvuruda bulunabilmek için gerçek ve somut bir ihlal yahut ihlal tehdidi şartının gerçekleşmesi aranmaktayken, özellikle soyut norm denetimi usulünde Anayasada sayılan makamların, somut ve güncel bir ihlal henüz gündeme gelmeden, bir yasanın Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmeleri temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önemli bir güvence sağlamaktadır.

2. Çocuk Haklarının Ulusalüstü Düzeyde Korunması

Çocuk haklarının ulusal düzeyde korunması başlığında incelendiği üzere, ulusal koruma bu hakların asli yükümlüsü olan devletin, her bir hak için geçerli olan “saygı gösterme”, “yerine getirme” ve “koruma” yükümünden kaynaklanan edimlerini yerine getirmesini sağlamaya yönelik mekanizmalar aracılığıyla gündeme gelmektedir. Dolayısıyla ulusal korumanın işlevi bu edimlerin yerine getirilmesidir. Bu niteliğiyle ulusal koruma birincil ve asli koruma niteliğindedir.

İnsan haklarının korunması söz konusu olduğunda ikincil düzeyde ve ikinci sırada koruma sağlayan uluslararası koruma mekanizmaları, ulusal koruma mekanizmalarından farklı nitelikte eylemlerde bulunmaları ve farklı bir işlevi yürütmelerini zorunlu kılmaktadır²⁰²⁶. İnsan haklarına ilişkin küresel ya da bölgesel düzeyde görev yapan tüm ulusüstü organlar, insan haklarının “korunması” ve “geliştirilmesi” olmak üzere iki temel işlevi yerine getirmektedirler²⁰²⁷.

İnsan haklarının geliştirilmesi işlevi, bu haklara ilişkin yeni standartların oluşturulması, var olan standartların da yeni koşullara göre yeniden ele alınmasıdır. Geliştirme işlevi geçmişe değil, geleceğe ilişkin sonuçlar doğurur. Bu anlamıyla bir hakkın ihlal edildiği iddiası üzerine gündeme gelen uyuşmazlıkların çözümüne değil, yol gösterici, ideal, kimi zamanda asgari standartların belirlenmesi işlevine ilişkindir. Ulusüstü insan hakları normlarının sözleşme organı komite, komisyon ya da mahkemelerce yorumlanması yoluyla açıklığa kavuşturulması ya da yeni anlamlar ve boyutlar kazanması da bu işlevin bir görünümüdür.

Ulusal üstü mekanizmaların insan haklarını koruma işlevi ise, doğrudan bir takım gözetim, denetim ve yaptırım mekanizmalarının işletilmesi ile ilgilidir.

“Geliştirme” işlevi çerçevesinde devletin uluslararası alanda belirlenen standartlara uymaya zorlanması, bir takım yaptırım ve denetim mekanizmalarının işletilmesini gündeme getirmektedir. Bu noktada uluslararası mekanizmalar aracılığıyla, insan haklarının korunması gündeme gelmektedir.

Çocuk hakları bakımından, ÇHS ile kurulmuş olan Çocuk Hakları Komitesi’nin Sözleşme metninde yer alan hak ve özgürlükleri, genel yorum (General Comment) ile yorumlayarak anlamını, unsurlarını ve kapsamını açıklığa kavuşturması, gelişme

²⁰²⁶ ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 161.

²⁰²⁷ ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, s. 161.

işlevinin yerine getirilmesidir. Buna karşılık Komite'nin kendi önüne gelen bir şikâyet başvurusu üzerine Sözleşme'deki bir hakkın ihlal edildiğini tespit etmesi ise, koruma işlevinin yerine getirilmesidir.

Ulusalüstü düzeyde çocuk haklarını etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik başlıca iki ulusalüstü örgüt dikkati çekmektedir. Kuruluş amaçları, faaliyet alanları birbirinden farklı olan bu iki uluslararası örgütten biri Birleşmiş Milletler teşkilatı, diğeri Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansıdır. Kuşkusuz ulusalüstü toplum, bu iki örgüt dışında başka örgütlere de sahiptir. Bu örgütler bölgesel düzeyde faaliyet göstermektedirler. Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Afrika Birliği gibi bölgesel düzeyde faaliyet gösteren diğer örgütlerin çocuk haklarının korunmasına yönelik önemli çabaları söz konusudur.

Birleşmiş Milletler kendi içinde çocuk haklarının korunması alanında faaliyet gösteren bir takım organlar oluşturmuştur. Çocuk Hakları Komitesi, diğer komiteler ya da Genel Kurulu'nun diğer organları, çocuk hakları konusunda geliştirme faaliyetinin yanı sıra izleme ve denetim yoluyla koruma faaliyetlerini yerine getirmektedirler.

Bölgesel düzeyde Türkiye Cumhuriyeti'nin ilişki içinde olduğu Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından kabul edilen çocuk haklarına ilişkin belgelerde tanınan hakların uygulanmasını denetlemekle görevli çeşitli kurumlardan söz etmek mümkündür. Bunlardan Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi, Sözleşme'nin uygulanmasını izlemekle yetkili "Taraflar Komitesi"ni yetkilendirmiştir (md. 39.40). Devletlerin çocukların cinsel sömürü ve istismarını engelleme kapasitelerini geliştirmek için aralarında bilgi, deneyim ve iyi uygulamaların değişimini, bunların toplanmasını ve analizini kolaylaştırmak, Sözleşmenin uygulanışına ilişkin her hangi bir sorunla ilgili görüş bildirmek ve önemli hukuksal, politik veya teknolojik gelişmeler hakkında bilgi alışverişi sağlamakla görevlidir.

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Sözleşme'nin uygulanması veya yorumu hakkında, ilgili her sorunu incelemekle görevli bir "Daimi Komite" kurulmasını düzenlemiştir (md. 16). Çocukların aile yargılamasında haklarının güvence altına alınmasını amaçlayan Avrupa Çocuk Haklarının Kullanımı Sözleşmesi, amacını ve amacını şöyle açıklamaktadır: Çocukların yararına, haklarını tanıtmak, onlara usul haklarını vermek ve kolaylaştırmak. Bu hakların, çocukların kendileri veya başka kişiler veya kurumlar aracılığıyla, adli bir makam nezdinde kendilerini etkileyen davalara bilgi vermelerine ve katılmalarına olanak sağlayarak, bu hakların kullanılması. Bu amaçla, Sözleşme'nin hükümleri, çocuk haklarının kullanılmasını teşvik etmek ve en iyi menfaat standardı tarafından desteklenen yargı ve hukuk temsilcilerinin rollerini özetlemek için usule ilişkin tedbirleri içermektedir.

Bunun dışında ILO ve Lahey Adalet Divanı tarafından hazırlanan sözleşmeler de, izleme ve denetim mekanizmasına yer vermişlerdir. Çocukların haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların incelenmesi talebiyle kişilerin bu mekanizmalardan yararlanması mümkündür.

Son olarak Türkiye AIHS başta olmak üzere, tarafı olduğu sözleşme çerçevesinde yetkili denetim organının karar, görüş ve önerilerini dikkate alması, ilgili sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılmasının bir gereği olmasının yanı sıra, o hakkı en geniş biçimde korumaya alan uluslararası standartlara uygun iç hukuk yaklaşımına erişmesine katkı sağlayacaktır.

1. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Denetim Organı: Çocuk Hakları Komitesi

Diğer insan hakları sözleşmeleri gibi Çocuk Hakları Sözleşmesi de devletleri yükümlülüklerini yerine getirmeye teşvik etmek amacıyla bir denetim mekanizması öngörmüştür. Yukarıda ifade edildiği üzere Sözleşme; çocuğu bağımsız hak öznesi olarak

tanımlamakla birlikte, çocuğa tanınan hakların pek çoğunu somut hak taleplerine yer veren hükümler biçiminde değil, devletlere hedef gösteren program hüküm biçiminde düzenlemiştir. Çocuğun haklarına ilişkin ilkelerin ve geniş kapsamlı haklar listesinin, mümkün olduğunca çok sayıda devlet tarafından benimsenmesi amacıyla, Sözleşme hükümlerinin çoğunlukla somut hak taleplerine olanak vermeyen bir üslup çerçevesinde düzenlenmiş olması, Sözleşme'nin öngördüğü denetim mekanizmasının niteliğini de etkilemiştir. Sözleşmeye egemen olan soft-law anlayışının bir sonucu olarak Komite'nin yargısal nitelikli usuller çerçevesinde bağlayıcı kararlar verme yetkisi bulunmamaktadır.

Komite, Sözleşme'nin 44'üncü maddesi uyarınca taraf devletlerin “*Sözleşme’de tanınan hakları yürürlüğe koymak için aldıkları önlemleri ve bu haklardan yararlanma konusunda gerçekleştirilen ilerlemeye ilişkin raporları*” incelemekle görevlidir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Katılmaları İle İlgili İhtiyari Protokol²⁰²⁸ (OPAC) ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol²⁰²⁹ çerçevesinde de izleme yetkisi bulunmaktadır.

Komite, denetim yetkisini, devletler tarafından sunulan raporlar üzerine ya da Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol çerçevesinde tanınan Sözleşme’de düzenlenen haklardan birinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları inceleme yetkisi çerçevesinde yerine getirmektedir.

i. Raporlara Dayalı Denetim

Taraf devletler 44'üncü madde uyarınca, Sözleşme'nin iç hukuk bakımından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren “ilk raporlarını” iki yıl içinde, sonraki dönemler için beş yılda bir Komiteye sunmak yükümü altındadırlar. Komitenin yetkisi, Sözleşme’de

²⁰²⁸ 4991 sayılı 16.10.2003 tarihli Kanun.

²⁰²⁹ 4755 sayılı 9.5.2002 tarihli Kanun.

üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesinde Taraf Devletlerin “kaydettiği ilerlemeyi” incelemektir. Sözleşme’nin 44’üncü maddesinin ilk fıkrası uyarınca sunulacak raporların içeriği Sözleşme’ye işlerlik kazandırmak üzere alınan önlemler, kaydedilen ilerleme, yükümlülüklerin yerine getirilmesini etkileyen faktörler ve zorluklara ilişkin olacaktır. Komite 13’üncü Oturumunun 11.10. 1996 tarihli 343’üncü toplantısında “Taraf Devletlerin Sunacakları Periyodik Raporların Biçim ve İçeriğine İlişkin Genel Rehber Kurallar”ı belirlemiştir. Rehber Kurallar, taraf devletlerin her bir hakkın durumu ve gerçekleştirilmesi için alınan önlemlere ilişkin sunmaları gereken bilgileri somutlaştırmaktadır. Rehberde bu bilgilerin, uygulamaya ilişkin genel önlemler; çocuk tanımı; genel ilkeler; medeni haklar ve özgürlükler; aile çevresi ve alternatif bakım; temel sağlık ve esenlik; eğitim, dinlenme ve kültürel faaliyetler ve özel koruma olmak üzere sekiz başlık altında sunulması öngörülmüştür.

Talep edilen bilgiler, hakların gerçekleşmesi için alının yasal, yargısal ve idari tedbirlere ilişkindir. Komite raporlardan hareketle, devletin yükümlülüklerini yerine getirme konusundaki çabalarını değerlendirirken, aynı zamanda her bir hakkın konusunu ve kapsamını somutlaştırmaktadır. Örnek vermek gerekirse Sözleşme açıkça çocuğun ihmal ve istismardan korunma hakkını tanımış olmakla birlikte “ihmal ve istismar” oluşturan eylemler Sözleşme’de tanımlanmamıştır. Hangi eylemin ihmal ve istismar niteliğinde olduğu yargısal içtihatlarla belirlenecektir. Mahkemelerin ulaştığı yorum daha sonra Komite tarafından değerlendirilerek Sözleşme’nin gerçek anlamı ortaya konacaktır.

Sözleşme’nin 45’inci maddesi uyarınca Komite, sunulan rapor üzerine ilgili ülkeye “telkin ve genel nitelikli tavsiyelerde bulunabilir.” Telkin ve genel nitelikli tavsiyeler, ilgili olan her devlete gönderilir ve varsa devletlerin yorumları ile birlikte Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun dikkatine sunulur. Sonuç gözlemleri, Sözleşme’nin tek yetkili organı niteliğindeki Komite’nin görüşlerini yansıtması bakımından önemlidir. Öte yandan devletler sonuç gözlemlerini dikkate almasalar bile sivil toplum örgütleri ve

Birleşmiş Milletler'in diğer kurumları bu konuda devletin takipçisi olmaktadır ve Sözleşmeye uyulması konusunda kamuoyu oluşturmaya çalışmaktadır²⁰³⁰.

44'üncü maddenin beşinci fıkrası uyarınca Komite, iki yılda bir Ekonomik ve Sosyal Konsey aracılığı ile Genel Kurula faaliyetleri hakkında bir rapor sunar. Komite ulusal raporları inceleme görevinin yanı sıra, 45'inci madde uyarınca taraf devletlerin bir talep içeren ya da teknik danışma veya yardım ihtiyacını belirten raporlarını değerlendirmekle de görevlidir. Komite bu tür talepleri uygun bulunduğu takdirde kendi tavsiye ve gözlemlerini ekleyerek uzmanlaşmış kurumlara, UNICEF'e ve öteki yetkili kuruluşlara gönderir. Ayrıca Komite, Sözleşme'nin belirli bir maddesi üzerinde genel görüşme açabilir veya belirli bir maddenin yorumunu yapabilir²⁰³¹.

Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca kurulan Çocuk Hakları Komitesi'nin yalnızca taraf devletlerin sunduğu raporları inceleyerek ilgili devlete uyarılarını ve tavsiyelerini “nihai izlenimler” metni ile geri bildirimde bulunmakla yetkili olmasının; Sözleşme’de tanınan hakların etkinliğini azalttığı itirazları üzerine, bireysel başvuru mekanizmasına sahip olmasının, etkinliğine katkı sağlayacağına dikkat çekilerek başlatılan çalışmalar sonucunda, Komiteye bireysel başvuruları inceleme yetkisi veren bir protokol hazırlanmıştır²⁰³². Sözleşme ve ek protokoller çerçevesindeki hakların ihlali iddialarını içeren bireysel başvuru olanağına ilişkin Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 19 Aralık 2011 tarih ve 66/138 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁰³³. Türkiye, İhtiyari Protokol’ü 24 Eylül 2012

²⁰³⁰ Jakob Egbert DOEK, “The UN Convention on the Rights of the Child: Some Observation on the Monitoring and Social Context of Its Implementation”, **University of Florida Journal of Law & Public Policy**, Vol. 14, No. 2, 2002, ss. 125-136, s. 130.

²⁰³¹ Komitenin genel yorumlarına şu adresten erişilebilmektedir:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11 (erişim tarihi: 1.2.2020).

²⁰³² Sözleşme’nin görüşmeleri aşamasında çalışma grubuna sivil toplum örgütleri tarafından Sözleşme’nin etkinliğini sağlamak amacıyla bir şikâyet mekanizmasına ihtiyaç olduğunu ifade etmişse de bu öneri kabul görmemişti. BUEREN, **The International Law on the Rights of the Child**, s. 389.

²⁰³³ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (erişim tarihi: 31.3.2019).

tarihinde imzalamış, onaylanmasını 6976 sayılı Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile kabul etmiştir. (Kabul Tarihi: 09.03.2017, R.G. tarihi: 03.04.2017, s. 30027) Dışişleri Bakanlığı'nın 8.5.2017 tarihli ve 12331214 sayılı yazısı üzerine Bakanlar Kurulunca 11.9.2017 tarihinde Beyanla birlikte onaylanmıştır²⁰³⁴.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocukların haklarını çocuğa yönelik düşünsel evrimin veri bir döneminde ulaşılan en ideal haklar listesine yer veren bunun yanında taraf devletlerce uygulanmasını izleme mekanizmasını getiren önemli bir sözleşmedir. Sözleşme'nin amacı doğrultusunda uygulanması devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerine bağlıdır. Komitenin temelde taraf devletler tarafından sunulan *“Sözleşme’de tanınan hakları yürürlüğe koymak için, aldıkları önlemleri ve bu haklardan yararlanma konusunda gerçekleştirilen ilerlemeye ilişkin”* raporlar çerçevesinde, Sözleşme'nin uygulanmasında kaydedilen gelişmeleri *“incelemekle”* görevli olması; Sözleşme'nin getirdiği oldukça geniş kapsamlı ve devletlere önemli sorumluluklar yükleyen standartların, taraf devletlerce karşılanmasının kolay olmayacağını ve bir süreç alacağını kabul edildiği biçiminde yorumlanmaya elverişlidir. Ancak 2014 yılında Komiteye, bireysel ve devlet başvurularını inceleme yetkisi tanınması, devletlerin sözleşmeyi imzalamakla taahhüt ettikleri yükümlülükleri yerine getirmeleri için artık daha somut adımlar atmalarının ve bu yönde aldıkları önlemlerin yeterliliğinin denetlenmesini sağlayacaktır. Özellikle bireysel başvuruya konu olan ihlal iddiaları üzerine yapılan incelemenin, her somut hak bakımından devletlerin yükümlülüklerinin çerçevesinin belirlenmesine, hangi hallerde hakkın ihlal edilmiş sayılacağını ve hakkın gerçekleştirilmiş kabul edilmesi için sağlanması gereken asgari standartların belirlenmesine katkı yapacağı kuşkusuzdur.

²⁰³⁴ Karar Sayısı 2017/10836, Karar Tarihi: 11.9.2017, R.G. No. 30263, R.G. Tarihi: 7.12.2017.

Komitenin yetkisi sınırsız değildir. Komite bir devletin ilgili hakkı tanıdığı diğer bir deyişle çekince koymadığı durumlarda yetki sahibidir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye taraftır ve Sözleşme çocukların her türlü şiddetten masun olma hakkını düzenler. Dolayısıyla Komite, Türkiye'den yapılan şiddete dair başvuruyu incelemeye yetkilidir. Ancak Türkiye'nin Lozan Anlaşması'ndan kaynaklı çekince koymuş olduğu alana dair yapılacak başvuru incelenemeyebilecektir.

Protokol, çocukların veya çocuklara adına hareket eden bireylerin başvuruları yanında Protokole taraf devletlerin birbirleri hakkında Sözleşme ve Protokolleri çerçevesinde belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasıyla başvuruda bulunmalarına olanak vermektedir. Protokolün 5'inci maddesinde bireysel başvuru ve 12'nci maddesinde devletlerarası başvuruya ilişkin farklı usul kuralları öngörülmüştür.

ii. Bireysel Başvuru

Bireysel başvuru olanağı çocuklara bireysel olarak ya da topluca Sözleşme altındaki haklarının ihlal edildiği iddiasıyla şikâyetle bulunmalarına izin vermektedir. Ayrıca çocuklar adına yetişkinler tarafından da başvuruda bulunulabilecektir. Protokol uyarınca Komiteye yapılan başvuruların kabul edilebilmesi için bildirimde başvuru sahibinin isminin yer alması, başvurunun yazılı olması, ihlal edildiği iddia edilen konunun Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokolleri bağlamında yapılması, iç hukuk yollarının tüketilmesi, aynı konunun Komite tarafından daha önce ele alınmamış veya başka bir uluslararası soruşturma ve anlaşmanın denetim mekanizması çerçevesinde incelenmemiş olması, iddialara ilişkin kanıtların eklenmesi, asılsız olmaması gerekmektedir.

Protokol bireysel başvuruda bulunabilmek için bir hak düşürücü süre öngörmektedir. Buna göre Protokolün 7'nci maddesine göre mücbir sebep durumları hariç iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından, bir yıl içinde başvuruda bulunmak gerekmektedir. Başvuruda bulunabilmek için gereken bir diğer şart, aleyhine başvuruda

bulunulacak devlet bakımından protokolün yürürlüğe girmiş olmasıdır. Protokolün 19’uncu maddesi bir devlet bakımından Protokole ilişkin onay belgesinin depo edilmesinden itibaren 3 ay geçmesi üzerine yürürlüğe gireceğini kabul etmiştir²⁰³⁵.

Protokolün 6’ncı maddesiyle Komiteye, taraf devletten acil durumlarda esasa ilişkin kesin bir karara varmadan önce inceleme aşamasında, mağdurun zararlardan korunması için geçici tedbir alınmasını da isteyebilmesine olanak tanınması, idari yargı usulünde yürütmeyi durdurma yetkisine benzer bir yetkinin tanınması anlamına gelmektedir. İhlalin durdurmasını isteme yetkisi, Sözleşme ve Protokoller çerçevesinde tanınan hakların ihlalinin gecikmeksizin durdurulmasını sağlayacaktır. Yargı yetkisine sahip makamlara özgü bir yetkinin Komite’ye tanınmış olması, artık “izleme”den daha etkin yetkilere sahip olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Protokolün 7’nci maddesi “kabul edilebilirlik koşulları”na yer vermiştir. Pek çok uluslararası sözleşme ile paralel olarak başvuruda bulunabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Ancak makul süre içerisinde ulusal hak arama yolları çerçevesinde çözüme ulaşılmamasının mümkün olmadığı veya iç hukuk yollarının etkili bir çözüm getirmekten uzak olduğu durumlarda doğrudan başvuruda bulunulabilecektir. Ayrıca ihlal iddiasının başka bir uluslararası sözleşme altında incelenmiş ya da incelenmekte olduğu durumlarda BM Çocuk Hakları Komitesi’ne başvuru yapılamayacaktır.

Komite, kabul edilebilirliğine karar vermesi durumunda başvuruyu 8’inci madde uyarınca taraf devletin dikkatine sunacaktır. Bunun üzerine taraf devletin varsa sağlayabileceği “yasal çözüm önerilerine ilişkin bir açıklama”da bulunması gerekmektedir. Hiç kuşkusuz taraf devletin hukuki çözüm önerisi sunabilmesi için, ihlal

²⁰³⁵ Türkiye onay belgesini 26.12.2017 tarihinde depo etmiştir.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11-d&chapter=4&clang=_en (erişim tarihi: 31.3.2019).

edildiği iddia edilen hakkı tanıyan, hakkı yaşama geçiren kurumlar ve mekanizmalar öngören ve ihlalini yaptırıma bağlayan bir yasanın kabul edilmiş olması gerekmektedir. Örneğin Sözleşme'nin 37'nci maddesinde tanınan kanunla ihtilafa düşen ve özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların yetişkinlerden ayrı kurumlarda tutulma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmesi ve taraf devletin bilgilendirilmesi üzerine, taraf devletin sağlayabileceği “yasal çözüm önerilerine ilişkin bir açıklama”da bulunabilmesi için iç hukuk bakımından çocukların yetişkinlerden ayrı kurumlarında tutulma hakkını tanıyan yasanın kabul edilmiş ve bu hukuki tanımının sonucu olarak çocuklara özgü infaz kurumlarının kurulmuş olması gerekmektedir. Ülkenin iç hukukunda henüz bu konuda bir yasal düzenleme kabul edilmemişse ülkenin “yasal çözüm önerilerine ilişkin bir açıklama”da bulunması mümkün olamayacaktır.

Sunulan yasal çözümün incelemesinin ardından Komite, Protokolün 11'inci maddesi çerçevesinde tavsiyeleri ile birlikte görüşlerini ilgili devlete iletecektir. İlgili devlet 6 ay içerisinde Komitenin görüşleri ve tavsiyeleri ışığında alınan ve alınması kararlaştırılan önlemleri yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür.

Görüldüğü üzere Sözleşme ve eki protokollerde tanınan hakların ihlal edildiği durumlarda dahi Komitenin yetkisi hakkın yerine getirilebilmesine ilişkin görüşlerini bildirmek ve tavsiyelerde bulunmakla sınırlıdır. Tazminata karar verme gibi bir yaptırım yetkisi bulunmamaktadır.

12'nci madde uyarınca taraf devlet en kısa zamanda ve en geç altı ay içerisinde olmak üzere, Komitenin görüş ve tavsiyelerine yönelik aldığı ya da alması kararlaştırılan önlemleri içeren bir bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

10'uncu madde uyarınca ekonomik, sosyal veya kültürel hak ihlallerini ileri süren başvurular üzerine Komite, Sözleşme'nin 4'üncü maddesi uyarınca taraf devletin kaydettiği ilerlemeyi göz önüne alarak karar verecektir. Dolayısıyla bu nitelikteki haklar

bakımından Komitenin yetkisi, taraf devletin hakkın yaşama geçirilmesine yönelik gayretlerinin yeterliliğine ilişkindir.

Komite bireysel başvuru üzerine yetkilerini kullanırken ilgili çocuğun/çocukların katılım hakkını ve yüksek yararını gözetecektir (md. 2). Çocuğun yararına olmadığına kanaat getirdiği bir başvuruyu reddedebilecektir (md. 3).

4'üncü madde uyarınca yapılan başvurudan dolayı kişi veya grubun kimliği alenileştirilemeyecek ve herhangi bir insan hakları ihlali, kötü muamele veya tehdide maruz kalmaları taraf devletçe önlenecektir.

iii. Devletlerarası Bildirim

Bireysel başvurunun yanı sıra bir taraf devlet, başka bir taraf devletin, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Ek Protokollerinde yer alan yükümlülüklerini yerine getirmediğini iddia ettiği durumlarda, bildirimleri almak ve değerlendirmek konusunda Komite'nin yetkisini tanıyabilecektir. Bu yetkinin tanındığı durumlarda Komiteye konu ile ilgili dostane çözüm bulmaları için taraf devletler arasında arabuluculuk yapma yetkisi de tanınmıştır.

Devletlerarası bildirim ve bireysel başvuru usulünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisel gelişiminin ilk aşamasındaki yetkilerin nitelikleri bakımından benzerlikleri, Komitenin de, AİHM gibi yarı yargısal yetkileri olan bir kurum iken tam anlamıyla yargısal yetki sahibi bir yargı organına evrilmesi yönünde ümit verici olduğu ifade edilmelidir.

SONUÇ

Çocuk hakları, “çocukların yetişkinlerden farklı niteliklerinden kaynaklanan menfaatlerini ve insanlık ailesinin eşit öneme sahip üyesi olmaktan kaynaklanan değerini güvence altına alan haklar” olarak tanımlanabilir. Çocuk hakları kavramı, çocuğun sahip olduğu hakların hangileri olduğuna ilişkin bir tartışmadan öte, çocuğun toplumsal-hukuksal statüsüne yönelik özel bir yaklaşımı yansıtır. Bu yaklaşım, çocuğa özgü nitelikleri temel bir değer olarak kabul etmekte, aynı zamanda çocuğun her bir hakkının konusunu ve niteliğini belirlemektedir.

Çocuğun çocuk olmaktan kaynaklanan menfaatlerinin korunması, anayasal hakların, konu, nitelik ve yorum ilkeleri bakımından farklı yorumlanmasını gerektirir. Çocuk haklarının korunması ve gereklerinin yerine getirilmesi aynı konulu bir genel hak ile kıyaslandığında, muhataplarının çok daha yoğun pozitif edimlerini gerektirmektedir. Bu kural ekonomik, sosyal ve kültürel haklar yanında kişisel haklar bakımından da aynı şekilde geçerlidir. Genel haklardan farklı olarak korunma gereksinimi olan çocuğun korunmaması, yeterli gıda, sağlık, konut hakkı gibi sosyal nitelikli çocuk haklarının karşılanmaması, çocuğun kırılgan doğası nedeniyle yaşama, maddi ve manevi varlığına ilişkin haklarının konusuyla doğrudan ilgili sonuçlar doğurduğundan, devletin daha geniş sorumluluğunu gerektirir. Bu haklar bakımından devletin “malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” sorumlu tutulmasıyla da yetinilmesi söz konusu olmayacaktır.

Aynı şekilde çocuğun çocukluğa özgü nitelikleri, kişisel hak niteliğindeki haklarının korunması ve yerine getirilmesinde genel haklar ile kıyaslandığında devletin daha yoğun olumlu edimlerini gerektirir. İfade özgürlüğü, kendi hukukuna ilişkin konularda görüşlerini açıklama özgürlüğü, toplumsal ve siyasal konulara katılım özgürlüğü gibi yetişkinler bakımından negatif ya da aktif statü hakkı niteliğindeki haklar, çocuklar bakımından görüşlerini oluşturabilmeleri, görüşlerini açıklayabilmeleri ve

çocukların görüşlerinin kararın oluşumunda dikkate alınması amacıyla devletin gerekli mekanizmaları hayata geçirmiş olmasını da içeren pozitif edimlerini gerektirir. Benzer biçimde özel hayatın ve aile hayatının dokunulmazlığı kapsamında değerlendirebilen evlenme ya da evlenmeme özgürlüğünün, özellikle kız çocukları bakımından zorla evlendirilmelerinin engellenmesi konusunda, devletin olumlu edimlerini gerektirdiği açıktır.

Kişinin çocukluk döneminde özel korunma ve gelişiminin güvenceye alınması gereksinimi nedeniyle gündeme gelen çocuk hakları, tam da çocukluk döneminde gerçekleştirilmesini amaçlayan bir çabayı gerektirir. Gerçekten bu haklar kişinin çocuk iken gerçekleştirilmesi gereken, çocuk artık o hakkın sunulması gereken yaşını geride bıraktığında önemini büyük ölçüde yitiren haklardır. Bu nedenle bu hakların gereklerinin yerine getirilmesi devletin var gücüyle çaba göstermesini ve ihlalin hiç gerçekleşmemesini amaçlayan önlemler almasını gerektirmektedir.

Çocuk hakları kavramı, çocuklara yönelik bir değerler sistemi, bir yaklaşım biçimi öngörmektedir. Bu hakların çocuğun yalnızca korunup gözetilmesi gereken bir varlık olarak kabul edilmesi anlayışının terkedilerek kişi olarak eşit değerde ve çocuk olmaktan kaynaklanan niteliklerinin göz önünde bulundurulmasıyla gerçekleşebilecek haklar olmaları, muhataplarının yükümlüklerinin belirlenmesinde ve çocuğun korunmasını konu alan hakları ile özerkliğinin desteklenmesini konu alan haklarının birbirleri ile ve diğer kişilerin haklarıyla dengelenmesinde göz önünde bulundurulması gereken iki yeni anayasal yorum ilkesine vücut vermiştir.

Bu ilkelerden ilki, çocuğun menfaatlerinin öncelikle göz önünde bulundurulmasını gerektiren “çocuğun üstün yararı ilkesi”, diğeri ise çocukların gelişmekte olan bireyler olmaları nedeniyle “gelişen yetkinliklerinin” göz önünde bulundurulması ilkesidir.

Anayasal dayanağı, eşitlik ilkesinin maddi yorumunda ve sosyal adalet ilkesinde bulunulabilecek olan çocuğun menfaatinin öncelikle göz önünde bulundurulması ilkesi bu anlamda devlete, görece güçsüz olan ya da gelişimini özünde taşıdığı en üst noktada gerçekleştirebilmesi için desteklenmeye gereksinim duyan çocuğun çıkarları yanında taraf tutmasını emretmektedir. Diğer bir ifadeyle bu ilke, çok daha ciddi bir kamusal yarar bulunmadıkça menfaatler çatışmasının çocuğun menfaatlerine öncelik verilerek çözülmesini gerektirir. Bu niteliğiyle ilke, “maddi eşitlik ilkesi”nin çocuk hukuku bakımından özel bir görünümü niteliğindedir. Çocuğun üstün yararı ilkesi aynı zamanda, idare hukukunda her bir işlemin geçerlilik koşulu olan “kamu yararı ilkesi”nin gördüğü işlevi çocuğa yönelik her bir işlemde, çocuğun yararına aykırı işlemler yapılmasını engellemek suretiyle üstlenmekte ve çocuklara ilişkin işlemlerin geçerlilik ölçütü niteliği kazanmaktadır.

Dayanağı, herkesin kanunların eşit korumasına ehil özerk bir kişi olduğu ilkesi ile maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ilkesinde bulunan, çocuğun gelişen yetkinliğinin dikkate alınması ilkesi, artık, çocuğun ana babasının yönlendirdiği okul türünü seçip seçmeme, ana babanın dininden başka bir dini benimseyip benimsememe ya da somut bir işlemi tek başına yapma-fiil ehliyetine sahip olup olmama gibi tartışmaların terkedilerek, her somut olayda çocuğun yetkinliğinin göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Çocuğun gelişen yetkinliğinin göz önünde bulundurulması ilkesi diğer yandan hem çocuğun korunması ve gelişiminin desteklenmesi konulu haklarının birbiriyle, hem de ana babanın, çocuk üzerindeki velayet hakkından kaynaklanan rehberlik ve yönlendirme yetkilerinin çocuğun hakları ile olası çatışmasında, menfaatler dengesi bakımından bir ölçüt niteliğindedir. Çocukların gelişen yetkinliğine saygı ile korunmaları arasında uygun bir denge sağlanması, çocuk haklarının muhatapları bakımından bir yükümlülüktür. Bu denge belirlenirken, çocuğun karşılaşılabileceği tehlikenin ağırlığı, istismar edilme riski, konuya ilişkin bireysel tecrübe

ve yetkinliğine uygun bir ölçüde korunması gereksinimi ile kişi olmaktan kaynaklanan kendi hukukunun belirlenmesinde yaş ve gelişim seviyesine uygun olarak görüşlerinin dikkate alınması ve kendi kararlarını oluşturma yetkinliğine sahip tam donanımlı bir kişi olarak yetişkinliğe hazırlanması gereksiniminin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Dolayısıyla bu iki ilkenin kabulü, çocuk hukukunun en tartışmalı konularından biri olan “çocuğun korunması” yaklaşımı ile “özerk bir kişi olarak, bir yetişkinin yönlendirmesinden kurtarılması” yaklaşımları arasındaki çekişmenin de giderilmesi anlamına gelmektedir.

Çocuk haklarının yaşama geçirilmesi açısından anayasanın geniş bir çocuk hakları kataloğuna yer vermesi, çocuk haklarına ilişkin ilkeleri tanıması ve bu hakları somutlaştıran kanun değişiklikleri yapmasının, çocuğun haklarının korunmasında sadece bir başlangıç olduğu ifade edilmelidir. Çocuk haklarının etkili bir biçimde uygulamaya aktarılması için kapsamlı hukuk reformlarının yanı sıra, çocuğun değeri konusunda yaklaşım değişimini öngören bilinçlendirme programlarını da kapsayan, yeterli kaynak ayrılmasını önceleyen çocuk haklarının yaşama geçirilmesi için güçlü bir siyasal ve toplumsal kararlılığa gereksinim vardır.

Diğer yandan çocukların haklarının ihlal edilmesi ya da ihlal edildiğinde yaptırımsız kalmasının temel nedeni, hâlâ çocukların hakların eşit korumasına sahip kişiler olduğu kabulünün yerleşmemesidir. Çocukların haklarının korunabilmesi için öncelikle çocuğa yönelik bu yaklaşımla mücadele edilmesi zorunludur. Aile, devlet kurumları, çocuklar ile ilişki içindeki mesleklerde çalışanlara ve özellikle de çocukların bizzat kendilerine ilişkin yargılarında, çocukların eşit önemde kişilik değerine sahip oldukları ve bu nedenle haklarının korunması gerektiği konusunda bilinçlendirmeyi amaçlayan çalışmalar ve buna eşlik eden hukuki dönüşüm, çocuk haklarına en büyük katkıyı sağlayacaktır.

Devletin çocuk hakları söz konusu olduğunda gündeme gelen yükümlülüklerinden biri de çocuk haklarının gerçekleşmesini engelleyen ve ihlaline zemin hazırlayan geleneksel kabullerin kaldırılması için mücadele yürütmektir. Bu kapsamda çocuğun kişi olma değerini reddeden, kişiliğinin değerini bir yetişkine göre ikincil kabul eden bir anlayıştan beslenen, cismani ceza ya da çocuğun onuruna aykırı disiplin yöntemlerinin terkedilmesi, kız çocuklukları bakımından kişiliğini geliştirme, eğitim, sağlığın korunması, özellikle kadına karşı şiddetin yaygın olduğu toplumlarda yaşama, maddi ve manevi varlığın korunması haklarının ihlaline zemin hazırlayan çocuk evliliklerinin engellenmesi, çocukların haklarını ihlal eden ve konusu ceza hukuku disiplini bakımından bir suç ile örtüşen eylemlerin cezasız kalması kültürü ile etkin mücadele edilmesi gerekmektedir.

Anayasaların “normatif gücü” olarak ifade edilen, genel olarak toplumsal-siyasal yaşamın hukuki çerçevesini belirleme, devlet yaşamını hukuk tarafından şekillendirme gücü aracılığıyla anayasa tarafından oluşturulan hukuki yapı, o anayasal sistem içinde geçerli her ilişkide olduğu gibi, çocuğun toplumsal-hukuksal statüsünü de belirleme gücüne sahiptir. Çocuk haklarına ilişkin kuralların anayasalarda yer alması, çocuklara kişisel hak sağlamalarının ötesinde, çocuk haklarına hukuk düzeninin objektif üstün kuralları niteliği kazandıracaktır²⁰³⁶. Nitekim temel haklar bir yandan bireysel yaşamı, özellikle tehdit altında olduğu görülen alanlarda güvence altına alan “statü haklar” niteliğindedir. Öte yandan temel haklarla yalnızca bireyin hakları değil, toplumlar açısından önem atfedilen bazı alanlar da güvence altına alınmaktadır²⁰³⁷. Bu durum çocuk hakları için de geçerlidir. Çocuk hakları yalnızca belli bir çocuğun çocukluk döneminde talep edebileceği haklar olmayıp, aynı zamanda çocukların toplumsal-hukuksal statüsünü,

²⁰³⁶ SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 16.

²⁰³⁷ SABUNCU, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, s. 16.

toplum-çocuk ilişkilerini belirleyen kurallardır. Bu hakların evrensel ilkeler çerçevesinde garanti edilmesi, çocuğa yönelik belli bir toplumsal-hukuksal statünün güvence altına alınması anlamına gelmektedir.

Buradan hareketle çocuk haklarının anayasal tanımaya ve korumaya kavuşturulması hiç değilse, ulusal düzeyde çocukların durumunun değiştirilmesi gerektiği konusunda hukuki ve politik tartışmaların başlatılmasına zemin hazırlayacaktır. Çocuk haklarının anayasal güvenceye kavuşturulmasının, çocukların haklarının hayata geçirilmesini amaçlayan kurumların kurulmasına ve hakların etkinliğini denetlemek üzere bir dizi önlemin alınmasına öncülük edeceği açıktır. Ancak, çocuk haklarının anayasal düzeyde tanınması yalnızca bir başlangıca işaret etmektedir. Çocuk hakları hükümlerinin kapsamı ve bu hakların uygulamadaki değeri arasında bazı durumlarda ters bir ilişki olabileceğini ifade etmenin yanlış olmadığı örnekler de dikkat çekicidir. Çocuk haklarını anayasal düzeyde tanımış olmakla birlikte bu hakların hayata geçirilmesi bakımından en küçük bir çaba göstermeyen örneklerden söz edilebileceği gibi, çocuk haklarının anayasal güvenceye kavuşturulmasının ülkenin hukuk kültüründe çok önemli değişikliklere neden olduğu Güney Afrika Cumhuriyeti gibi örneklerin de bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Çocuğun haklarına hiç yer verilmeyen anayasaya sahip ülkelerde, içtihatlar yoluyla çocuk haklarının etkin olarak savunulduğu örneklerden söz etmek de mümkündür. Ancak bu konuda, anayasalarında doğrudan çocuk haklarına ilişkin hükümlere yer vermeksizin, genel insan hakları normlarına çocukların haklarına dayanak yapmak üzere başvuran ve çocukların haklarını genel insan hakları koruması ile temellendiren, demokrasi ve insan hakları kültürünün henüz yerleşmekte olduğu ülkelerin, çocuk haklarını hayata geçirme anlamında daha geri bir başlangıç noktasında olduklarını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

İnsan hakları, dinamik bir kavramdır. Bunun anlamı, herhangi bir belgede yazılı metinlerle sınırlı olmaması ve zamana bağlı bir kavram olmasının yanında, öteden beri sürdürüle gelen mücadelelerle yeni boyutlar kazanmaya devam etmesi, insan hakları olarak ileri sürülen haklar listesinin, değişen zamana ve yaşanan gelişmelere koşut olarak değişip gelişebilmesidir. Çocuk hakları da, çocuğun toplumsal statüsüne bağlı olarak sürekli gelişen bir kavramdır. Bu dinamizm çocuğa yeni haklar tanınmasında, zaman içinde çocuğa tanınan hakların yeni boyutlar ve yeni anlamlar kazanmasında kendini göstermektedir. Dinamik ve yeni gelişen bir insan hakları konusu olan çocuk haklarının tanınması da, yargı makamlarına çok önemli bir aktivizm kazandırmaktadır. Bu aktivizm, zaman içinde çocuğa tanınan haklar yeni boyutlar ve yeni anlamlar kazanmayı sürdüreceğinden, anayasal ve yasal tanımanın söz konusu olduğu durumlarda dahi önemini koruyacaktır.

Anayasasında çocukların haklarına doğrudan yer vermeyen ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni de imzalamakla birlikte onay işlemlerini tamamlamayarak Sözleşme ile bağlı olmayan Amerika Birleşik Devletleri’nde çocuk haklarının tanınmasında içtihatların çok önemli katkısı olmuştur. Bu nedenle, özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin içtihatları, çocuk haklarının gereklerini korumayı amaçlayan bir yargı örgütü için çok değerli bir birikim sunmaktadır. Bu niteliğiyle Amerikan Yüksek Mahkemesinin ve diğer eyalet mahkemelerinin yargısal tutumu, yargısal eylem içindeki uygulayıcıların özel ilgisini hak etmektedir.

Yüksek Mahkeme’nin, Anayasanın ifade özgürlüğünü güvence altına alan hükmünün çocukları da kapsamına aldığını, “*okulun günlük işleyişini bozamamak şartıyla*” çocukların Anayasada yer alan haklarını kullanabileceklerini ve okul kapısından girerek bu haklarını kaybetmiş sayılmalarının söz konusu olamayacağını, çocukların da Anayasal anlamda “kişi” olduklarını ifade etmek suretiyle çocukların anayasal haklara

ilişkin korumadan yararlanabileceklerini kabul ettiği²⁰³⁸ *Tinker* kararı, çocukların özerk bireyler statüsüyle anayasal hakların öznesi olarak kabul edilmeleri anlamına gelmektedir²⁰³⁹. Benzer biçimde *Board of Education v. Pico* kararında Mahkeme, okul kurullarının kabul edilemez olarak değerlendirdikleri görüşlere yer veren kitapların, okul kütüphanesinden çıkarılması kararlarının, Anayasanın düşünce ve ifade özgürlüğünü düzenleyen hükmü karşısında hukuka uygun olamayacağını, öğrencilerin okulun kapısından girmekle ifade ve düşünce özgürlüğü ile bilgi alma haklarından sıyrılmış sayılmalarının mümkün olamayacağını, öğrencilere farklı fikirlere erişme olanağı tanınmasının yalnızca ifade özgürlüğü hakkının hayata geçirilmesini sağlamayacağı, daha önemlisi çoğulcu ve müzakereci bir toplumun aktif üyeleri olarak toplumsal-siyasal kararlara katılımlarını da garanti edeceğini ifade ederek, demokratik bir toplum düzeninin gerekleri ve anayasal haklardan eşit yararlanma ilkesi ile çocuk hakları arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Mahkemenin çocuğun gelişim hâlinde bir birey olma özelliğini de merkeze alan bu yaklaşımı, çocukların ifade özgürlüğü ile düşüncelerini açıklama özgürlüklerinin tanınmasının çocukların bireysel özgürlüklerini korumanın yanında, geleceğin özerk ve demokratik toplum gereklerini benimsemiş bireyler olarak yetiştirilmeleri konusundaki güçlü ilişkiyi göz önüne sermesi bakımından da önemlidir.

Görüldüğü üzere bireyin özerk iradesini merkeze yerleştiren bireyci özgürlükleri esas alan doktrin çerçevesinde, Mahkeme'nin çocuğun gelişen kapasitesi ile doğru orantılı olarak yetişkinlere özgülenen bir takım hakların çocuklara da tanınması yönündeki içtihadı, çocuk haklarının bireyci haklar geleneğinden hareketle, etkin bir şekilde korunabileceği konusunda oldukça elverişli bir zemin ortaya koymaktadır.

²⁰³⁸ *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/503/case.html> (erişim Tarihi: 10.8.2017).

²⁰³⁹ Bkz: *Tinker v. Moines Independent Community School District* ile *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* davaları.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, çocuğun özerk kararlar alma hakkını “çocuğun ayrı bir kişiliğe sahip olması”na dayandırmakta iken, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde, çocuğun kendi hukukuna ilişkin kararların alınmasına katılım hakkının temeli çocuğun gelişen yetkinliği (evolving capacities) ilkesidir. Amerikan sistemi, bireyci özgürlük anlayışını temel almakta iken, Sözleşme ise çocuğun gelişmekte olan bir kişi olması nedeniyle hak ve yükümlülüklerinin, dolayısıyla muhataplarının edimlerinin konusu, genişliği ve niteliğinin farklılık göstermesine dayanmakta ve hakların gerçekleştirilmesinde devletin pozitif yükümlerini temel alan bir yaklaşımdan hareketle aynı sonuca ulaşmaktadır. AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenen bu yaklaşımın, çocuğun rehberlik ve yönlendirme ihtiyacı ile gelişen yetkinliğinin dengelenmesi ihtiyacı arasında denge sağlamaya daha elverişli olduğu değerlendirilebilir. Ancak her iki yaklaşımın uygulamada çocuğun refahı ve esenliğini korumak bakımından tek başına belirleyici olduğunu ifade etmek zordur. Çocuğun refahı ve esenliğini korumada, çocuğa tanınan haklar, bu hakların temeli olarak görülen “moral değer”den öte, o toplumun çocuk yetiştirme pratiklerinin çocuğun değerini, onurunu temel alan, kişiliğinin tüm yönlerinin gelişmesi amacıyla maddi ve manevi tüm ihtiyaçlarının giderilmesini önceleyen bir yaklaşıma dayanmasını gerektirmektedir.

Diğer yandan bir hakkın tanınmasını anlamlı kılan, elverişli güvence mekanizmaları eşliğinde uygulamaya geçirilebilmesidir. Hakkın muhataplarını, hakkın gereklerinin yerine getirmelerine sevk edecek ya da zorlayacak mekanizmalar, her bir hak bakımından belli özellikleri gerektirmektedir. Çocuk haklarının korunması ise başlı başına bu haklara özgü yaklaşımı, usulleri ve mekanizmaları gerektirir.

Çocuk haklarının yaşama geçirilmesini garanti altına almak amacıyla özel hükümlere yer veren anayasalarda dahi, çocukların kendilerine tanınan bir hakkın ihlal edildiği gerekçesiyle yargı makamlarına erişim ve mahkeme sürecini sürdürmede

yetişkinlerden daha dezavantajlı konumda oldukları göz önünde bulundurularak, çocuk haklarını korumak ve ihlallerini engellemek amacıyla, henüz bir hak ihlal edilmeden önleyici denetim usullerinin ve mekanizmalarının kabul edilmesi, ihlali halinde de ihlalin etkilerinin giderilmesini amaçlayan çocuk haklarına özgü yargısal ve yargısal olmayan usuller geliştirilmesi gereklidir.

Bu çerçevede, yargısal ya da diğer mekanizmalar önünde çocukların haklarını ileri sürme konusunda kolaylık sağlamayı amaçlayan özel hükümlere gereksinim olduğu açıktır. Çocukların haklarının ihlali iddialarının başvuru makamlarına ulaşmasını ve bu makamlar tarafından ele alınmasını kolaylaştırmayı sağlayan bu türden hükümlere yer verilmemesi, çocuk haklarına ilişkin hükümlerin birer “temenni” olarak kalması tehlikesini besleyecektir.

Doğrudan talep edilebilir haklar niteliğindeki çocuk haklarının etkin bir biçimde yaşama geçirilmesinde yargısal koruma önem kazanmaktadır. Bu nitelikli haklar bakımından bizzat çocuklara da herhangi bir yasal temsilcinin katılımı aranmaksızın yargısal ya da yargı benzeri mekanizmalara başvuru hakkı tanınmalıdır. Bu hakkın yaşama geçirilmesi bakımından çocuklara özgü kolaylaştırılmış usuller kabul edilmesi de yararlı olacaktır.

Diğer yandan “actio popularis” ya da “state action” benzeri usuller kabul edilerek çocuk haklarının ihlal edildiği yönünde bilgisi bulunan, ebeveyn ya da çocuğun kanuni temsilcisi dışındaki kişilere yargı makamlarına başvuru yetkisi tanınması çocuğun haklarının korunmasına katkı sağlayacaktır. Bu hakkı anayasal düzeyde tanıyan Güney Afrika Cumhuriyeti yanında yasal olarak tanıyan örnekler de söz konusudur. Karşılaştırmalı hukukun verilerinden yola çıkılarak Türkiye için de çocuğun haklarının ihlali iddiasını yargısal makamlara taşıma hakkının ilgili kişilere, özellikle çocuk hakları alanında faaliyet gösteren sivil toplum örgütlerine, menfaat ihlali şartı aranmaksızın

tanınmasının, çocuk haklarının korunmasına önemli bir katkı sağlayacağı değerlendirilebilir.

Çocuk haklarının tanınması, çocukların toplumsal-hukuksal statüsünde önemli bir değişime işaret etmektedir. Ancak bu değişim yalnızca çocukların toplumsal-hukuki konumunu değil, yetişkinlerin statüsünü de etkileme gücüne sahiptir. Gerçekten çocuğun öncelikle insan olarak değerinden kaynaklanan çocuk hakları, bir toplumda her bir insanın insan olmaktan kaynaklanan değerinin ve onurunun korunmasına da önemli katkı sağlayacaktır. Zira toplumların insana verdiği değer ölçüsü, hâkim sınıfın mensuplarına atfedilen değer değil, en güçsüzlerine, en dezavantajlılarına verebildiği değer kadardır. En güçsüzlerin hak sahibi olduklarını kabul ederek haklarına saygı göstermek ve korumak, insan haklarına saygılı bir hukuk devletinin varlık nedenidir.

KAYNAKÇA

- ACKERMAN, Bruce A., **Social Justice in the Liberal State**, Yale University Press, New Haven – London, 1980.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, İmge Kitabevi, Ankara, 1994.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet KÖKER, Ali–Levent, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, İmge Kitabevi yay., Ankara, 1991.
- AKAD, Mehmed– DİNÇKOL, Bihterin Varol – BULUT, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 12. Bası, İstanbul, 2016.
- AKAD, Mehmet- Abdullah, DİNÇKOL, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2000.
- AKAD, Mehmet, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- AKAD, Mehmet-DİNÇKOL, Abdullah, **1982 Anayasası (Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları)** Alkım, İstanbul 1988, madde 17, s. 93;
- AKANDJI-KOMBE, Jean-François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, 2008.
- AKILLIOĞLU Kübra, – KARADEPE Mustafa, – BİNOKAY, Uğur Seçil, “Deneysel Modellerde Anne Yoksunluğunun Beyin ve Davranışlar Üzerine Etkisi”, **Arşiv Kaynak Tarama Dergisi**, Cilt 23, Sayı 2, 2014, ss. 257-269.
- AKILLIOĞLU, Tekin, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 13, Ankara, 1995.
- AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynakları ve Koruma Sistemleri**, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.

- AKINTÜRK Turgut, - ATEŞ KARAMAN, Derya, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt**, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- AKINTÜRK, Turgut, **Türk Medenî Hukuku: Aile Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- AKSOY, İlhan, “Türklerde Aile ve Çocuk Eğitimi”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt 4, Sayı 16, 2011, ss. 11-19.
- AKYÜZ, Emine, “Çocuk Hakları Sözleşmesinin Temel İlkeleri Işığında Çocuğun Eğitim Hakkı”, **Milli Eğitim Dergisi**, Sayı 151, 2001, s. 151, https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/151/akyuz.htm (erişim tarihi: 30.3.2019).
- AKYÜZ, Emine, “Velayet ve Çocuğun Korunması”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- AKYÜZ, Emine, **Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması**, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 2000.
- AKYÜZ, Emine, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2012.
- ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İÜHF Yayını, 4. Baskı, İstanbul 1982.
- ALEN, André – PAS, Wouter, “The UN Convention on the Rights of the Child’s Self-executing Character”, içinde: Eugeen VERHELLEN (ed.), **Monitoring Children’s Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 1996, ss. 165-186.
- ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ, “Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü”, **Amme İdaresi Dergisi**, 1986, C: 19, 1, ss. 23-54.

- ALSTON, Philip – GILMOUR-WALSH, Bridget, **The Best Interests of the Child: Towards a Synthesis of Children’s Rights and Cultural Values**, UNICEF No. 96/9, Innocenti Studies, 1996.
- ALSTON, Philip – TOBIN, John J. – DARROW, Mac., **Laying the Foundations for Children’s Rights**, Innocenti Research Centre, Innocenti, No: 10, 2005.
- ALSTON, Philip, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 8, Issue 1, 1994, ss. 1-25.
- ALSTON, Philip, “The Unborn Child and Abortion Under the Draft Convention on the Rights of the Child”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 12, 1990, ss. 156-178.
- ALSTOTT, Anne L., “Is the Family at Odds with Equality? The Legal Implications of Equality for Children”, **Southern California Law Review**, Vol. 82, No. 1, 2008, ss. 1-44.
- ANAYURT, Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, içinde: **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2000, ss. 47-59.
- ARAZ, Yahya, “Osmanlı İstanbul’unda Çocukluk, Çocuk Evlilikleri ve Cinsellik Yaşı Üzerine Bir Değerlendirme (19. Yüzyılın Başlarından İmparatorluğun Sonuna) Cinsel İlişkiye Uygundur Lakin Kendi Adına Konuşamaz!”, **Toplumsal Tarih Dergisi**, Sayı 274, 2016, ss. 42-49.
- ARAZ, Yahya, **Osmanlı Toplumunda Çocuk Olmak**, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2013.
- ARCHARD, David W., **Children, Family and The State**, Ashgate Publishing, Hampshire, 2003.
- ARCHARD, David, “Free Speech and Children’s Interests”, **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 79, 2004, ss.83-102, s. 91–93 .

- ARCHARD, David, **Children: Rights and Childhood**, 2. Baskı, Routledge, London – New York, 2004.
- ARENDT, Hannah, **The Origins of Totalitarianism**, Meridian Book, Cleveland – New York, 1962.
- ARIES, Philippe, **Centuries of Childhood: A Social History of Family Life**, Çev. Robert Baldrick, New York, 1962.
- ARNARDOTTIR, Oddny Mjoll, “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, **Oslo Law Review**, Vol. 4, No. 4, 2017, ss. 150-171
- ARNARDOTTIR, Oddny Mjöll, **Multidimensional Equality from Within: Themes from the European Convention on Human Rights, European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law**, Dagmar Schiek, Victoria Chege (Eds), Routledge-Cavendish, London, New York, 2009.
- ARNEIL, Barbara, “Becoming versus Being: A Critical Analysis of the Child in Liberal Theory”, içinde: David ARCHARD – Colin M. MACLEOD (eds.), **The Moral and Political Status of Children**, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 70-94.
- ARSAL, Sadri Maksudi, **Umumi Hukuk Tarihi**, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1948.
- ART, Gökçen, **Şeyhlülislam Fetvalarında Kadın ve Cinsellik**, Çiviyazıları, İstanbul, 1996.
- ATASOY, Hakan, “Bireysel Başvuruda Güncel Sorunlar”, edit: Sevtap YOKUŞ, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2015, ss. 227-277.

- ATILGAN, Eylem Ümit – ATILGAN, Aydın, **Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından Türkiye’deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi**, İHOP, Ankara, 2009.
- AUSTIN, Sara L., “Children’s Participation in Citizenship and Governance”, içinde: Barry PERCY - SMÍTH – Nigel THOMAS (ed.), **A Handbook of Children and Young People’s Participation Perspectives from Theory and Practice**, Taylor & Francis e-Library, 2009, ss. 245–253.
- AYAN, Serkan, “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt16, Sayı 4, 2012, ss. 19-90.
- AYBAY, Rona, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 70, 2007, ss. 187-213.
- AYBAY, Rona, **Amerikan, İngiliz ve Türk Hukuk Sistemlerinde Yurt Dışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü**, Nuray Matbaası, Ankara, 1975.
- BAĞDATLI ÇAM, Fatma, “Eğitim Sisteminin Ortaya Çıkışı ve Antik Yunan Eğitim Anlayışının Temelleri”, **Bartın Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, 2016, ss. 629–643.
- BAINHAM, Andrew, **Children, Parents and the State**, Sweet & Maxwell, London, 1988.
- BALKIR, Z. Güngör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Hakların Korunması**, Kocaeli Üniversitesi Yayını, Kocaeli, 2009.
- BALLAR, Suat, **Çocuk Hakları**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998 .
- BANDMAN, Bertram, “Do Children Have any Natural Rights?”, içinde: **Proceedings of the 29th Annual Meeting of Philosophy of Education Society**, Edwardsville, 1973. ss. 234-246.

- BAŞ, Mesut, “Yetiştirme Yurdunda ve Ana-Baba Yanında Kalan Öğrencilerin Kaygı Düzeyleri”, **Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, 1990, ss. 281-288.
- BATUM, Süheyl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İÜ Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993.
- BAY, Abdullah, “Osmanlı Toplumunda Evlatlıklar ve Hukukî Durumları”, **Turkish Studies**, Vol. 9, No. 4, 2014, ss. 149-163.
- BAY, Cristian, “Human Needs and Political Education”, içinde: Ross FITZGERALD (ed.), **Human Needs and Politics**, Pergamon Press, Rushcutters Bay, N. S.W., 1977.
- BELL, Mark, “The Right to Equality and Non-Discrimination, Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective”, içinde: Tamara K HERVEY - Jeff KENNER, (ed.), **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective**, Hart Publishing, 2003, ss. 91-11.
- BELL, Mark, “The Right to Equality and Non-Discrimination, Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective”, içinde: Tamara K HERVEY - Jeff KENNER, (ed.), **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective**, Hart Publishing, 2003, ss. 91-110.
- BENNETT, Walter H. Jr., “A Critique of the Emerging Convention on the Rights of the Child”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 20, No. 1, 1987, ss. 1-64.
- BERKİ, Şakir, “Romada Aile Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S.1: 1957, ss. 111-121.
- BERKİ, Şakir, **Türk Medeni Kanununda Velayetin Çocuğun Şahıs ve Malları Bakımından Şûmulü**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1970.

BESSON, Samantha, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, **The International Journal of Children’s Rights**, Vol. 13, 2005, ss. 433-461.

BILCHITZ, David, **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2007.

BINFORD, W. Warren Hill, “Comparative Constitutional Rights of Children”, **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law**, 2016, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2792513> (erişim tarihi: 3.3.2019)

BISSETT-JOHNSON, Alastair, “What did States really agree to?-Qualifications of Signatories to the United Nations Convention on the Rights of the Child”, **International Journal of Children’s Rights**, Vol. 2, 1994, ss. 399-411.

BITENSKY, Susan H., “Spare the Rod, Embrace our Humanity: Toward a New Legal Regime Prohibiting Corporal Punishment of Children”, **University of Michigan Journal of Law Reform**, Vol. 31, No. 2, 1997-1998, ss. 353-474.

BIYIKLI, Latife, “Yetiştirme Yurdundaki Çocukların Zihinsel ve Psiko-Sosyal Gelişimlerinin İncelenmesi”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 1-2, 1987, ss. 87-98.

BİLGİN, Pertev, **İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

BLACKSTONE, William, **Commentaries on the Laws of England**, <https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/bla-116/> (erişim tarihi: 09.02.2019)

BOLI-BENNETT John – MEYER, John W., “The Ideology of Childhood and the State: Rules Distinguishing Children in National Constitutions, 1870-1970 .

- BOYAR, Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 53-80.
- BREEN, Claire, **Age Discrimination and Children’s Rights Ensuring Equality and Acknowledging Difference**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2006.
- BREMS, Eva, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, ed. D. Barak-Erez & A.M. Gross, Oxford, Hart, 2007, ss. 135-167.
- BRENNAN, Samantha, Children’s Choices or Children’s Interests: Which do Their Rights Protect?”, içinde: David ARCHARD – Colin M. MACLEOD (eds.), **The Moral and Political Status of Children**, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 53-67 .
- BRIGGS, Asa, **The Age of Improvement, 1783-1867**, Routledge, London – New York, 2014.
- BRIGHOUSE, Harry, “How Should Children Be Heard?”, **Arizona Law Review**, Vol. 45, 2003, ss. 691-711.
- BRÖHMER, Jürgen – HILL, Clauspeter – SPITZKATZ, Marc (eds.), **60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights**, 2. Baskı, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2012, Berlin.
- BUEREN, Van, “The Quiet Revolution, Children’s Rights in International Law”, içinde: Marry JOHN, **Children in Charge: The Child’s Right to a Fair Hearing**, Jessica Kingsley Publishers, London – Bristol – Pennsylvania, 1996, ss. 27-37.
- BUMİN, Kürşat, **Batıda Devlet ve Çocuk**, Patika Yayıncılık, İstanbul, 1983.

- BURT, Robert A., “Developing Constitutional Rights of, in, and for Children”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 39, 1975, ss. 118-143.
- BUSS, Emily, “Constitutional Fidelity through Children’s Rights”, **The Supreme Court Review**, Vol. 7, 2004, ss. 355-407.
- CANIKLIOĞLU, Meltem DİKMEN, “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar Ve Anayasalarımız”, Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Mahmut Tevfik Birsal Armağanı**, DEÜ, İzmir, 2001, ss. 461-494.
- CAMPBELL, Tom D., “The Rights of the Minor: As Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 6, No. 1, 1992, ss. 1-23.
- CANTWELL, Nigel, “The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, içinde: Sharon DETRICK – Jakob Egbert DOEK – Nigel CANTWELL (Ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the “Travaux Préparatoires”**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 1992.
- Center for Economic, Social and Cultural Rights, **Economic, Social and Cultural Rights: A Guide to the Legal Framework**, Center for Economic, Social and Cultural Rights, New York, 2000.
- CHASKALSON, Arthur, “Human Dignity as a Foundational Value for Our Constitutional Order”, **South African Journal on Human Rights**, Vol. 16, No. 2, 2000, ss. 193-205 .
- CHEREDNYCHENKO, Olha O., “The Harmonisation of Contract Law in Europe by Means of the Horizontal Effect of Fundamental Rights”, **Erasmus Law Review**, Vol. 1, No. 1, 2007, ss. 37-58.

- CHISHOLM, A. Barbara, "Toward a Position on Children's Rights", **Interchange**, 1977, Vol. 8, No. 1, 1977, ss. 39-51.
- CLARKE, John, "Histories of Childhood", içinde: Dominic WYSE (ed.), **Childhood Studies: An Introduction**, Blackwell Publishing, Oxford, 2004, ss. 3-12.
- CLEMENTS Luke - SIMMONS Alan, "European Court of Human Rights: Sympathetic Unease", **Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law**, ed. Malcolm Langford, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, ss. 409-427.
- COHEN, Cynthia Price, "Developing Jurisprudence of the Rights of the Child", **Saint Thomas Law Review**, 1993, Vol. 6, No 1, ss. 1-96.
- COHEN, Cynthia Price, "The Relevance of Theories of Natural Law and Legal Positivism", içinde: Michael FREEMAN – Philip E. VEERMAN, **The Ideologies of Children's Rights**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, ss. 53-70.
- COHEN, Cynthia Price, "United Nations: Convention on the Rights of the Child", **International Legal Materials**, Vol. 28, Issue 6, 1989, ss. 1448-1476.
- COHEN, Howard, **Equal Rights for Children**, Adams, Littlefield, New Jersey, 1980.
- COOMANS, Fons, "Some Introductory Remarks on the Justiciability of Economic and Social Rights in a Comparative Constitutional Context", içinde: Fons COOMANS (ed.), **Justiciability of Economic And Social Rights: Experiences From Domestic Systems**, ss. 1-16.
- COX, Roger (ed.), **Shaping Childhood: Themes of Uncertainty in the History of Adult-Child Relationships**, Routledge, New York, 2002.
- CRANSTON, Maurice, "**İnsan Hakları Nelerdir?**" (Çeviren: Atilla Yayla), içinde: Atilla Yayla (Yayıma Hazırlayan), **Sosyal & Siyasal Teori**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1993 .
- ÇAĞAN, Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.

- ÇAĞLAR, Bakır, **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.
- ÇAĞLAR, Selda, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 3, 2012, ss. 43-86.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994.
- ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları**, Üçüncü Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 2000
- ÇELİK, Cemil, “Velayetin Kaldırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 1, 2004, ss. 255-309.
- ÇELİK, Edip, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Prof. Dr. Lütfi Duran 'a Armağan, Sayı 1-3, 1988, ss. 47-56.
- ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1974, s. 19;
- ÇOBAN, Aykut, “Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü”, **6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar**, 15- 17 Kasım 2007, Ankara Üniversitesi Biyoteknoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2007, ss. 85-110.
- Çocuk Vakfı, **Ulusal Anayasalar ve Çocuk Haklarına Dair Karşılaştırmalı Çocuk ve Anayasa Raporu**, Çocuk Hakları Enstitüsü’ne Sunulan Taslak, İsviçre, 2010.
- ÇÜÇEN, A. Kadir, “Batı Aydınlanmasının Düşünsel Kökenleri ve Eleştirisi”, **Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (İLKE)** Atatürk’ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı, ss. 25-34.
- DAILEY, Anne C., “Children’s Constitutional Rights,” **Minnesota Law Review**, Vol. 2011, 2011, ss. 2099-2178.
- DAILEY, Anne C., “Developing Citizens”, **Iowa Law Review**, Vol. 91, 2006, ss. 431-503.

David HARRIS – Michael O’BOYLE – Ed BATES – Carla BUCKLEY, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Avrupa Konseyi, 2013 .

DE GRAEF, Coby, “Rights of Children in a Changing World”, içinde: Michael. FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, ss. 115-124.

De MAUSE, Lloyd, “The Evolution of Childhood”, içinde: L. de MAUSE (ed.), **The History of Childhood**, Souvenir Press, New York, 1974.

De MAUSE, Lloyd, **The History of Childhood**, Psychohistory Press, New York, 1974.

De SCHUTTER, Olivier, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, European Commission, Luxembourg, 2005.

DELBRUCK, Jost, “International Protection of Human Rights and State Sovereignty,” **Indiana Law Journal**, Vol. 57, Issue 4, 1982, ss. 567-578.

DEMİRCİ, Tuba, – SOMEL, Selçuk Akşin , “Women’s Bodies, Demography, and Public Health: Abortion Policy and Perspectives in the Ottoman Empire of the Nineteenth Century”, **Journal of the History of Sexuality**, Vol. 17. No. 3, 2008, ss. 377-420.

DENNINGER, Erhard, “State Tasks and Human Rights”, **Ratio Juris**, Vol. 12, No. 1, 1999, ss. 1-10 .

DETHLOFF, Nina, “Parental Rights and Responsibilities in Germany”, **Family Law Quarterly**, Vol. 39, No. 2, 2005, ss. 315-337.

DETRICK, Sharon– DOEK, Jakob Egbert – CANTWELL, Nigel (Ed.), **The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the “Travaux Préparatoires”**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 1992.

- DINGWALL, Robert - EEKELAAR John M. – MURRAY, Topsy, “Childhood as a Social Problem: A Survey of the History of Legal Regulation”, **Journal of Law and Society**, Vol. II, No. 2, 1984, ss. 207-232.
- DİZMAN, Hatice, **Anne-Babası ile Yaşayan ve Anne Yoksunu Olan Çocukların Saldırganlık Eğilimlerinin İncelenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2003
- DOEK, Jakob Egbert, “The UN Convention on the Rights of the Child: Some Observation on the Monitoring and Social Context of Its Implementation”, **University of Florida Journal of Law & Public Policy**, Vol. 14, No. 2, 2002, ss. 125-136.
- DOĞAN, İsmail, “Çocuk Hakları: Tarihte, Dünyada ve Türkiye’de”, **İlkokul Öğretmenlerinin İnsan Hakları Açısından Eğitimi Projesi Ders Malzemesi**, İHD Yayınları, Ankara, (tarih belirtilmemiş).
- DOĞANCI, Kamil - KOCAKUŞAK, Fulya, “Eski Roma Ailesinde “Pater Familias” ve “Patria Potestas” Kavramları”, **Social Sciences Review of the Faculty of Sciences & Letters University of Uludag/Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 16, Sayı: 27, 2014, ss. 233-250
- DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa ERDOĞAN-Levent KORKUT, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- DONUK, Abdülkadir, “Çeşitli Topluluklarda ve Eski Türklerde Aile”, **İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi**, Sayı 33, 1980, ss. 147-168.
- DOST, Süleyman, “Uluslararası Düzenlemelere Göre Azınlık Statüsünde Olmayan Farklı Etnik Kökenli Çocukların Ana Dil Eğitimi Hakkı ve Türkiye”, **Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 2, 2016, ss. 539-556.

- DUBEN, Alan, **İnsan Hakları ve Demokratikleşme: Yerel Yönetimlerin ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü**, WALD İnsan Hakları Serisi, Kent Basımevi, İstanbul, 1994.
- DUNCAN, Beatrice, **Constitutional Reforms in Favour of Children**, November 2008, UNICEF, http://www.onu.cl/es/wp-content/uploads/2016/06/Constitutional_Reforms_in_Favour_of_Children.pdf (erişim tarihi: 3.3.2019).
- DURAN, Lütfi, “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXX, Sayı 3-4, 1964, ss. 466-492.
- DUVERGER, Maurice, **Batının İki Yüzü**, Çev. Cem Eroğul – Fazıl Sağlam, Doğan Yayınları, Ankara, 1977.
- DWORKIN, Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, 1977.
- DWYER, James G., **Moral Status and Human Life: The Case for Children’s Superiority**, Cambridge University Press, New York, 2011.
- DWYER, James G., **The Relationship Rights of Children**, Cambridge University Press, 2006.
- EEKELAAR, John M. – DINGWAL, Robert W. J. – MURRAY, Topsy, “Victims or Threats? Children in Care Proceedings”, **Journal of Social Welfare Law**, Vol. 4, No. 2, 1982, ss. 68-82.
- EEKELAAR, John, “The Emergence of Children’s Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 6, No. 2, 1986, ss. 161-182.
- EEKELAAR, John, “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 8, No. 1, 1994, ss. 42-61.

- EGLIN, Muriel, **Judicial Child Protection in France and England: A Comparative Approach**, 2001, s. 10, <https://www.afmjf.fr/Judicial-child-protection-in.html> (erişim tarihi: 09.02.2019).
- EIDE, Asbjørn – EIDE, Wenche Barth, **Article 24: The Right to Health**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006.
- EIDE, Asbjørn - ROSAS, Allan, “Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge”, içinde: Asbjørn EIDE – Catarina KRAUSE – Allan ROSAS (Ed.), **Economic, Social And Cultural Rights A Textbook**, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 2001, ss. 3-7.
- EIDE, Asbjørn, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, içinde: Asbjørn EIDE – Catarina KRAUSE – Allan ROSAS (Ed.), **Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook**, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 2001, ss. 9-28.
- ELKIND, David, “The Child Yesterday, Today and Tomorrow”, **Young Children**, Vol. 42, No. 4, 1987, ss. 6-11.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Orion Yayını, Ankara, 2007.
- ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2007.
- EREN, Abdurrahman, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 6. Bası, İstanbul 1998.
- ERGİN, Osman Nuri, **Türkiye Maarif Tarihi, Cilt 1-2**, Eser Kültür Yayınları, 1977.
- ERGÜL, Ozan, (Bildiriler) “Temel Hak ve Özgürlükler - Hukuk Devleti- Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, içinde: **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, (10 - 14 Ocak 2012) I. Cilt,

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2012-hukuk-kurultayi-1-cilt.pdf> (erişim tarihi: 02.09.2020). 2-

ERGÜL, Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, **Yıldırım Uler’e Armağan**, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayına Hazırlayan Muhammed ERDAL Lefkoşa, 2014, ss. 65-86.

ERÖZDEN, Ozan, **Ulus-Devlet**, Dost Yayınları, Ankara, 1997.

ESEN, Bülent Nuri, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması**, AÜHF Yayını, Ankara, 1972, s. 19-20.

ESEN, Selin, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2011.

ESEN, Selin, “Türkiye’de Anayasa Şikayeti”, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara Nisan 2011.

ESEN, Selin, **Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ESTERIK, Penny Van, “Right to Food; Right to Feed; Right to Be Fed. The Intersection of Women’s Rights and the Right to Food”, **Agriculture and Human Values**, No. 16, 1999, ss. 225–232.

EWING, K. D., “Constitutional Reform and Human Rights: Unfinished Business?”, **The Edinburg Law Review**, Vol. 5, 2001, ss. 297-324.

EZER, Tamar, “A Positive Right to Protection for Children”, **Yale Human Rights and Development Journal**, Vol. 7, Issue 1, 2004, ss. 1-50 .

Fatih Mehmet II Vakfiyeleri, Vakıflar Umum Müdürlüğü Neşriyatı, Ankara, 1938.

FEDERLE, Katherine Hunt, “Looking for Rights in All the Wrong Places: Resolving Custody Disputes in Divorce Proceedings”, **Cardozo Law Review**, Vol. 15, 1994, ss. 1523-1566.

- FEDERLE, Katherine Hunt, "On the Road to Reconceiving Rights for Children: A Postfeminist Analysis of the Capacity Principle" **DePaul Law Review**, Vol. 42, 1992, ss. 983-1028.
- FEDERLE, Katherine Hunt, "Rights Flow Downhill", **International Journal of Child's Rights**, Vol. 2, 1994, ss. 343-368.
- FEINBERG, Joel **Rights, Justice and the Boundaries of Liberty: Essays in Social Philosophy**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1980.
- FEINBERG, Joel, "The Nature and Value of Rights", içinde: Joel FEINBERG, **Rights, Justice and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy**, Princeton University Press, Princeton, 1980, ss. 143-158
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin – ÖZAKMAN, Cumhur – SARIAL, Enis, **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- FEYZİOĞLU, Feyzi– ÖZAKMAN, Cumhur – SARIAL, Enis, **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- FINEMAN, Martha L.– OPIE, Anne, "The Uses of Social Science Data in Legal Policy Making: Custody Determinations at Divorce", **Wisconsin Law Review**, Vol. 1, 1987, ss. 107-157.
- FIONDA, Julia, **Legal Concepts of Childhood**, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2001.
- FIONDA, Julia, **Legal Concepts of Childhood: An Introduction**, Edited by Julia FIONDA, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2001.
- FLEKKOY, Malfrid Grude, "Attitudes to Children–Their Consequences for Work for Children", içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children's Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1992, ss. 135-147.
- FORTIN, Jane, "Children's Rights: Are the Courts Now Taking Them More Seriously", **The King's College Law Journal**, Vol. 15, 2004, ss. 253-272.

- FORTIN, Jane, **Children's Rights and the Developing Law**, Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge – London, 2009.
- FOSTER, Henry H. – FREED, Doris Jonas, “A Bill of Rights for Children”, **Family Law Quarterly**, Vol. 6, 1972, ss. 343-375.
- FRANKLIN, Bob (ed.), **Çocuk Hakları**, Çev: Alev Türker, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1986.
- FRANKLIN, E. Zimring, **The Changing Legal World of Adolescence**, Quid Pro Books, New Orleans, Louisiana, 2014.
- FRASER, Nancy, **Unruly Practices: Power, Discourse And Gender in Contemporary Social Theory**, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1989.
- FREEMAN, Michael “Taking Children’s Rights More Seriously”, **International Journal of Law and the Family**, Vol. 6, No. 1, 1992, ss. 55-71.
- FREEMAN, Michael, “The Human Rights of Children”, **Current Legal Problems** Vol. 63, No. 1, 2010, ss. 1-44.
- FREEMAN, Michael, “Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously”, **International Journal of Children’s Rights**, Vol. 15, 2007, ss. 5-23.
- FREEMAN, Michael, **The Rights and Wrongs of Children**, Frances Pinter, London, 1992.
- FREEMAN, Michale D.A., **Children, their Families and the Law: Working with the Children Act**, BASW, 1992.
- G. YOUNG, Katharine, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, **The Yale Journal of Internaional Law**, Vol. 33, 2008.
- GARDBAUM, Stephen, “The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights”, **Michigan Law Review**, Vol. 102, 2003–2004, ss. 387–459.

- GARVEY, John H., “Child, Parent, State, and the Due Process Clause: An Essay on the Supreme Court's Recent Work”, **Southern California Law Review**, Vol. 51, 1977, ss. 769-822.
- GAYLIN, Willard M., “The Prickly Problems of Pornography”, **Yale Law Journal**, Vol. 77, 1968, ss. 579-597.
- GEMALMAZ, M. Semih, **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler)**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.
- GEMALMAZ, M. Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 92-93.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayıncılık, Birinci Bası, İstanbul, 2010.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara Barosu, Ankara, 2006.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, Beta Basın Yayın Dağıtım, 1994.
- GERBER, Haim, “Anthropology and Family History: The Ottoman and Turkish Families”, **Journal of Family History**, Vol. 14, No. 4, 1989, ss. 409-421.
- GERBER, Haim, **Islamic Law and Culture 1600-1840**, Brill, Leiden, 1999.
- GİRİTLİ, İsmet, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansımaları”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 19, 2002, ss. 88-103.
- GOLDSTEIN, Joseph – FREUND, Anna – OLNIT, Albert J. S., **Before the Best Interests of the Child**, Simon and Schuster, The Free Press, New York, 1979.
- GOLDSTEIN, Stephen, “The Odd Couple: Common Law Procedure and Civilian Substantive Law”, **Tulane Law Review**, Vol. 78, ss. 291-306.

- GOONESEKERE, Savitri, “Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems”, içinde: UNICEF, **Protecting the World’s Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems**, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne, Madrid – Cape Town – Singapore, São Paulo, 2007.
- GOONESEKERE, Savitri, “The Best Interests of the Child: A South Asian Perspective”, **International Journal of Law and the Family**, Vol. 8, 1994, ss. 117-149 .
- GÖNENÇ, Levent – ESEN, Selin, “Religious Information on Identity Cards: A Turkish Debate”, **Journal of Law and Religion**, 2007-2008, Vol. 23, No. 2, ss. 579-603.
- GÖNENÇ, Levent, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçinde Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 56, Sayı 1, 2007, ss. 145-168.
- GÖNENÇ, Levent, “The 2001 Amendments to the 1982 Constitution of Turkey, **Ankara Law Review**, Vol: 1, No: 1 (Summer: 2004). ss. 89-109
- GÖNENÇ, Levent, 1982 Anayasası’nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar, http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf,
- GÖREN, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000.
- GÖREN, Zafer, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 6, Sayı 12, Güz 2007/2, ss.21-37.
- GÖREN, Zafer, “Çocuğun Temel Hakları”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 15, 1998, ss. 113-176.

- GÖREN, Zafer, “Çocukların Temel Hak Sijeliği Avrupa Birliğinin Önceliği Olarak Çocukların Korunması ve Teşviki”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt I**, Ankara Üniversitesi Yayını, Ankara, 2013, ss. 143-187.
- GÖREN, Zafer, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 9, Ankara, 1992, ss. 165-184.
- GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1999.
- GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler**, Beta, İstanbul, 2000.
- GÖZE, Ayferi, **Sosyal Devlet Sistemi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.
- GÖZLER, Kemal “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/4, ss. 53-67.
- GÖZLER, Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 55, Sayı 3, 2000, ss. 81-103.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 9. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2010.
- GÖZTEPE, Ece, “Anayasa Mahkemesi’nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi” **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı 32, 2015.
- GÖZTEPE, Ece, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, **Anayasa Yargısı**, C: 32, 2015, ss. 17-33.
- GÖZTEPE, Ece, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi: Almanya'daki Sünnet Yasağı Tartışmasının Analizi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt I**, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara, 2013.

- GÖZTEPE, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, S.95, Yıl 2011, ss. 13-40.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GRASSINGER, Gülçin Elçin, **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- GRASSINGER, Gülçin Ersin, “Medeni Hukuk Hükümleri Kapsamında Çocuğun Aile İçerisinde Velisine Karşı Korunması”, içinde: Aydın GÜLAN – Mustafa Ruhi ŞİRİN – Memduh Cemil ŞİRİN (Yayıma hazırlayanlar), **I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı Cilt 1**, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, ss. 105-126.
- GRAVESON, Ronald H., **Status in the Common Law**, Athlone Press, London, 1953.
- GUGGENHEIM, Martin, **What’s Wrong with Children’s Rights?**, Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts, 2005.
- GÜÇRAY, S. Sonay, “Çocuk Yuvasında ve Ailesinin Yanında Kalan 9-10-11 Yaş Çocuklarının Öz-Saygı Gelişimini Etkileyen Bazı Faktörler”, **Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi**, Cilt 1, Sayı 3, 1993, ss. 58-66.
- GÜLER, Mahmut, “Kentsel Haklar, Kapitalizm ve Katılım”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 66, Sayı 1, 2011, ss. 49-71.
- GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 25, 2010, ss. 217-266.
- GÜLMEZ, Mesut, Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, 2011, ss. 51-85, <http://www.sosyalhaklar.net/2011/bildiri/gulmez.pdf> (erişim tarihi: 1.4.2019).

- GÜNEŞ, Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1965.
- GÜRER, Ahmet Şamil – BAY, Abdullah, **Osmanlı Toplumunda Beslemelik Kurumu**, Birleşik Dağıtım Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÜRKAN, Ülker, “Evlat Edinme ve Beslemelerin Hukukî Durumu”, içinde: Adnan GÜRİZ – Peter BENEDICT (ed.), **Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- GÜRKAN, Ülker, “Kişilik Kavramının Evrimi”, **Prof. Dr. Hâlide Topçuoğlu’na Armağan**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1995.
- GWEN, James, “Theory into Practice: Lessons from One English Organisation”, içinde: M. Freeman - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht Publishers, 1992, ss. 149-154.
- HABERMAS, Jürgen, “Religious Tolerance-The Pacemaker for Cultural Rights”, **Philosophy**, No. 79, 2004, ss. 5-18.
- HAFEN, Bruce C., “Children’s Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations about Abandoning Youth to Their Rights”, **Brigham Young University Law Review**, 1976, ss. 605-658.
- HAMMARBERG, Thomas, “Children, in Economic, Social And Cultural Rights”, içinde: Asbjørn EIDE – KRAUSE, Catarina – ROSAS, Allan (Ed.), **Economic, Social And Cultural Rights: A Textbook**, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 2001.
- HARDING, L. Fox, **Perspectives in Child Care Policy**, Longman, London, 1997.
- HART, H. L. A., “Are There Any Natural Rights?”, **The Philosophical Review**, Vol. 64, No. 2, 1955, ss.175-191.
- HATEMİ, Hüseyin, – SEROZAN, Rona, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

- HENDRICK, Harry, “Periods of History: Childhood and Child Work, c. 1800–Present”, içinde: Hugh D. HINDMAN (ed.), **The World of Child Labor: An Historical and Regional Survey**, ME Sharpe, New York – London, 2009, ss. 33-37.
- HENKIN, Louis, “Treaties in a Constitutional Democracy”, **Michigan Journal of International Law**, Vol. 10, Issue 2, 1989, ss. 406-429.
- HEYWOOD, Colin, **Baba Bana Top At! Batı’da Çocukluğun Tarihi**, Çev. Esin HOŞSUCU, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2003.
- HEYWOOD, Colin, **Childhood in Nineteenth-Century France: Work, Health and Education Among the ‘Classes Populaires’**, Cambridge University Press, Cambridge, New York, New Rochelle, Melbourne, Sydney, 1988.
- HILL, Thomas E., **Dignity and Practical Reason in Kant’s Moral Theory**, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1992.
- HINDMAN, Hugh D. (ed.), **The World of Child Labor: An Historical and Regional Survey**, Myron E. Sharpe, New York, 2009.
- HIRSCH, Ernst E., “Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, **Birinci Türk Hukuk Kongresi’nde Sunulan Tebliğler**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 1971.
- HODGKIN, Rachel – NEWELL, Peter, **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child**, UNICEF, USA, 1998.
- HODGSON, Douglas, “The Child’s Right to Life, Survival and Development”, **The International Journal of Children’s Rights**, Vol. 2, 1994, ss. 369-394.
- HOWE, Ruth-Arlene W. - KATZ Sanford N. - McGRATH, Melba, “Child Neglect Laws in America”, **Family Law Quarterly**. Vol. 9, 1975.
- HUMPHRIES, Jane, **Childhood and Child Labour in the British Industrial Revolution**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

İlhan AKSOY, “Türklerde Aile ve Çocuk Eğitimi”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt 4, Sayı 16, 2011, ss. 11-19.

İMAMOĞLU, Hülya, “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54 Sayı 2, 2005, ss. 183-218.

İMAMOĞLU, Hülya, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenlemeler ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 1, 2005, ss. 165-190

İNALCIK, Halil, **Osmanlı Topluluğu Klasik Çağ (1300-1600)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003.

İNAN, Ali Naim, “Çocuğun Korunmasında Medeni Kanun’umuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları”, **Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1999, ss. 703-720 .

İNAN, Ali Naim, **Çocuk Hukuku**, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.

İNCEOĞLU, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3: ss. 23-53.

İNCEOĞLU, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”. **Çalışma ve Toplum**, 2006, Sayı 4: ss. 45-62.

İZGİ, Ömer-GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Yorumu**, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, Madde 5.

JACOBS, Francis Geoffrey, “The Extension of the European Convention on Human Rights to Include Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Review**, Vol. 3, No. 3, 1978, ss. 166-178.

- KABOĞLU, İbrahim Ö. “Anayasada Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildirgesi**, 2009.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., “İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze)”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 9, 1992, 121-136.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Çevre Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, Altıncı Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.
- KABOĞLU, İbrahim, “Anayasa’da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları”, içinde, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II**, Petrol-İş Yayını-113, İstanbul, 2010.
- KABOĞLU, İbrahim, **Dayanışma Hakları**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1996.
- KABOĞLU, İbrahim, **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak**, İmge Kitabevi, İstanbul, 2010.
- KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İmge Kitabevi, İstanbul, 2013 .
- KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- KANADOĞLU, Korkut, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 119, 2015, ss. 11-34.
- KANADOĞLU, Korkut O., **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta, 2000.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13. Basım, Ankara, 2008.
- KARAHANOGULLARI, Kerem-ALTIPARMAK, Onur, “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AIHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, 1.3 (2004) ss. 249-276.

- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri** AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- KARAN, Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, C: 31, 2015, 235-306.
- KARAYALÇIN, Yaşar, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 19, Sayı 1-4, 1962, ss. 251-275.
- KAZICI, Ziya, **İslami ve Sosyal Açından Vakıflar**, Marifet Yayınları, İstanbul, 1985.
- KEDZIA, Zdzislaw– JARACZEWSKI, Jakub, “Supporting Ombudsman Cooperation in the Eastern Partnership Countries, European Parliament, Directorate General for External Policies of the Union”, 2011, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/457060/EXPO-DROI_ET\(2011\)457060_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/457060/EXPO-DROI_ET(2011)457060_EN.pdf) (erişim tarihi: 6.1.2019).
- KING, Edward, “İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi”, Çev. İlhan LÜTEM **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 16, Cilt 1, 1959, ss. 178-233.
- KING, Margaret L., “Concepts of Childhood: What We Know and Where We Might Go?”, **Renaissance Quarterly**, Vol. 60, No. 2, 2007, ss. 371-407.
- KIRATLI, Metin, **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz**, Sevinç Matbaası, 1966.
- KILKELLEY, Ursula, **The Child and the European Convention on Human Rights**, 2. Bası, Routledge, Taylor ve Francis Group, London ve New York, 2016.
- KLEINFELD, Compare, “The Balance of Power Among Infants, Their Parents and The State”, **Family Law Quarterly**, Vol. 4, 1970, ss. 409-443.
- KOÇ, Bekir, “Osmanlı İslahhanelerinin İşlevlerine İlişkin Bazı Görüşler”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 6, Sayı 2, 2007, ss. 36-50.
- KONTACI, A. Ersoy, “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 66, Sayı 2, 2017, ss. 427-459.

KORSGAARD, Christine, “Creating the Kingdom of Ends”, içinde: Christine M.

KORSGAARD, **Two Arguments against Lying**, Cambridge University Press, New York, 1996, ss. 335-362.

KOŞAR, Nesrin, “Türkiye’de Koruyucu Aile ve Evlat Edinme Sistemlerinin Dünyü,

Bugünü, Yarını”, içinde: **Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh**

Sağlığı (Prof. Dr. Mualla Öztürk Anısına XX. Sempozyum Sunumları 15-16

Şubat 2007), (Yay. Yön. Neşe EROL), Ankara, 2008, ss. 7-15.

KÖSE, Saffet, “İslam Hukukunda Çocuğun Çalışması, Gelirinin Korunması ve

İstismarını Önleyici Tedbirler”, **Çocuk Sorunları ve İslam Sempozyumu** (30

Eylül-2 Ekim 2005, Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Rize),

İstanbul, 2010, ss. 122-125.

KÖSE, Saffet, “Lakit,” İslam Ansiklopedisi Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2003.

KRAUSE, Harry D., **Child Law Parent, Child and State**, Dorthmouth Publishing

Company Limited, Dorthmouth, 1992.

KUBALI, H. Nail, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler**, İÜHF

Yayınları, İstanbul, 1964.

KUÇURADİ, İoanna, “Felsefe ve İnsan Hakları”, içinde: İoanna KUÇURADİ (yayıma

hazırlayan), **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hacettepe Üniversitesi Türkiye

ve Orta Doğu Araştırmalar Enstitüsü, Ankara, 1982.

KÜRKÇÜOĞLU, Kemal Edib, **Süleymaniye Vakfiyesi**, Vakıflar Umum Müdürlüğü

Neşriyatı, Ankara, 1962.

LANGFORD, Malcolm, “The Justiciability of Social Rights From Practice to Theory”,

in içinde: Malcolm LANGFORD (ed.), **Social Rights Jurisprudence: Emerging**

Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press,

2009, ss. 1-11.

- LANSDOWN, Gerison, “The Realisation of Children’s Participation Rights”, içinde: Barry PERCY-SMITH – Nigel THOMAS, **A Handbook of Children and Young People’s Participation, Perspectives from Theory and Practice**, Taylor & Francis e-Library, 2009 ss.11-22.
- LaVAQUE-MANTY, Mika, “Kant’s Children”, **Social Theory and Practice**, Vol. 32, 2006, ss. 365-388.
- LIEBENBERG, Sandra, “The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights”, **South African Journal of Human Rights**, Vol. 21, 2005, ss. 1-31.
- LIEBENBERG, Sandra, **South Africa’s Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights**, Socio-Economic Rights Project, CLC, UWC, 2002.
- LOCKE, John, **Second Treatise on Government**, Hackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge, 1980.
- LOPATKA, Adam, Conceptualization and Actualization of the Convention on the Rights of the Child, **Loy. Poverty Law Journal**, 1998, 4, ss. 199-203.
- LUCKOCK, Barry – VOGLER, Richard - KEATING, Heather, “Child Protection in France and England-Authority, Legalism and Social Work Practice”, **Child and Family Law Quarterly**, Vol. 8, No. 4, 1996, ss. 297-312.
- MACCORMICK, Neil, **Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy**, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- MALEKIAN, Farhad – NORDLÖF, Kerstin (ed.), **The Sovereignty of Children in Law**, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2012 içinde: Marta PRUNCNAL, “Who is a Child? The International Definition of a Child”, ss. 69-87.
- MAPULANGA-HULSTON, Jackbeth K., “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 6, No. 4, 2002, ss. 29-48.

- MARGOLIN, C. R., “Salvation Versus Liberation: The Movement for Children’s Rights in a Historical Context”, **Social Problems**, Vol. 25, No. 4, 1978, ss. 441-452.
- McCRUDDEN, Christopher, “Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 4, 2000, ss. 499-532.
- McCRUDDEN, Cristopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 4 (2008).
- MCKEAN, Warwick A., **Equality and Discrimination under International Law**, Oxford University Press, Oxford, 1983.
- MÉNDEZ, Emilio García, “A Comparative Study of the Impact of the Convention on the Rights of the Child: Law Reform in Selected Civil Law Countries”, içinde: UNICEF, **Protecting the World’s Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems**, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, ss. 100-141.
- MENDEZ, Emilio Garcia, **Child Rights in Latin America: From “Irregular Situation” to Full Protection**, UNICEF International Child Development Centre, Florence, 1998.
- MENGHISTU, F., “The Satisfaction of Survival Requirements”, içinde: B. G. RAMCHARAN (ed.), **The Right to Life in International Law**, Martinus Nijhoff Publishing, Dordrecht – Boston – Lancaster, 1985, ss. 63-84
- METİN, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 2017, ss. 1-74.
- MICHELMAN, Frank I., “In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls’ Theory of Justice”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 121, 1973, ss. 962-1019.

- MICHELMAN, Frank, "Welfare Rights in a Constitutional Democracy", **Washington University Law Quarterly**, Vol. 1979, 1979, ss. 659-693.
- MILL, John Stuart, **On Liberty**, The Floating Press, 2009.
- MINOW, Martha, "Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children's Rights", **Harvard Women's Law Journal**, Vol. 9, 1986, ss. 1-24.
- MINOW, Martha, "What Ever Happened to Children's Rights?", **Minnesota Law Review**, Vol. 80, 1995, ss. 267-298.
- Michael D. A. FREEMAN, "The Limits of Children's Rights", içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children's Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht Publishers, 1992. ss. 29-36.
- MNOOKIN, Robert. H., "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", **Law & Contemporary Problems**, Vol. 39, No. 3, 1975, ss. 226-293.
- MORANDIERE, Julliot de la, "Fransız Medenî Kanununun Tadili", Çev. Kemal Tahir GÜRSOY, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 3, 1950, ss. 414-425.
- MOSIKATSANA, Tshepo L., "Children's Rights and Family Autonomy in the South African Context: A Comment on Children's Rights Under the Final Constitution", **Michigan Journal of Race and Law**, Vol. 3, 1998, ss. 341-393.
- MOWBRAY, Alistair R., **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- MUSCROFT, Sarah (ed.), **Children's Rights: Equal Rights? Diversity, Difference and the Issue of Discrimination**, The International Save the Children Alliance, London, 2000.

- NARDINELLI, Clark, “Child Labor and the Factory Acts”, **The Journal of Economic History**, 1980, Vol. 40, No. 4, ss. 739-755.
- NOLAN, Aoife, **Children’s Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts**, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2011.
- NOWAK, Manfred, **Article 6 The Right to Life, Survival and Development Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2005 .
- O’DONNELL, Daniel, “The Right of Children to be Heard: Children’s Right to Have Their Views Taken into Account and to Participate in Legal and Administrative Proceedings”, **Innocenti Working Paper No. 2009-04**, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, 2009.
- O’NEILL, Onara, “Children’s Rights and Children’s Lives”, **Ethics**, Vol. 98, 1998, ss. 445-463.
- O’NEILL, Onora, **Constructions of Reason: Explorations of Kant’s Practical Philosophy**, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- ODER, Bertil Emrah **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- ODER, Bertil Emrah, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları”, Anayasa Şikayeti Sempozyumu-Bireysel Başvuru ‘Anayasa Şikayeti’, Ed: Musa SAĞLAM, Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Yayınları, Ankara, 2011.
- ODER, Bertil Emrah, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, içinde: **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2012, ss. 121-214.

- ODER, Bertil Emrah, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”, **Anayasa Yargısı**, 30, 2013, ss. 49-59.
- ODER, Bertil Emrah, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2008, Sayı: 1, ss. 199-233.
- ODYAKMAZ, Zehra – KESKİN, Bayram– DENİZ, Yusuf, “6701 Sayılı İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2016, ss. 712-761.
- OĞUŞGİL, V. Atilla, “Avrupa Birliği Belgelerinde Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Yeri ve Önemi”, **International Journal of Economic and Administrative Studies**, Yıl 7, No. 14, 2015.
- OĞUZ, Arzu, **Karşılaştırmalı Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 .
- OĞUZMAN Kemal – DURAL, Mustafa, **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- OĞUZMAN, M. Kemal - ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- OKAY, Cüneyd, **Osmanlı Çocuk Hayatında Yenileşmeler: 1850–1900**, Kırkambar Yayınları, İstanbul, 1998.
- OLPAK, Mustafa, “Kronik: Osmanlı İmparatorluğu’nda Köle, Türkiye Cumhuriyeti’nde Evlatlık: Afro-Türkler”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 68, Sayı 1, 2013, ss. 123-141.
- ONAY, İbrahim, “Eski Türk Toplumunda Aile Düzeni ve Bunun Dini, Siyasi Hayata Yansımaları”, **International Journal of Social Science**, Cilt 5, Sayı 6, 2012, ss. 347-357.
- ONUR, Bekir, **Türkiye’de Çocukluğun Tarihi**, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.

- ONUR, Bekir, **Türk Modernleşmesinde Çocuk**, İmge Kitabevi, Ankara, 2009.
- ORTAYLI, İlber, **Osmanlı Toplumunda Aile**, Pan Yayıncılık, Beşinci Baskı, İstanbul, 2002.
- OZANSOY, Cüneyt, “Öznesini Arayan Nesneler: Çocuk ve Çocuk Hakları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 12, 1999, ss. 39-62.
- ÖDEN, Merih – ESEN, Selin, “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt II**, Ankara Üniversitesi Yayınları No. 391, Ankara, 2013, ss. 817-837.
- ÖDEN, Merih, “Türk Anayasa Hukukunda Devletin Kadınları Ev-İçi Şiddete Karşı Koruma Ödevi”, **Sosyal Adalet ve Ev-İçi Şiddet Uluslararası Konferansı**, 2-4 Nisan 2012, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2012.
- ÖDEN, Merih, **Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ÖRÜCÜ, Esin, “The Core of Rights and Freedoms: The Limits of Limits”, içinde: Tom CAMPBELL – David GOLDBERG – Sheila McLEAN – Tom MULLEN (ed.), **Human Rights: From Rhetoric to Reality**, Blackwell Publishing, New York, 1986.
- ÖZBAY, Ferhunde, **Türkiye’de Evlatlık Kurumu: Köle mi, Evlat mı?**, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul, 1999.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları ve Çocuk Arabuluculuğu”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul 2008, ss. 449-466.
- ÖZBEK, Nadir, “Osmanlı’dan Günümüze Türkiye’de Sosyal Devlet”, **Toplum ve Bilim**, Sayı 92, Bahar 2002, ss. 7-33.
- ÖZBEK, Nadir, **Osmanlı İmparatorluğu’nda Sosyal Devlet, Siyaset, İktidar ve Meşruiyet 1876-1914**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2014.

- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVII, Sayı 3, 2013, ss. 81-105.
- ÖZKAN DUVAN, Ayşe, “İnsan Hakları Hukukunun İctihadî Kaynakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XX, Sayı 4, 2016, ss. 137-169.
- ÖZMERT, Elif N., “Erken Çocukluk Gelişiminin Desteklenmesi-I: Beslenme”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, Cilt 48, Sayı 2, 2005, ss. 179–195.
- ÖZMERT, Elif N., “Erken Çocukluk Gelişiminin Desteklenmesi-III: Aile”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, Cilt 49, Sayı 3, 2006, ss. 256-273.
- ÖZMUMCU, Seda, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt 4, Sayı 2, 2014, ss. 145-171.
- ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2004.
- ÖZTAN, Bilge, **Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- ÖZTAN, Güven Gürkan, **Türkiye’de Çocukluğun Politik İnşası**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.
- ÖZVERİ, Murat, “Türk Hukukunda Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu**, 2011, ss. 139-158.
- PAPPAS, Anna Mamalakis, **Law and the Status of the Child**, United Nations Institute for Training and Research, New York, 1983.
- PARKER, Roy, “A Brief History of Child Protection”, içinde: Elaine FARMER – Morag OWEN, **Child Protection Practice: Private Risks and Public Remedies**, HMSO, London, 1995.
- PARTON, Nigel, **The Politics of Child Protection: Contemporary Developments and Future Directions**, Palgrave Macmillan, 2014.

- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- PEKİN, Faruk, **Demokrasi, Sendika Özgürlüğü ve Sosyal Haklar**, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1985.
- PELEG, Noam, “What Do We Mean When We Speak about Children’s Right to Development”, içinde: Farhad MALEKIAN – Kerstin NORDLÖF, (ed.), **The Sovereignty of Children in Law**, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2012, ss. 134-157.
- PERRY, Michael J., “Are Human Rights Universal? The Relativist Challenge and Related Matters”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 19, No. 3, 1997, ss. 461-509.
- PLATO, **Republic of Plato**, İngilizce’ye Çev. Francis M. CORNFORD, Oxford University Press, 1945.
- PLATT, Anthony M., **The Child Savers: The Invention of Delinquency**, University of Chicago Press, Chicago – London, 1977.
- PLATT, Anthony, “The Child Saving Movement and the Origins of the Juvenile Delinquency”, içinde: Paul M. SHARP - Barry W. HANCOCK (eds.), **Juvenile Delinquency Historical: Theoretical and Societal Reactions to Youth**, 2. Baskı, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1998, ss. 3-18.
- POLLOCK, Linda A., **Forgotten Children: Parent-Child Relations from 1500 to 1900**, Cambridge University Press, New York, 1983.
- POSTMAN, Neil, **Çocukluğun Yokoluşu**, Çev: Kemal İnal, İmge Kitabevi, Ankara, 1985.
- PRUCNAL, Marta, “Who is a Child? The International Definition of a Child”, içinde: Farhad MALEKIAN, Kerstin NORDLÖF (ed.), **The Sovereignty of Children in Law**, Cambridge Scholars Publishing, 2012, ss. 69-87 .
- PUTA-CHEKWE, Chisanga– FLOOD, Nora, “From Division to Integration: Economic, Social and Cultural Rights as Basic Human Rights”, içinde: Isfahan MERALI &

- Valerie OOSTERVELD (ed.), **Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001, ss. 39-51.
- RAWLS, John, **A Theory of Justice**, Harvard University Press, Cambridge – Massachussetts – London, 1971.
- RAZ, John, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- REES, Osian, “Dealing with Individual Cases: An Essential Role for National Human Rights Institutions for Children”, **International Journal of Children’s Rights**, Vol. 18, 2010, ss. 417–436.
- REIF, Linda C., “Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman”, **Boston College Third World Law Journal**, Vol. 31, Issue 2, 2011, ss. 269-310.
- RODHAM, Hillary, “Children Under The Law”, **Harvard Educational Review**, Vol. 43, No. 4, 1973, ss. 1-26.
- ROGERS, Carl M.– WRIGHTSMAN, Lawrence S., “Attitudes Toward Children’s Rights: Nurturance or Self-Determination?” **Journal of Social Issues**, Vol. 34, No. 2, 1978, ss. 59-68.
- RONEN, Ya’ir, “Redefining the Child’s Right to Identity”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 18, No. 2, 2004, ss. 147–177.
- RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, “The Best Interests Principle in French Law and Practice”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Vol. 8, No. 2, 1994, ss. 259-280.
- SABUNCU, Yavuz, - ESEN ARNWINE, Selin, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli - Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 21, Ankara, 2004, ss. 229-246.

- SABUNCU, Yavuz, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, **İnsan Hakları Yılığ**, Cilt 7-8, 1985-1986, ss. 15-26.
- SAĞLAM, Fazıl, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, **Bahri SAVCI’ya Armağan**, Ankara 1988.
- SAĞLAM, Fazıl, “2001 yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 19, 2002, ss. 288-310.
- SAĞLAM, Fazıl, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- SAĞLAM, Fazıl, “Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, **Demokratik Anayasa**, Ece Göztepe-Aykut Çelebi (Hazırlayanlar), Metis Yay., İstanbul, 2012.
- SAĞLAM, Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 1, 1984, ss. 261-271.
- SAĞLAM, Fazıl, “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal, 2008.
- SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Öz**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- SAĞLAM, Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 19, 2002, ss. 233-266.
- SALGO, Ludwig, “Child Protection in Germany”, içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, ss. 264-288.

- SANCAR, Mithat, **“Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000 .
- SANCAR, Mithat, **Temel Hakların Yorumu**, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1995.
- SAPMAZLI, Hüseyin, **Çocuk Hakları ve Himaye Müesseseleri**, Yeni Cezaevi, Ankara, 1943.
- SARICA, Murat, **Anayasayı Niçin Savunmalıyız: 1961 Anayasası’nın Sosyal Niteliği**, İzlem Yayınları, İstanbul, 1969.
- SARICA, Musa, **1961 Anayasasının Sosyal Niteliği**, Karınca Matbaası, İstanbul, 1966.
- SAVCI, Bahri, “Kişi Hakları Kavramının ve Teorisinin Tarihte Kuruluşu”, **AÜSBFD**, Cilt 25, Sayı 1, 1970, ss. 97-134 .
- SAVCI, Bahri, **İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara, 1953.
- SCHACHTER, Oscar, “Editorial Comment: Human Dignity as a Normative Concept”, **American Journal of International Law**, Vol. 77, Issue 4, 1983.
- SCHAPIRO, Tamar, “Childhood and Personhood”, **Arizona Law Review**, 2003, Vol. 45, ss. 575-594.
- SCHAPIRO, Tamar, “What is a Child?”, **Ethics**, Vol. 109, No. 4, 1999, ss. 715-738.
- SCOTT, Craig - MACKLEM, Patrick, “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 141 No. 1, 1992, ss. 1-148
- SEN, Amartya, “Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures”, **The Journal of Philosophy**, Vol. 82, No. 4, 1985, ss. 169-221 .
- SEROZAN, Rona (Çev.) “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları”, Kitap İncelemeleri, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, Yıl 5, No. 8’den ayrı bası.

- SEROZAN, Rona, “Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler”, içinde: **Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1997, ss. 381-407.
- SEROZAN, Rona, **Çocuk Hukuku**, İkinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- SEVİNÇ, Murat, “2010 Anayasa Değişiklikleri: Yöntem ve İçerik Eleştirisi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 65, Sayı 2, 2014, ss. 271-294.
- SINGER, Amy, **Osmanlı’da Hayırseverlik Kudüs’te Bir Haseki Sultan İmareti**, Çev. Dilek Şendil, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2004.
- SKOLNICK, Arlene, “The Limits of Childhood: Conceptions of Child Development and Social Context”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 39, 1975, ss. 38-75.
- SMITH, Anne, “The Unique Position of National Human Rights Institutions: A Mixed Blessing”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 28, No. 4, 2006, ss. 904–946.
- SOFUOĞLU, Ebubekir, “Osmanlı Devletinde Yetimler için Alınan Bazı Sosyal Tedbirler”, içinde: Emine GÜRSOY NASKALI – Aylin KOÇ (ed.), **Savaş Çocukları-Öksüzler ve Yetimler**, İstanbul, 2003, ss. 49- 58.
- SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Bası, Gerçek Yayınevi, Ankara, 1997.
- STEARNS, Peter N., “Child Labor in the Industrial Revolution”, içinde: Hugh D. HINDMAN (ed.), **The World of Child Labor: An Historical and Regional Survey**, ME Sharpe, New York – London, 2009, ss. 38-44.
- STEWART, Frances, “Basic Needs Strategies, Human Rights, And The Right To Development”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 11, No. 3, 1989, ss. 347-374.
- STONE, Lawrence, “The Massacre of the Innocents”, **New York Review of Books**, Vol. XXI, No. 18, 1974.

- SUNAY, Reyhan, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, 2015, ss. 9-52.
- SUTHERLAND, Elaine E., “The Role of Children in the Making of Decisions Which Affect Them”, içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, ss. 155-166.
- SZRETER, Simon, “The Right of Registration: Development, Identity Registration, and Social Security-A Historical Perspective”, **World Development**, Vol. 35, No. 1, 2007, ss. 67–86.
- ŞENEL, Alaeddin, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, **Yavuz Abadan’a Armağan**, AÜSBF yay., Ankara, 1969.
- ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 50, Sayı 4, 2001, ss. 65-80.
- ŞİRİN, Memduh Cemil, “Çocuğun Yüksek Yararı: İdare Hukukunda Uygulanabilirliği Üzerine Bir Deneme”, içinde: Aydın GÜLAN – Mustafa Ruhi ŞİRİN – Memduh Cemil ŞİRİN (ed.), **I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi, Yetişkin Bildirileri Kitabı**, Cilt: 2, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 56-68.
- ŞİRİN, Tolga – DUYMAZ, Erkan – YILDIZ, Deniz, **Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.
- ŞİRİN, Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikayeti. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- TALAS, Cahit, “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, Türkiye’de İnsan Hakları, (Seminer, 9-11 Aralık 1968), AÜHF Yayını, Ankara, 1970, ss. 217-233.
- TAN, Mine, “Çağlar Boyu Çocukluk”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, 1989, ss. 71-88.

- TAN, Mine, “Çocukluk: Dün ve Bugün, Toplumsal Tarihte Çocuk”, Sempozyum 23-24 Nisan 1993, İstanbul, 1994, s. 15-24.
- TANER, Fahri Gökçen, “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına Ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 124, 2016, ss. 221-246.
- TANİLLİ, Server, **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007.
- TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, Tıpkı 18. Bası, İstanbul, 2019.
- TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978.
- TANÖR, Bülent, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789 - 1980)**, 18. Baskı, YKY, İstanbul, 1995.
- TANÖR, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul, 1990.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge, **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- TEKELİ, İlhan, “İnsan Haklarının Yerleşmeye ve Mekana İlişkin Boyutları”, içinde: Ferzan YILDIRIM (ed.), **İnsan, Çevre, Kent**, Demokrasi Kitaplığı Yayınevi, İstanbul, 2002, ss. 15-29.
- TEKELİ, İlhan, “Kentleşmeye Kapital Birikim Süreçleri Açısından Bakmanın Sağladığı Açıklama Olanakları”, **Defter Dergisi**, Cilt 5, 1988, ss. 128-138; İlhan TEKELİ, “Kente Karşı İşlenen Suç mu? Yoksa Kentlinin Gasp edilen Hakkı mı?”, **Bozkurt Güvenç’e Armağan**, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara, 1994, ss. 463-473.
- TEKİN, Uğur, “Almanya Örneğinde Çocuk Adalet Sistemi”, içinde: Şener Uludağ vd. ed.), **Kanunla İhtilaf Hâlindeki Çocuklar**, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2009.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

- TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 2, 1986, ss. 21-38.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 10. Baskı, Beta Basın, Yayım, Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2005.
- THANE, Pat, “Childhood in History”, içinde: M. KING (ed.), **Childhood, Welfare and Justice**, Batsford, London, 1981, ss. 6-25.
- THEIS, Joachim, “Children as Active Citizens An Agenda for Children’s Civil Rights and Civic Engagement”, içinde: Barry PERCY - SMİTH – Nigel THOMAS (ed.), **A Handbook of Children and Young People’s Participation Perspectives from Theory and Practice**, Taylor & Francis e-Library, 2009, ss. 343–355.
- TOBIN, John, “Increasingly Seen and Heard: The Constitutional Recognition of Children’s Rights”, **South African Journal on Human Rights**, Vol. 21, 2005, ss. 86-126.
- TODRES, Jonathan, “Emerging Limitations on the Rights of the Child: the UN Convention on the Rights of the Child and Its Early Case Law”, **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 30, 1998, ss. 159-200.
- TOPAL, Şevket, “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukûkunda Velâyet ve Vesâyet Yetkisi”, **Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi**, Cilt 6, Sayı 2, 2006, ss.249-273.
- TREMPER, Charles Robert, “Respect for the Human Dignity of Minors: What the Constitution Requires”, **Syracuse Law Review**, Vol. 39, 1988, ss. 1293-1349.
- TSEGAYE, Hermela Binyam, **A Comparative Analysis of the Involvement of National Human Rights Institutions in the UN and the African Union Systems**, Master Thesis, Lund University, 2015.
- TUCKER, Judith E., “Eksiksiz Sevgi: Osmanlı Suriye’si ve Filistin’de İslam Hukukuna Göre Annelik”, içinde: ZILFI, Madeline C. (der.), **Modernleşmenin Eşiğinde**

- Osmanlı Kadınları**, Çev. Necmiye ALPAY, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 222-241.
- TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- TURHAN, Mehmet, “Anayasa ve Anayasacılık”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3, 1994, ss. 3-12.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1970.
- UNICEF, **Ombudswork for Children**, Innocenti Digest No. 1, International Child Development Centre, Florence, 1997.
- UNICEF, The UNICEF Innocenti Research Centre, **Law Reform and Implementation of the Convention on the Rights of the Child**, 2007.
- USTA, Sevgi, “Çocuğun Yerleşim Yeri Edinme Hakkı ve ‘Bir İstisna’”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 70, Sayı 1, 2012, ss. 87-104.
- USTA, Sevgi, **Çocuk Hakları ve Velayet**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- UYGUN, Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, Korkut TANKUTER (Ed.), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 13-44.
- UYGUN, Oktay, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- ÜÇÖK Çoşkun - MUMCU, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı**, İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 455, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.
- ÜMİT, Eylem **Mekândan İmkâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyet İlişkisi**, Ankara Barosu, Ankara, 2007.
- ÜNAL, Vehbi, “Osmanlı'nın Son Dönemlerinde Korunmaya Muhtaç Çocuklar İçin Kurulan Sosyal Hizmet Kuruluşları”, **CÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 36, Sayı 2, Aralık 2012, ss.2-27.

- ÜSKÜL ENGİN, Zeynep Özlem, “Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 72, Sayı 1, 2014, ss. 201-218.
- VALLENTYNE, Peter, “Equality and the Duties of Procreators”, içinde: David ARCHARD – Colin M. MACLEOD (eds.), **The Moral and Political Status of Children**, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 195-211.
- Van BUEREN, Geraldine, **Child Rights in Europe: Convergence and Divergence in Judicial Protection** Council of Europe Publishing, Belgium, 2007.
- VAN BUEREN, Geraldine, **The International Law on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston - London, 1998.
- VEERMAN, Philip E., **The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston, 1992.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1965.
- VERHELLEN, Eugène, “Changes in the Images of the Child”, içinde: Michael FREEMAN - Philip VEERMAN, **The Ideologies of Children’s Rights**, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, ss. 79-94.
- VIERDAG, E.W., “The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Netherlands Yearbook of International Law**, Vol. IX, 1978, ss. 69–105.
- WALD, Michael S., “Children’s Rights: A Framework for Analysis”, **Davis Law Review**, Vol. 12, 1979, ss. 255-282.
- WARDLE, Lynn D., “The Use and Abuse of Rights Rhetoric: The Constitutional Rights of Children”, **Loyola University Chicago Law Journal**, Vol. 27, 1996, ss. 321-376.

- WEISBERG, D. Kelly, “Evolution of the Concept of the Rights of the Child in the Western World”, **Review of the International Commission of Jurists**, No. 21, 1978, ss. 43-51.
- WILES, Ellen, “Aspirational Principles or Enforceable Rights - The Future for Socio-Economic Rights in National Law”, **American University Law Review**, Vol. 22, 2006, ss. 35-64.
- WILSON, Adrian, “The Infancy of the History of Childhood: An Appraisal of Philippe ARIES”, **History and Theory**, Vol. XIX, No. 2, 1980, ss. 132-153.
- WINTER, Karen, – CONNOLLY, Paul, “Keeping It in the Family: Thatcherism and the Children Act 1989”, içinde: Jane PILCHER - Stephen WAGG (ed.), **Thatcher's Children?: Politics, Childhood And Society In The 1980s And 1990s**, Falmer Press, London – Washington, D.C., 1996, ss. 30-44.
- WOODHOUSE, Barbara Bennett, “Hatching The Egg: A Child-Centered Perspective on Parents’ Rights”, **Cardozo Law Review**, Vol. 14, 1993, ss.1747-1864.
- WOODHOUSE, Barbara Bennett, “Out of Children’s Needs, Children’s Rights: The Child’s Voice in Defining the Family”, **Brigham Young University Journal of Public Law**, Vol. 8, 1994, ss. 321-341.
- WOODHOUSE, Barbara Bennett, “The Constitutionalization of Children’s Rights: Incorporating Emerging Human Rights into Constitutional Doctrine”, **Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, No. 2, 1999, ss. 1-52.
- YANBASTI, Gülgün, **Anne Yoksunluğunun Etkileri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi, Psikoloji Kürsüsü, Ankara, 1971.
- YAZICI, Ergün, “ Muhtaç Çocuklar ve Çocuk Evleri”, **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 9, Sayı 18, 2012, ss. 499-525.

- YAZICI, Nesimi, “Osmanlılarda Yetimlerin Korunması Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt XLVIII, Sayı 1, 2007, ss. 1-46.
- YILDIRIM, Nuran, **İstanbul Darülaceze Müessesesi Tarihi**, Darülaceze Vakfı, İstanbul, 1996.
- YILMAZ, Zülfiye, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 72, Sayı: 1, 2014, ss. 695-728.
- YOKUŞ, Sevtap, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- YOLCU, Serkan, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- YOUNG, Katherine G., “Freedom, Want, and Economic and Social Rights: Frame and Law”, **Maryland Journal of International Law**, Vol. 24, 2009, ss. 182-208.
- YÖRÜKOĞLU, Atalay, **Değişen Toplumda Aile ve Çocuk**, 6. Basım, Özgür Yayınları, İstanbul, 2000.
- YUDOF, Mark G., “The Dilemma of Children’s Autonomy”, **Policy Analysis**, Vol, 2, No. 3, 1978, ss. 387-407.
- YÜCEL, Özge, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, **Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2013, Sayı 2, ss. 117-137.
- YÜKSEL, Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, **Uluslararası İlişkiler**, Cilt 7, Sayı 27, Güz 2010, ss. 111-132,
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993.

ZERMATTEN, Jean, "The Best Interests of the Child Literal Analysis and Function",

International Journal of Children's Rights, Vol. 18, 2010, ss. 483-499.

ZYLBERBERG, Philip, "Minimum Constitutional Guarantees in Child Protection

Cases", **Canadian Journal of Family Law**, Vol. 10, 1992, ss. 257-281.

I. MAHKEME KARARLARI

1. Anayasa Mahkemesi Kararları

a. Norm Denetimi Kararları

AYM, E: 1962/208, K: 1963/1, K.T: 4.1.1963.

AYM, E: 1963/138, K: 1964/71, K.T: 1.12.1964.

AYM, E: 1963/172, K: 1963/244, K.T: 21.10.1963.

AYM, E: 1963/336, K: 1967/29, K.T: 26-27.09.1967.

AYM, E: 1966/1, K: 1966/21, K.T: 19.4.1966.

AYM, E: 1972/16, K: 1972/49, K.T: 17.10.1972.

AYM, E: 1972/2, K: 1972/28, K.T: 23.5.1972.

AYM, E: 1972/56, K:1973/11, K.T: 6.3.1973.

AYM, E: 1980/29, K: 1981/22, K.T: 21.05.1981.

AYM, E: 1986/11, K: 1986/26, K.T: 04.11.1986.

AYM, E: 1986/12, K: 1987/4, K.T: 11.2.1987.

AYM, E: 1986/16, K: 1986/25, K.T: 21.10.1986.

AYM, E: 1986/17, K: 1987/11, K.T: 22.5.1987.

AYM, E: 1987/1, K: 1987/18, K.T: 11/9/ 1987.

AYM, E: 1987/16, K: 1988/8, K.T: 19.4.1988.

AYM, E: 1987/3, K: 1987/13, K.T: 22.5.1987.

AYM, E: 1988/19, K: 1988/33, K.T: 26.10.1988.

AYM, E: 1988/3, K: 1989/4, K.T: 18.1.1989.

AYM, E: 1988/36, K: 1989/24, K.T: 2.6.1989.

AYM, E: 1988/7, K: 1988/27, K.T: 27.9.1988.

AYM, E: 1989/14, K: 1989/49, K.T:19.12.1989.

AYM, E: 1990/27, K: 1991/2, K.T: 17.1.1991.

AYM, E: 1991/13, K: 1992/10, K.T: 19.2.1992.

AYM, E: 1992/22, K: 1992/40, K.T: 17.6.1992.

AYM, E: 1996/17, K: 1996/38, K.T: 16.10.1996.

AYM, E: 1997/59, K: 1998/71, K.T: 18.11.1998.

AYM, E: 1997/61, K: 1998/59, K.T: 29.9.1998.

AYM, E: 1998/38, K: 1998/70, K.T: 17.11.1998.

AYM, E: 1999/33, K: 1999/51, K.T: 29.12.1999.

AYM, E: 2001/351, K: 2003/10, K.T: 11.3.2003.

AYM, E: 2003/60, K: 2008/97, K.T: 2.5.2008.

AYM, E: 2004/69, K: 2009/6, K.T: 08.01.2009.

AYM, E: 2005/53, K: 2008/161, K.T: 13.11.2008.

AYM, E: 2006/101, K: 2008/126, K.T: 19.6.2008.

AYM, E: 2006/142, K: 2008/148, K.T: 24.9.2008

AYM, E: 2007/104, K: 2008/164, K.T: 20.11.2008.

AYM, E: 2007/64, K: 2008/154, K.T: 31.10.2008.

AYM, E: 2008/17, K: 2010/44, K.T: 25.02.2010.

AYM, E: 2009/47, K: 2011/51, K.T: 17.03.2011.

AYM, E: 2009/85, K: 2011/49, K.T: 10.3.2011.

AYM, E: 2010/119, K: 2011/165, K.T: 8.12.2011.

AYM, E: 2010/41, K: 2012/19, K.T: 09.02.2012.

AYM, E: 2011/34, K: 2012/48, K.T: 30.3.2012.

AYM, E: 2011/59, K: 2012/34, K.T: 1.3.2012.

AYM, E: 2012/100, K: 2013/84, K.T: 4.7.2013.
AYM, E: 2012/65, K: 2012/128, K.T: 20.9.2012.
AYM, E: 2013/111, K: 2014/195, K.T: 25.12.2014.
AYM, E: 2013/62, K: 2013/115, K.T: 10.10.2013.
AYM, E: 2013/89, K: 2014/116, K.T: 3.7.2014.
AYM, E: 2014/177, K: 2015/49, K.T: 14.5.2015.
AYM, E: 2015/43, K: 2015/101, K.T: 12.11.2015.
AYM, E: 2016/165, K: 2017/76, K.T: 15.3.2017.
AYM, E: 2016/32, K: 2017/168, K.T: 13.12.2017.
AYM, E: 2016/46, K: 2016/178, K.T: 23.11.2016.

b. Bireysel Başvuru Kararları

A.B. ve B.B. Başvurusu, (B. No: 2015/7161), 31.10.2018.
A.D. Başvurusu, (B. No: 2014/7967), 23.5.2018.
A.S.Y. Başvurusu, (B. No: 2015/4213) 15.11.2018.
A.Z.Ö. Başvurusu, (B. No: 2014/546), 19.12.2017).
Adalet Mehtap Buluryer, (B. No: 2013/5447, 16.10.2014.
Adem Ögüt ve Diğerleri, (B. No: 2014/20527, 22.11.2017.
Adem Ülgen ve Diğerleri, (B. No: 2013/6581), 25/2/2015.
Ahmet Acartürk Başvurusu, (B. No: 2013/2084), 15.10.2015.
Ali Karatay (B. No: 2012/990), 10.12.2014.
Alper Okumuş Başvurusu. (B. No: 2013/4086), 20.4.2016.
Angela Jane Kilkenny Başvurusu, (B. No: 2015/10826), 17.7.2018.
Arif Güneş Başvurusu, (B. No: 2012/837), 5.3.2013.
Ayşe Hülya Potur Başvurusu, (B. No: 2013/8479), 6.2.2014.
Aziz Turhan Başvurusu, (B. No: 2012/1269), 8.5.2014.

B.B. Başvurusu, (B. No: 2015/14805), 23.5.2018.

Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2013/293), 17.7.2014

Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, (B. No: 2014/5974), 26.12.2017.

Defne Su Poçulu Başvurusu, (B. No: 2015/7477), 18.4.2019.

Deniz Altınbaş ve Diğerleri, (B. No: 2014/2033), 26.10.2017.

Esma Başbakkal Başvurusu, (B. No: 2012/1128), 8.5.2014.

Faik Özgür Erol Başvurusu, (B. No: 2013/2719), 9.3.2016.

Fatma Julia Ekinciler Başvurusu, (B. No: 2013/2758), 17/2/2016.

Fevzi Kayacan Başvurusu (2), (B. No: 2013/2513), 21.4.2016.

Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/18376), 26.10.2017.

Filiz Aka Başvurusu, (B. No: 2013/8365), 10.6.2015.

G.O. Başvurusu, (B. No: 2016/2470), 15.1.2020.

Gülbu Özgüler Başvurusu, (B. No: 2013/7979), 11.11.2015.

Gürkan Kaçar ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/11855), 13.9.2017.

Halime Sare Aysal Başvurusu (B. No: 2013/1789), 11.11.2015.

Hasan Sayar ve Müseddat Sayar Başvurusu, (B. No: 2015/3267), 11/10/2018.

Hayriye Özdemir Başvurusu, (B. No: 2013/3434), 25.6.2015.

Hayriye Özdemir Başvurusu, (B. No: 2013/3434), 25.6.2015.

Hikmet Balabanoğlu Başvurusu, (B. No: 2012/1334), 17.9.2013.

Hüseyin Münüklü Başvurusu, (B. No: 2014/5973), 13.9.2017.

Hüseyin Münüklü Başvurusu, (B. No: 2014/5973, 13.9.2017.

Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu, (B. No: 2013/6587),
24.03.2016, *Ahmet İsmail Onat Başvurusu*, (B. No: 2013/6714), 21.4.2016.

Işıl Yaykır Başvurusu, (B. No: 2013/2284), 15.4.2014

İbrahim Bilmez Kararı, (B. No: 2013/434), 26.2.2015.

İhsan Asutay Başvurusu, (B. No: 2012/606), 20.2.2014.

İlknur Kızıltoprak Başvurusu, (B. No: 2015/11579), 18/4/2019.

K.Ş. Başvurusu, (B. No: 2013/1614), 3.4.2014.

Kamil Çakır Başvurusu, (B. No: 2013/997), 15.10.2014.

Leyla Doğan ve Salih Doğan Başvurusu, (B. No: 2015/4662), 10.10.2018.

Liberal Demokrat Parti Başvurusu, (B. No: 2014/11268), 23.7.2014.

M.M.E. ve T.E. Başvurusu., (B. No: 2013/2910), 5/11/2015.

Marcus Frank Cerny Başvurusu, (B. No: 2013/5126), 2.7.2015.

Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Başvurusu, (B. No: 2013/1280), 28.05.2014.

Mehmet Kurt Başvurusu, (B. No: 2013/2552), 25.2.2016.

Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2013/583), 10.12.2014.

Melahat Karkin Başvurusu, (B. No: 2014/17751), 13.10.2016.

Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu, (B. No: 2014/13327), 8.3.2018.

Murat Atılğan Başvurusu (B. No: 2013/9047), 7.5.2015.

N. B. B. Başvurusu, (B. No: 2013/5653), 3/3/2016.

N. Ö. Başvurusu, (B. No: 2014/19725), 19.11.2015.

Nurcan Yolcu Başvurusu, (B. No: 2013/9880), 11.11.2015

Nurettin Özaltın Başvurusu, (B. No: 2013/197259), 19.11.2015.

O.G. Başvurusu, (B. No: 2016/2470), 15.1.2020.

Onurhan Solmaz Başvurusu, (B. No: 2012/1049), 26.3.2013.

R.G. Başvurusu, (B. No: 2017/31619), 23/7/2020.

R.Y. Başvurusu, (B. No: 2015/19588), 28.5.2019.

Sadika Şeker Başvurusu, (B. No: 2013/1948, 23.01.2014.

Salih Ülgen ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2013/6585), 18.9.2014.

Sebahat Tuncel Başvurusu, (No. 1), (B. No: 2012/1051), 20.02.2014.

Selim Adıyaman Başvurusu, (B. No: 2013/8846), 9.3.2016.

Selman Tumur ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2015/18754) 12.9.2019.

Serap Tortuk Başvurusu, (B. No: 2013/9660), 21.1.2015.

Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2012/752), 17.9.2013.

Serpil Toros Başvurusu, (B. No: 2013/6382), 9.3.2016.

Sevim Akat Ekşi, (B. No: 2013/2187), 19.12.2013.

Sezen Acar Özfidan Başvurusu, (B. No: 2014/16746), 25.1.2018.

Süleyman Erte Başvurusu, (B. No: 2013/469), 16.4.2013.

Tahir Canan Başvurusu, (B. No: 2012/969), 18.9.2013.

Tuğba Arslan Başvurusu, (B. No: 2014/256), 25.06.2014.

Tuna Ayçiçek Başvurusu, (B. No: 2014/6526), 24.1.2018.

Turgay Çamlı Başvurusu, (B. No:2012/1266), 17.9.2014.

U.D.K. ve Diğerleri Başvurusu, (B. No: 2014/19352), 24.5.2018,

Y.T. Başvurusu, (B. No: 2016/22418) 30.5.2019.

Yüksel Baran Başvurusu, (B. No: 2012/782), 26.6.2014.

Z. C. Başvurusu, (B. No: 2013/3262), 11.5.2016.

2. Yargıtay Kararları

8. CD. tarihli ve 26.11.1985, 5039/5473 sayılı Karar.
2. H.D. 2.3.2006 tarihli ve E: 2006/1223, K: 2006/2652, sayılı Karar.

3. Danıştay Kararları

Danıştay 5. Daire, E: 1986/1723, K: 1991/933, T: 22.5.1991, **DD**. Sayı 84-85, 1992, s. 321-328.

4. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/622/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Board of Education v Earls 536 US 822 (2002).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/822/>

Board of Education v. Pico, 457 U.S. 853, 871, 1982

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/457/853>.

Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/497/>.

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/> (erişim tarihi: 14.8.2017).

DeShaney v. Winnebago County, 489 U.S. 189 (1989),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/189/> (erişim tarihi: 27.8.2017).

Ginsberg v. New York 390 U.S. 629 (1968),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/390/629/case.html> (erişim tarihi: 14.8.2017).

Goss v Lopez, 419 US 565 (1975),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/419/565/>.

Goss v. Lopez, 419 U.S. 565, 591 (1975),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/419/565/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 1965,

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Hazelwood School District v Kuhlmeier, 484 US 260 (1988).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/484/260/>.

In re Gault, 387 U.S. 1 (1967), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/>

(erişim tarihi: 24.8.2017).

Ingraham v Wright, 430 US 651 (1977).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/651/>.

Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651 (1977),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/651/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Levy v. Louisiana, 391 US (1968), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/68/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

Meyer v. Nebraska 262 U.S. 390 (1923),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/case.html> (erişim tarihi: 14.8.2017).

New Jersey v. T.L.O., 469 US 325 (1985).
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/469/325/>.

Oregon v. Mitchell, 400, US, 122 (1970),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/112/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

Parham v. J.R., 442 U.S. 584 (1979),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/584/> (erişim tarihi: 15.08.2017).

Pennsylvania Association for Retarded Children v. Pennsylvania, 343 F. Supp. 279 (1972), <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/343/279/1691591/> (erişim tarihi: 14.8.2017).

Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, 534–35 (1925),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/52/case.html> (erişim Tarihi: 10.8.2017).

Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 50, 57–58 (1932),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/45/case.html>, (erişim tarihi: 14.8.2017).

Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158, 165 (1944),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Quilloin v. Walcott, 434 U.S. 246, 255, (1978),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/246/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551, 569 (2005),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

San Antonio Independent School District v. Rodriguez 411 U.S. 1 (1973),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/1/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 758–59 (1982),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/455/745/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Schall v. Martin, 467 U.S. 253 (1984),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/253/case.html> (erişim tarihi: 15.08.2017).

Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 651 (1972),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/645/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 823–24 (1988),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/815/> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Tinker v. Des Moines School District, 393 U.S. 503 (1969),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/503/case.html> (erişim Tarihi: 10.8.2017).

Vernonia v Action, **515** US 646 (1995).
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/646/>.

Ware v. Estes, 328, 657 (1971), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/328/657/1428180/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

Weber v. Aetna Casualty and Surety Company, 406, US 164 (1972),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/164/> (erişim tarihi: 10.8.2017).

West Virginia State Bd. of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/case.html> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972),

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/205/case.html> (erişim tarihi: 14.8.2017).

5. ABD Eyalet Mahkemesi/Temyiz Mahkemesi Kararları

Duchesne v. M Sugarman, United States Court of Appeals, Second Circuit, No. 894, Docket 76-7475, 566 F. 2d 817 <https://openjurist.org/566/f2d/817/duchesne-v-m-sugarman> (erişim tarihi: 27.8.2017).

K.H. v Morgan, 914 F2d 846 (7th Cir 1990), <https://openjurist.org/914/f2d/846/kh-murphy-v-t-morgan> (erişim tarihi: 27.8.2017).

Lintz v Skipski, 25 F3d 304 (6th Cir 1994), <https://casetext.com/case/lintz-v-skipski-3> (tarihi: 27.8.2017).

Nicini v Morra, 212 F3d 798 (3rd Cir 2000), <https://casetext.com/case/nicini-v-morra-2> (erişim tarihi: 27.8.2017).

Norfleet v Arkansas Department of Human Services, 989 F2d 289 (8th Cir 1993), <https://www.leagle.com/decision/19931278989f2d28911216> (erişim tarihi: 27.8.2017).

Yvonne L. v New Mexico Department of Human Services, 959 F2d 883 (10th Cir 1992), <https://openjurist.org/959/f2d/883/yvonne-lewis-v-new-mexico-department-of-human-services> (erişim tarihi: 27.8.2017).

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A, B and C v. Ireland, (Appl. No: 25579/05), 16.12.2010.

A. and Others v. The United Kingdom, (Appl. No: 3455/05), 19.2.2009

A. v the United Kingdom, (B. No: 25599/94), 23.9.1998, Kararı No: (100/1997/884/1096).

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, (Appl. No: 9214/80, 9473/81, 9474/81), 28.05.1985.

Ahrens v. Germany, (Appl. No: 45071/09), 22.3.2012.

Airey v. Ireland, (Appl. No: 6289/73), 11.9.979.

Akdemir and Evin Turkey (Appl. No: 58255/08 ve 29725/09), 17.3.2015.

Altuğ Taner Akçam v. Turkey, (Appl. No. 27520/07), 25.10.2011.

Anayo v. German, (Appl. No: 20578/07), 21.12.2010.

Andersson v Sweden (Appl. No: 12963/87).

Angeleni v. Sweden, (Appl. No: 10491/83).

Asiye Genç v. Turkey, (Appl. No: 24109/07). 27.4.2015.

Assanidzé v. Georgia, (Appl. No: 71503/01), 8.4.2004.

Assenov and Others v. Bulgaria, (Appl. No: 24760/94), 28.10.1998, Karar. No: 90/1997/874/1086.

Avşar v. Turkey, (Appl. No: 25657/94). 27.03.2002.

B v. the United Kingdom (Appl. No: 9840/82), 8.7.1987.

B. v. the United Kingdom, (B. No: 9840/82), 8.7.1987.

Bajrami v. Albania, (Appl. No: 35853/04), 12.12.2006.

Barthold v. Germany, (Appl. No: 8734/79), 25.3.1985.

Berrehab v. the Netherlands, (Appl. No: 10730/84), 21.7.1988.

Berü v. Turkey, (Appl. No: 47304/07), 11.1.2011.

Bigaeva v. Greece, (Appl. No: 26713/05), 28.05.2009.

Bouamar v. Belgium, (Appl. No: 9106/80). 29.2.1988.

Boughanemi v. France, (Appl. No: 22070/93), 24.4.1996.

Boyle v. the United Kingdom, (Appl. No: 16580/90), 9.2.1993.

Branda v. Italy, (Appl. No: 22430/93), 9.6.1998.

Buckley v United Kingdom, (Appl. No: 20348/92), 25.10.1996.

Bykov v. Russia, (Appl. No: 4378/02), 10.3.2009.

C.A.S. and C.S. v. Romania, (Appl. No: 26692/05), 20.4.2012.

Calvelli ve Ciglio v. Italy, (Appl. No: 32967/96), 17.1.2002.

Camp and Bourimi v. Netherlands, (Appl. No: 28369/95). 3.9.2000.

Campbell and Cosans v. The United Kingdom, (Appl. No: 7511/76; 7743/76), 25.2.1982.

Canonne c. France, (Appl. No: 22037/13), 2.6.2015.

Carlo Boffa and Others San Marino, (B. No:26536/95), 15.01.1998.

Carlson v. Sweden, (Appl. No: 49492/06), 6.11.2008.

Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia, (Appl. No: 43370/04, 8252/05, 18454/06). 19.2.2012.

Cengiz Kılıç v. Turkey (Appl. No: 16192/06), 16.12.2011.

Chapman v. the United Kingdom, (Appl. No: 27238/95), 18.1.2001.

Christian Democratic People's Party v. Moldova, (Appl. No: 28793/02), 14.05.2006,

Ciechonska v. Poland, (Appl. No: 19776/04), 14.6.2011.

Ciubotaru v. Moldova (Appl. No: 27138/04), 27.4.2010.

Costello-Roberts v. the United Kingdom, (Appl. No: 13134/87), 25.3.1993.

Coster v. the United Kingdom, (Appl. No: 24876/94), 18.1.2001.

Cremieux v. France, (Appl. No: 11471/85), 25.02.1993.

Çam v. Turkey, (Appl. No: 51500/08). 23.05.2016.

D. and others v. Belgium, (Appl. No: 29176/13), 08.07.2014,

D. H. and Others v. the Czech Republic (Appl. No: 57325/00), 13.11.2007.

D.G. v. Ireland, (Appl. No: 39474/98).

D.P. and J.C. v. the United Kingdom, (Appl. No: 38719/97), 10.01.2003.

Darby v. Sweden, (Appl. No: 11581/85), 23.10.1990).

De Geouffre de la Pradelle v. France, (Appl. No: 12964/87), 16.12.1992.

De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) v. Belgium, (Appl. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66), 18.6.1971.

Del Río Prada v. Spain, (Appl. No: 42750/09), 21.10.2013

Demir and Baykara v. Turkey, (Appl. No: 34503/97), 12.11.2008.

Denis Vasilyev v. Russia, (Appl. No: 32704/04), 17.12.2009.

Di Lazzaro v. Italy, (Appl. No: 31924/96), Commission Decision s. 134,

Dmitriy Lukach v. Russia, (Appl. No: 48041/99), 16.11.1999 (Kabul edilemezlik kararı).

Dudgeon v. the United Kingdom, (Appl. No: 7525/76), 22.10.1981.

Dvorski v. Croatia, (Appl. No: 25703/11), 20.10.2015.

E. and Others v. the United Kingdom, (Appl. No: 33218/96), 15.01.2003.

Efstathiou v. Greece, (Appl. No: 24095/94), 18.12.1996.

Elsholz v. Germany, (Appl. No: 25735/94), 13.7.2000.

Emel Boyraz v. Turkey, (Appl. No: 61960/08), 02.03.2015.

Enver Şahin v. Turkey, (Appl. No: 23065/12), 02.07.2018.

Eremia v. the Republic of Moldova, (Appl. No. 3564/11), 28.5.2013.

Eriksson v. Sweden, (Appl. No: 11373/85), 22-23.5.1989.

Fabris v. France, (Appl. No. 16574/08), 7.2.2013.

Fadeyeva v. Russia, (Appl. No: 55723/00), 30.11.2005.

Fretté v. France, (Appl. No: 36515/97). 26.05.2002

Funke v. France, (Appl. No: 10828/84), 25.02.1993.

Gaskin v. the United Kingdom (Appl. No: 10454/83), 07.7.1989.

Gaygusuz v. Austria, (Appl. No: 17371/90). 16.09.1996.

Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania, (Appl. No: 9718/03), 26.10.2011.

Glaser v. the United Kingdom, (Appl. No: 32346/96), 13/12/2000.

Glass v. the United Kingdom, (Appl. No: 61827/00), 9.3.2004.

Gluhaković v. Croatia, (Appl. No: 21188/09), 12.4.2011.

Gnahoré v. France, (Appl. No: 40031/98), 17.01.2001.

Godelli v. Italy, (Appl. No: 33783/09), 18.03.2013.

Godelli v. Italy, (Appl. No: 33783/09).

Grzelak v. Poland, (Appl No. 7710/02), 15.6.2010.

Guzzardi v. Italy, (Appl. No: 7367/76), 6.11.1980.

G lay  etin v. Turkey, (Appl. No. 44084/10), 5.4.2013.

H.L.R. v France (Appl. No. 24573/94) 29.4.1997.

Hacer Kahraman, (B. No: 2013/7935), 20.04.2016.

Halime Kılıç v. Turkey, (Appl. No: 63034/11), 28.6.2016.

Handyside v. the United Kindgom, (Appl. No: 5493/72), 7.12.1976,

Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, (Appl. No. 1448/04), 09.01.2008.

Hasan ve Chaush v. Bulgaria, (Appl. No: 30985/96), 26.10.2000.

Hatton and Others v. the United Kingdom, (Appl. No: 36022/97), 8.7.2005.

Hendriks v. the Netherlands, (Appl. No: 8427/78), 8.3.1982.

Hoffmann v. Austria, (Appl. No: 12875/87), 23.6.1993.

Hokkanen v. Finland, (Appl. No: 19823/92), 23.9.1994.

Hoppe v. Germany, (Appl. No: 28422/95), 5.12.2002.

Iglesias Gil ve A. UI. v. Spain, (Appl. No: 56673/00), 29.4.2003.

Ignaccolo-Zenide v. Romania, (Appl. No: 31679/96), 25.1.2000.

İlbeyi Kemalo lu and Meriye Kemalo lu v. Turkey, (Appl. No: 19986/06), 10.4.2012.

Inze v. Austria, (Appl. No: 8695/79), 28.10.1987.

Ireland v. the United Kingdom, (Appl. No: 5310/71), 10.9.2018.

İclal Karakoca and Hüseyin Karakoca v. Turkey, (Appl. No: 46156/11), 21.5.2013.

İletmi  v. Turkey, (Appl. No: 29871/96, 06.03.2006.

İlker Ensar Uyanık v. Turkey, (Appl. No: 60328/09), 03.05.2012.

J. and Others v. Austria, (Appl. No: 58216/12), 17.1.2017.

Johansen v. Norway, (Appl. No: 17383/90), 7.8.1996.

K. and T. v. Finland (Appl. No: 25702/94), 12.7.2001.

K.U. v. Finland, (Appl. No 2872/02), 2.12.2008.

Kautzor v. Germany, (Appl. No: 23338/09), 22.3.2012.

Kayak v. Turkey, (B. No: 60444/08), 10.7.2012.

Keegan v. Ireland, (Appl. No: 16969/90), 26.5.1994.

Khamtokhu and Aksenchik v Russia, (Appl. No: 60367/08 ve 961/11), 24.1.2017.

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, (Appl. No. 5095/71; 5920/72; 5926/72), 7.12.1976.

Klass and others Germany, (Appl. No: 5029/71), 6.9.1978.

Koch v. Germany, (Appl. No: 497/09), 19.7.2012.

Koniarska v. The United Kingdom, (Appl. No: 33670/96), 12.10.2000.

Konstantin Markin v Russia (Appl. No: 30078/06).

Kontrová v. Slovakia, (Appl. No: 7510/04), 31.5.2007.

Kopf and Liberda v. Austria, (Appl. No: 1598/06), 17.04.2012.

Kroon and others v. the Netherlands, (Appl. No: 18535/91), 27.10.1994.

Kurochkin v Ukraine, (Appl. No: 42276/08), 20.8.2010.

Kutzner v. Germany, (Appl. No: 46544/99), 26.02.2002.

Kyrtatos v. Greece, (Appl. No: 41666/98), 22.08.2003.

L.C.B. v. the United Kingdom, (Appl. No: 23413/94), 9.6.1998.

Labassee v. France, (Appl. No: 65941/11), 26.6.2014.

Labita v. Italy, (Appl. No: 26772/95), 6.4.2000.

Leander v. Sweden, (Appl. No: 9248/81), 26.3.1987.

Leyla Şahin v. Turkey, (Appl. No. 44774/98), 10.11.2005.

Lopez Ostra v. Spain, (Appl. No: 16798/90), 09.12.1994.

Luczak v. Poland, (Appl. No: 77782/01), 27.11.2007.

M. and M. v. Croatia, (Appl. No. 10161/13), 03.12.2015.

M. and R.T. and F. v. Austria, (Appl. No. 14013/88), 14.12.1989,

M. G. v. Turkey, (Appl. No: 646/10), 22.3.2016.

M. M. v. the Netherlands, (Appl. No: 39339/98), 08.04.2003.

M.C. v. Bulgaria, (Appl. No: 39272/98), 4.12.2003.

M.K. v. Greece, (Appl. No: 51312/16), 1.1.2018.

Mahmut Kaya v. Turkey, (Appl. No: 22535/93), 28.3.2000.

Malone v. the United Kingdom, (Appl. No: 8691/79), 02.08.1984.

Manic v. Lithuania, (Appl. No: 46600/11), 13.1.2015.

Marckx v. Belgium, (Appl. No: 6833/74), 13.6.1979.

Marckx v. Belgium, (Appl. No: 6833/74, 13.06.1979.

Maslov v. Austria, (Appl. No: 1638/03), 23.6.2008.

Mazurek v. France, (Appl. No. 34406/97), 01.05.2000.

McGinley and Egan v United Kingdom, (Appl. No: 21825/93 and 23414/94), 9 .6.1998,

Mennesson v. France, (Appl. No: 65192/11), 26.6.2014.

Mialhe v. France (No:1), (Appl. No: 12661/87), 25.02.1993.

Mikulic v. Croatia, (Appl. No: 53176/99), 04.09.2002

Molie v. Romania, (kabul edilebilirlik kararı), (Appl. No: 13754/02), 1.9.2009.

Monory v. Hungary and Romania, (Appl. No: 71099/01), 5.4.2005.

Moreno Gómez v. Spain, (Appl. No: 4143/02), 16.2.2005.

Moretti and Benedetti v. Italy, (Appl. No: 16318/07), 27.4.2010.

Moustaquim v. Belgium, (Appl. No: 12313/86), 9.2.1993.

Moustaquim v. Belgium, (Appl. No: 12313/86).

Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v.Belgium, (Appl. No: 13178/03), 12.01.2007.

Mustafa and Armağan Akın v. Turkey, (Appl. No: 4694/03), 06/07/2010.

Müller and Others v. Switzerland, (Appl. No: 10737/84), 24.5.1988.

N.Ts. and Others v. Georgia, (Appl. No. 71776/12), 2.2. 2016.

Nazarenko v. Russia, (Appl. No: 39438/13), 16.7.2015.

Nencheva et autres c. Bulgarie, (Appl. No: 48609/06), 18.09.2013.

Neulinger and Shuruk v. Sweden (Appl. No: 41615/07), 6.7.2010.

Nielsen v. Denmark, (Appl. No: 10929/84), 28.11.1988.

Nitecki v. Poland, (Appl. No: 65653/01), 21.3.2002.

Nylund v. Finland, (Appl. No: 27110/95), 29.6.1999.

O'keeffe v. Ireland, (Appl. No. 35810/09), 28.1.2014.

Odièvre v. France, (Appl. No: 42326/98), 13.02.2003.

Okkaly v. Turkey, (Appl. No: 52067/99), 17.10. 2006.

Olsson v. Sweden, (No. 1), (Appl. No: 10465/83), 24.3.1988.

Opuz v. Turkey, (Appl. No: 33401/02), 09.09.2009.

Osman v. the United Kingdom, (Appl. No: 23452/94), Karar No: 87/1997/871/1083,
28.10.1998.

Osman, Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom, (Appl. No: 46477/99), 14.3.2002.

P. ve S./Polonya, (Appl. No: 57375/08), 30/10/2012.

P. M. v. Bulgaria, (Appl. No: 49669/07), 24.1.2012.

Palau-Martinez v. France, (Appl. No: 64927/01), 16.12.2003.

Pançenko v. Litvanya, (Appl. No: 40772/98), 28.10.1999.

Paradiso ve Campanelli v. Italy, (Appl. No: 25358/12), 24.1.2017.

Paşa ve Erkan Erol c. Turquie, (Appl. No: 51358/99) 12.12.2006.

Paşaoğlu c. Turquie, (Appl. No.: 8932/03), 8.7.2008.

Paul ve Audrey Edwards v. United Kingdom, (Appl. No: 46477/99), 14.3.2002.

Pentiacova v. Moldova (Appl. No: 14462), 4.1.2005.

Phinikaridou v. Cyprus, (Appl. No: 23890/02), 20.03.2008

Pla and Puncernau v. Andorra, (Appl. No: 69498/01), 15.12.2004.

Plaza v. Poland, (Appl. No: 18830/07), 25.1.2011.

Powell v. the United Kingdom, (Appl. No: 45305/99).

R. v. the United Kingdom, (Appl. No: 10496/83), 8.6.1987.

Rainys and Gasparavicius v. Lithuania, (Appl. No: 70665/01; 74345/01), 07.04.2005.

Rasmussen v. Denmark, (Appl. No: 8777/79), 28.11.1984.

Raw et autres c. France (Appl. No: 10131/11), 07.03.2013.

Reklos and Davourlis v. Greece. (Appl. No: 1234/05), 15.1.2009.

Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium. (Appl. No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 23.7.1968,

Roche v. the United Kingdom, (Appl. No: 32555/96), 19.10.2005.

Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands, (Appl. No: 50435/99), 31.1.2006.

Rotaru v. Romania, (Appl. No: 28341/95), 4.5.2000.

RTBF v. Belgium, (Appl. No: 50084/06), 29.03.2011.

Rumor v Italy, (Appl. No: 72964/10), 27.08.2014.

S.P., D.P. and A.T. v. The United Kingdom, (Appl. No. 23715/94), 20.05.1996.

Savez Crkava “Rijec Zivota” and Others v. Croatia, (Appl. No: 7798/08), 09.12.2010.

Saviny v. Ukraine, (B. No: 39948/06), 18.12.2008.

Schwizgebel v. Switzerland, (Appl. No: 25762/07).

Scozzari ve Giunta v. Italy, (Appl. No: 39221/98, 41963/98), 13.7.2000.

Secic v. Croatia,, (Appl. No: 40116/02), 31.5.2007.

Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina (Appl. No: 27996/06, 34836/06), 22.12.2009.

Sentges v. the Netherlands (Appl. No: 27677/02). 8.7.2003.

Serghides v. Poland, (Appl. No: 31515/04), 2.11.2010.

Sevim Güngör v. Turkey, (Appl. No: 75173/01), 14.4.2009.

Sidabras and Dziautas v. Lithuania, (Appl. No: 55480/00, 59330/00), 27.07.2004.

Siliadin v. France, (Appl. No: 73316/01), 26.11.2005.

Šilih v. Slovenia, (Appl. No. 71463/01), 9.4.2009.

Silver and Others v. the United Kingdom, (Appl. No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75), 25.03.1983.

Šneersone ve Kampanella v. Italy, (Appl. No: 14737/09), 12.7.2011.

Sommerfeld v. Germany, (Appl. No: 31871/96), 8.7.2003.

Stasik v. Poland, (Appl. No: 21823/12), 6.10.2015.

Stec and Others v. the United Kingdom (Appl. No: 65731/01, 65900/01), 12.04.2006.

Stubbings and Others v. the United Kingdom, (Appl. No: 22083/93, 22095/93), 22.10.1996.

Sunday Times the United Kingdom, (Appl. No: 6538/74), 26.4.1979.

Süleyman Ege c. Turquie, (Appl. No: 45721/09), 25.6.2013.

Sylvester v. Austria, (Appl. No: 36812/97, 40104/98), 24.4.2003.

Şahin v. Germany, (B. No: 30943/96), 8.7.2003.

Şanlısoy c. Turquie, (Appl. No: 77023/12), 8.11.2016.

Şefika Köse et 93 autres requérants c. Turquie, (Appl. No: 26625/02), 24.1.2006.

T. v. The United Kingdom, (Appl. No: 24724/94), 16.12.1999.

T.P. and K.M. v. the United Kingdom, (Appl. No: 28945/95), 10.5.2001.

Talpis v Italy, (Appl. No. 41237/14), 18.09.2017.

Tanrıbilir v. Turkey, (Appl. No: 21422/93).

Thlimmenos v. Greece (Appl. No: 34369/97), 06.04.2000.

Timishev v. Russia (Appl. No.: 55762/00 - 55974/00), 13.03.2006.

TM. and C.M. v the Republic of Moldova, (Appl. No:26608/11).

Trocellier v. France, (Appl. No: 75725/01), 5.10.2006;

Tyrer v. the United Kingdom, (Appl. No. 5856/72), 25.4.1978.

Tysiąc v. Poland, (Appl. No: 5410/03), 20.3.2007.

Valasinas v. Litvanya, (Appl. No: 44558/98), 24.7.2001.

Vallianatos and Others v. Greece (Appl. No. 29381/09, No. 32684/09), 7.11.2013.

Valsamis v. Greece, (Appl. No: 21787/93), 18.12.1996,

Velev v. Bulgaria, (Appl. No: 16032/07), 27.5.2014.

Velyo Velev v. Bulgaria, (Appl. No. 16032/07), 27.08.2014.

Vo v. France (Appl. No: 53924/00), 8.7.2004.

W v. the United Kingdom, (Appl. No: 9749/82), 8.7.1987.

W. v. the United Kingdom, (Appl. No: 9749/82).

W.P. v. the United Kingdom , (Appl. No: 8416/78), 13/05/1980.

Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg, (Appl. No: 76240/01), 28.6.2007.

X . v. Switzerland (Appl. No: 8500/79). 14.12.1979.

X and Y v. the Netherlands, (Appl. No: 8978/80), 26.3.1985.

X v. the United Kingdom, (Appl. No: 8844/80), 9.12.1980.

X., Y. and Z. v. The United Kingdom, (Appl. No: 21830/93), 22.4.1997.

Y. v. Slovenia, (Appl. No: 41107/10), 28.5.2015.

Y.F. v. Turkey, (Appl. No: 24209/94), 22.10.2003.

Z and Others v. the United Kingdom, (Appl. No: 29392/95), 10.5.2001.

Znamenskaya v. Russia, (Appl. No: 77785/01), 12.10.2005.

7. Diğer Mahkemelerin Kararları

Kanada Yüksek Mahkemesi

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 SCR 817, 1999

CanLII 699 (SCC),

<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii699/1999canlii699.html>

(erişim tarihi: 6.4.2019).

Eldridge v. British Columbia (Attorney General) [1997] 3 S.C.R. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1552/index.do> (erişim tarihi: 6.4.2019).

Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] 3 WLR 830, <http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Gillick-v-West-Norfolk.php> (erişim tarihi: 24.8.2017).

Gosselin v Quebec (Attorney General) 2002 SCC 84 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2027/index.do> (erişim tarihi: 6.4.2019).

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi

<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html> (erişim tarihi: 24.8.2017).

https://www.ilo.org/global/topics/hiv-aids/legislation/WCMS_329486/lang--en/index.htm

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi

Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15 <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html> (erişim tarihi: 24.8.2017).

The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others

Treatment Action Campaign v Minister of Health (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC) .

Arjantin Yüksek Mahkemesi

Campod'ónico de Beviacqua, Ana Carina v. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neopl'ásticas, 24.10.2000.

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/campodonico-de-beviacqua-a-c-v-ministerio-de-salud-y-accion-social-secretaria-de-programas-de-salud-y-banco-de-drogas-neoplasticas-3.pdf> (erişim tarihi: 6.4.2019).

Hindistan Yüksek Mahkemesi

Olga Telis & Ors v. Bombay Municipal Corporatin & Ors etc., 2 Supp SCR 51, 1985

https://www.wiego.org/sites/wiego.org/files/resources/files/sv_street_vendors_summary.pdf(erişim tarihi: 6.4.2019).

Britanya Kolumbiyası

Auton v. British Columbia, (2004) 3 SCR 657, 2004 SCC 78, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc78/2004scc78.html>.

İrlanda Mahkemesi

O'Reilly v Limerick Corporation [1989] ILRM 181.

T.D. v. The Minister for Education, Ireland, The Attorney General, The Eastern Health Board and by order, The Minister for Health,

II. DİĞER KAYNAKLAR

A.Ü. Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakültelerinin birlikte hazırlamış olduğu Gerekçeli Anayasa Önerisi, 1982

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Recommendation 963 (1983) “on Cultural and Educational Means of Reducing Violence”

<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14997&lang=en>

CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990 (Contained in Document E/1991/23), parag. 1, 2.

Committee On Economic, Social And Cultural Rights Twenty-ninth session (2002) General comment No. 15 The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) içinde: **U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6** (2003)

Committee on the Rights of the Child, “Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child”, 1.7.2003, **CRC/GC/2003/4**

Committee on the Rights of the Child, “General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child” (arts. 4, 42 and 44, para. 6), 27.11.2003, **CRC/GC/2003/5**

Committee on the Rights of the Child, “Implementation of the Rights of the Child During Adolescence”, 6.12.2016, **CRC/C/GC//20**

Committee on the Rights of the Child, “Treaty-specific guidelines regarding the form and content of periodic reports to be submitted by States parties under article 44, paragraph 1 (b), of the Convention on the Rights of the Child”, **CRC/C/58/Rev.3**, Komite’nin 65’inci oturumunda kabul edilmiştir.

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): The Aims of Education, 17.4.2001, **CRC/GC/2001/1**

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10: Children’s Rights in Juvenile Justice, 9.2.2007, **CRC/C/GC/10**

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12, The Right of the Child to be Heard, 20.7.2009, **CRC/C/GC/12**

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14, The Right of the Child to have his or her Best Interests Taken as a Primary Consideration (art. 3, para. 1), 29.5.2013, **CRC/C/GC/14**

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 15, The Right of the Child to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health (art. 24), 17.4.2013, **CRC/C/GC/15**

Committee on the Rights of the Child, General comment No. 16 “State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children’s Rights, 17.4.2013, **CRC/C/GC/16**

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7: Implementing Child Rights in Early Childhood, 20.9.2006, **CRC/C/GC/7/Rev.1**

Committee on the Rights of the Child, Report on the forty-third session, September 2006, Day of General Discussion, Recommendations, Preamble. Bkz: www.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion.htm (erişim tarihi: 30.3.2019)

Committee on the Rights of the Child, Report on the sixth (special) session, 5-22.4.1994, **CRC/C/29**

Committee on the Rights of the Child, The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and other Cruel or Degrading Forms of Punishment, 2.3.2007, **CRC/C/GC/8**

Committee on the Rights of the Child, The Role of Independent National Human Rights Institutions in the Promotion and Protection of the Rights of the Child, 15.11.2002, **CRC/GC/2002/2**

Committee on the Rights of the Children, Concluding observations: Saudi Arabia 17.3.2016, **CRC/C/SAU/CO/2**

Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, **CRC/C/GC/14**, 29 May 2013

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS, The Committee of Ministers to Member States on Principles on Television Advertising Recommendations No. R.(84) 3”on principles on television advertising”
<https://rm.coe.int/native/09000016804dc8b4>

Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçun Yargılanması ile Çocuk Koruma

Sistemine İlişkin Değişiklik Önerileri, Yayına Hazırlayanlar: Ayşen Coşkun vd.

<http://www.ttb.org.tr/userfiles/files/cocugun-cinsel-istismari-ortak-rapor.pdf>

Çocuk Vakfı, Çocuğun Cinsel İstismarı -Ceza Kanunu Maddesi Raporu- Çocuk

Hukuku Bakışıyla Cinsel İstismar, Rapor No:17, Hazırlayan: Memduh Cemil

ŞİRİN, Ekim 2016, [http://cocukvakfi.org.tr/wp-](http://cocukvakfi.org.tr/wp-content/dosya/raporlar/1_cocugun_cinsel_istismari_ceza_kanunu_maddesi%20_raporu.pdf)

[content/dosya/raporlar/1_cocugun_cinsel_istismari_ceza_kanunu_maddesi%20_](http://cocukvakfi.org.tr/wp-content/dosya/raporlar/1_cocugun_cinsel_istismari_ceza_kanunu_maddesi%20_raporu.pdf)

[raporu.pdf](http://cocukvakfi.org.tr/wp-content/dosya/raporlar/1_cocugun_cinsel_istismari_ceza_kanunu_maddesi%20_raporu.pdf)

Çocuk Vakfı, Ulusal Anayasalar ve Çocuk Haklarına Dair Karşılaştırmalı Çocuk ve

Anayasa Raporu, Çocuk Hakları Enstitüsü'ne Sunulan Taslak, İsviçre, 2010.

Danilo TÜRK- Louis JOINET, “The Right to Freedom of Opinion and Expression:

Current Problems of Its Realization and Measures Necessary for Its Strengthening

and Promotion: Preliminary Report”, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1990/11.

Danilo TÜRK- Louis JOINET, “The Right to Freedom of Opinion and Expression:

Current Problems of Its Realization and Measures Necessary for Its Strengthening

and Promotion: Preliminary Report”, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1990/11

Directorate General of Legal Affairs, Preparatory Work on The Convention on The

Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being With Regard to The

Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights And

Biomedicine, 2000

Draft Proposals and Recommendations on the Implementation Provisions of the Draft

Convention on the Rights of the Child. Ad hoc NGO Group, October, 1985

ECOSOC Resolution 2005/20, Guidelines on Justice in Matters involving Child

Victims and Witnesses of Crime,

<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20.pdf> (erişim

tarihi: 11.3.2019

European Network of Ombudspersons for Children Standards for Independent Children's Rights Institutions <http://enoc.eu/wp-content/uploads/2015/01/ENOC-Standards-as-approved-Paris-01.pdf> (erişim tarihi: 15.1.2019)

Executive Committee of the UNHCR, Conclusion **No 47 (XXXVIII) (1987)** on 'Refugee Children', parag. (d), içinde: Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR (Geneva, UNHCR, 1991),

Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Medicine, 1996

General comment No. 6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, 1.9.2005, **CRC/GC/2005/6**

Guidelines for the Alternative Care of Children, adopted by General Assembly Resolution 64/142, 24.2.2010

HR/PUB/91/1(Rev.1), Manual on Human Rights Reporting, 1997

Millî Güvenlik Konseyi (S. Sayısı : 450), s. 21-22 (erişim tarihi: 29.3.2019)

Human Rights Committee, General comment No. 17: Article 24 (Rights of the child), **HRI/GEN/1/Rev.9** (Vol. I), 10.11.1989.

Human Rights Committee, General Comment No. 18, Non-Discrimination, **HRI/GEN/1/Rev.9** (Vol. I), 10.11.1989

Human Rights Committee, General comment No. 19: Article 23 (The family), **HRI/GEN/1/Rev.9** (Vol. I), 10.11.1989.

Human Rights Instruments, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, 27.5.2008, **HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)**.

Ontario Law Reform Commission, **Report on Family Law Part III: Children**, Ministry of the Attorney General, Toronto, 1973
<http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/27010/22021-3.pdf>

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, 40'ıncı Birleşime ekli Sıra Sayısı 35, s. 9.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM___/d00/c002/tm___00002034ss0035.pdf (erişim tarihi: 8.6.2017)

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3, The Nature of States Parties' Obligations, (Fifth Session, 14.12.1990), **UN Doc. E/1991/23**

“The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, ss.

117-125, içinde: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **Economic, Social and Cultural Rights Handbook for National Human Rights Institutions**, Professional Training Series No. 12, UNITED NATIONS New York and Geneva, 2005

<https://www.ohchr.org/documents/publications/training12en.pdf>

The State of The World's Children 1999 : Education, United Nations Children's Fund, <https://www.unicef.org/sowc99/sowc99e.pdf>

UN General Assembly, Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, 2.2.1993, **A/RES/47/133**

UNICEF Office of Research, **Championing Children's Rights: A Global Study of Independent Human Rights Institutions for Children – Summary Report**, UNICEF, 2012

UNICEF Report, The State of The World's Children 2012, http://www.unicef.org/sowc2012/pdfs/SOWC-2012-Main-Report_EN_21Dec2011.pdf. (erişim tarihi: 1.4.2019)

United Nations Children's Fund, **Every Child's Birth Right: Inequities and Trends in Birth Registration**, UNICEF, New York, 2013, https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2015/12/Birth_Registration_lores_final_24.pdf.

United Nations General Assembly Resolution, Guidelines for the Alternative Care of Children, **64/142**, 24.2.2010.

United Nations General Assembly, 64/142. Guidelines for the Alternative Care of Children 24.2.2010, **A/RES/64/142**.

United Nations General Assembly, Principles Relating to the Status and Functioning of National Institutions for the Protection and Promotion of Human Rights (the Paris Principles), Adopted by General Assembly Resolution 48/134, 20.12.1993, **A/RES/48/134** <https://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r134.htm>

United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines)-Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri), adopted and proclaimed by General Assembly Resolution 45/112, 14.12.1990

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, çocuk haklarının anayasa hukuku açısından rejiminin incelenmesidir. Anayasa hukukunda çocuk haklarının hukuksal çerçevesi, çocuk haklarının anayasal dayanakları başta olmak üzere, çocuk hakkı olarak nitelenen hakların konusunun, ilkelerinin, muhataplarının ve bu hakların yerine getirilmesine yönelik edimlerin ve bu hakların korunmasını amaçlayan yargısal-yargısal olmayan araçların anayasa hukuku disiplini yaklaşımı ile incelenmesini gerektirir.

Anayasa hukuku bakımından çocuk hakları, çocuğun sahip olduğu hakların anayasal düzlemde tanınmasını ve korumaya kavuşturulmasını konu almaktadır. Çocuk hakları, demokratik toplumlarda her bireyin sahip olduğu yaşam, sağlık, kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını geliştirme, özel hayatın korunması, adil yargılanma, ifade özgürlüğü gibi temel hakların yanı sıra “çocuklara özgü”, çocuğun çocuk olması nedeniyle sahip olması gereken haklardır.

Çocukların bedensel, zihinsel ve ekonomik yönden güçsüz ve bir yetişkine bağımlı olmaları nedeniyle bir yandan incitmeye, ihmal ve istismara daha açık olmaları, diğer yandan anlama ve muhakeme yeteneklerinin tam olarak gelişmemiş olması ile karakterize edebilecek doğaları, çocukluk döneminde kişilere özel haklar tanınmasının gerekçesidir.

Temel hak ve özgürlüklerin çocukların haklarını da koruyacak biçimde uygulanması, çocukların kırılgan ve incinebilir doğalarına ve gelişmekte olan bireyler olmalarına özgü niteliklerinin özellikle göz önünde bulundurulduğu bir yargısal tutumu gerektirmektedir.

Gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse AİHM, çocukların kırılgan ve incinebilir doğalarının gereklerini, hem çocuğun maruz kaldığı ihlalin ağırlığını tespit etmede, hem de mağdur karşısında devletin yükümlülüklerinin kapsamını tespit ederken göz önünde bulundurmaktadır.

SUMMARY

This study aimed to examine the regime of children's rights in terms of constitutional law.

The legal framework of children's rights in the constitutional law requires the examination of the subject, principles, obligations, responsibilities for and acts aimed at the fulfillment of these rights, as well as judicial-non-judicial instruments aimed at the protection of these rights, as well as the constitutional basis of children's rights.

In terms of constitutional law, children's rights are concerned with the recognition and protection of the rights that the child has in the constitutional scope.

Children's rights include the rights that every individual in democratic societies has such as right to life, to health, to personal immunity, to develop their material and spiritual existence, to protection of private life, to fair trial, to freedom of expression, as well as the rights that a child should have because of being a child.

It is the reason that children are given special rights during childhood, because they are more vulnerable to neglect and abuse due to their physical, mental and economic weaknesses, and on the other hand, their understanding and reasoning skills are not fully developed.

The application of fundamental rights and freedoms in a way that protects the rights of children requires a judicial attitude, in which the characteristics of children that are specific to their fragile and vulnerable nature and to be developing individuals are especially taken into consideration.

Both the Constitutional Court and the ECtHR take into account the needs of the fragile and vulnerable nature of children, as well as in determining the severity of the violation to which the child is exposed, and in determining the extent of the state's obligations to the fulfilment of the rights of children.