

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
SİSTEMİNDE MEDENİ YARGILAMADA
ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI

Feyza COŞKUN ÇUVALOĞLU
2501151399

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Sabahattin NAL

İstanbul, 2019

TEZ ONAY SAYFASI

	T.C. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS TEZ ONAYI	
---	--	---

ÖĞRENCİNİN;

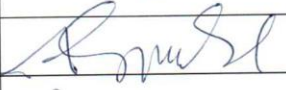
Adı ve Soyadı : FEYZA COŞKUN Numarası : 2501151399

Anabilim Dalı /
Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DOÇ. DR. SABAHATTİN NAL

Tez Savunma Tarihi : 13.09.2019 Saati : 13.00

Tez Başlığı : AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDE ÇOCUĞUN MEDENİ
YARGILAMALARA KATILIM HAKKI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / **ÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2-PROF. DR. NİHAT BULUT		Kabul
3-DOÇ. DR. SABAHATTİN NAL		Kabul
4-DR. ÖĞR. ÜYESİ GÜLAY ARSLAN ÖNCÜ		Kabul
5-DR. ÖĞR. ÜYESİ AYŞE ÖZKAN DUVAN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ. DR. SERCAN GÜRLER		
2-DR. ÖĞR. ÜYESİ LEVENT KORKUT		

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Medeni Yargılamada Çocuğun Katılım Hakkı Feyza COŞKUN ÇUVALOĞLU

Çocuğun katılım hakkı, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (ÇHS) 12. maddesinde koruma altına alınmıştır. Bu maddeye göre, görüş oluşturabilme yeteneğine sahip her çocuğun kendisini etkileyen her meselede görüşüne başvurulmalıdır. Çocuğun görüşüne yaşı ve olgunluğu ölçüsünde ağırlık verilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) metninde çocuğun katılım hakkı açıkça tanınmamıştır. Fakat insan hakları hukukunun bütünselliği ilkesinin bir sonucu olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), çocuğun katılım hakkının AİHS'den kaynaklandığını kabul etmiştir. AİHM, çocuğun medeni yargılamaya katılım hakkını AİHS md.8 özel ve aile yaşamına saygı hakkından kaynaklanan usuli yükümlülükler çerçevesinde değerlendirmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde temel kavramlar ve temel ilkeler açıklanmaktadır.

İkinci bölümünde çocuğun katılım hakkı, unsurlarıyla, Çocuk Hakları Komitesi'nin genel yorumu ışığında açıklanmaktadır.

Üçüncü bölümde AİHM'nin çocuğun katılım hakkına ilişkin kararları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocuk hakları, Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun katılım hakkı, çocuğun dinlenilme hakkı, çocuğun görüşü, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, usuli yükümlülükler.

ABSTRACT

Right of the Child to be Heard in Civil Proceedings Under the European Convention on Human Rights

Feyza COŞKUN ÇUVALOĞLU

Child right to be heard is ensured under Article 12 of the Convention on the Rights of the Child. According to Article 12, the child who is capable of forming his or her own views freely in all matters affecting the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

Right to be heard is not explicitly acknowledged in European Convention on Human Rights. However, in accordance with the principle of the integrity of human rights law, the European Court of Human Rights has also ruled in cases involving children with reference to the CRC. The Court assessed the child's right to participate in civil proceedings in the light of the procedural obligations arising from the right to respect for private and family life in Article ECHR 8.

In the first part of the study, basic concepts and basic principles are explained.

The second part is explained in the light of the general interpretation of the Committee on the Rights of the Child and the elements of the child's right to be heard.

In the third part, the judgements of the ECtHR regarding to the child right to be heard are examined.

Keywords: The European Court of Human Rights, children rights, Convention on the Rights of the Child, child right to participation, child right to be heard, child's wish, right to respect for private and family life, procedural requirements.

ÖNSÖZ

Uluslararası insan hakları hukukunda, çocuğun katılım hakkı, ilk defa Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin metninde her ne kadar çocuğun katılım hakkına yer verilmemiş olsa da, insan hakları hukukunun bütünselliği ilkesi gereği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ÇHS'ye atıf yaparak bu hakkın AİHS'den kaynaklandığını kabul etmiştir. Çocuğun medeni yargılamaya katılım hakkını AİHM, daha çok özel ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir.

Çocuğun katılım hakkına dair AİHM içtihatlarının az sayıda olması, bu konudaki akademik çalışmaların az olmasını da beraberinde getirmiştir. Bu da özellikle üçüncü bölümde fazla sayıda bilimsel çalışmaya yer verilememesine sebep olmuştur. Üçüncü bölümde daha ziyade mahkeme içtihatlarından faydalanılmıştır.

Bu vesileyle, tez yazma sürecinde bana anlayış gösteren, eleştiri ve katkılarını benimle paylaşan danışman hocam Sayın Doç. Dr. Sabahattin Nal'a teşekkür ederim.

Tezimi çocuğun katılım hakları konusunda yazmaya teşvik eden ve arşivini benimle paylaşan Sayın Doç. Dr. Burak Gemalmaz hocama teşekkür ederim.

Tez konusunu sınırlamamda bana yardımcı olan ve tezi oluşturma sürecinde bana yol gösteren Sayın Dr. Öğr. Üyesi Gülay Arslan Öncü hocama teşekkür ederim.

Bu süreçte benden maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen babam Av. Mustafa Coşkun, annem Ayşegül Coşkun ve kardeşim Av. Mehmet Akif Coşkun'a teşekkür ederim.

Tezimi titizlikle okuyan ve eleştirilerini yöneltten, manevi desteklerini esirgemeyen arkadaşım Araş. Gör. Sümeyra Karınçu ve eşim Av. Ferhat Çuvaloğlu'na teşekkür ederim.

Feyza COŞKUN ÇUVALOĞLU

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDEKİ DAYANAKLARI.....	4
I. TEMEL KAVRAMLAR.....	4
A. Çocuk.....	4
B. Katılım Kavramı.....	5
II. ÇOCUĞUN KATILIMININ ÖNEMİ.....	6
III. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ TARİHSEL GELİŞİMİ	10
IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDE ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ DAYANAKLARI	15
A. Çocuğun Katılım Hakkına Dayanak Olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Maddeleri.....	15
1. Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı	15
a. Kişisel Özerklik Kavramı	16
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aile Tanımı	17
2. Adil Yargılanma Hakkı	18
3. Ayrımcılık Yasağı.....	19
B. Çocuğun Katılım Hakkına Dayanak Oluşturan İlke ve Yorum Yöntemleri	20
1. İnsan Haklarının Bütünselliği İlkesi	20
2. Evrimci Yorum Yöntemi	20
3. Takdir Marjı Öğretisi	21

4. Pozitif Yükümlülükler	23
İKİNCİ BÖLÜM	27
ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI'NIN TEORİK ÇERÇEVESİ	27
I. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ HUKUKİ ANALİZİ	27
A. Çocuğun Kendi Görüşlerini Oluşturma Yeteneğine Sahip Olması Şartı	29
B. Çocuğun Bu Görüşlerini Özgürce İfade Etme Hakkı	33
C. Çocuğun Kendisini Etkileyen Her Konuda Görüşlerini İfade Etme Hakkı	34
D. Çocuğun Görüşlerine Yaşı ve Olgunluğu Ölçüsünde Ağırlık Verme Yükümlülüğü	35
E. Çocuğun Adli ve İdari Yargılamaya Katılımı	37
F. Çocuğun Ulusal Hukukun Usul Kurallarına Uygun Olarak Doğrudan veya Bir Temsilci Aracılığıyla Dinlenilmesi Hakkı	39
II. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI İLE DİĞER HAK VEYA İLKELERİN İLİŞKİSİ	41
A. Çocuğun Katılım Hakkı ve İfade Özgürlüğü	41
B. Çocuğun Katılım Hakkı ve Ayrım Gözetmeme İlkesi	42
C. Çocuğun Katılım Hakkı ve En Üstün Yararı İlkesi	43
D. Çocuğun Katılım Hakkı ve Yaşama ve Gelişme Hakkı	46
E. Çocuğun Katılım Hakkı ile Ebeveynin Rehberlik Hakkı ve Yükümlülüğü	47
III. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ UYGULANMASI İÇİN GENEL ÖNLEMLER VE TARAF DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	49
A. Genel Olarak	49
B. Adli ve İdari İşlemlere İlişkin Genel Yükümlülükler	50
1. Hazırlık	51
2. İfade Verme	52
3. Çocuğun Kapasitesinin Değerlendirilmesi	55
4. Çocuğun Görüşüne Hangi Ölçüde Ağırlık Verildiği Konusunda Bilgi Verme (Geri Bildirim)	56

5. Şikayet, Kanun Yolları ve Düzeltme	57
C. Özel İşlemlerle İlgili Yükümlülükler.....	58
1. Boşanma ve Ayrılık.....	58
2. Ebeveynden Ayırma ve Alternatif Bakım.....	58
3. Evlatlık Verme.....	59
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	62
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI.....	62
I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÇOCUĞUN EN ÜSTÜN YARARINA İLİŞKİN STANDARTLARI	62
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÇOCUĞUN KATILIM HAKKINI TANIMA SÜRECİ.....	63
III. ÇOCUĞUN KAPASİTESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE DİKKATE ALINAN HUSUSLAR	69
A. Çocuğun Yaşı ve Olgunluğu	69
B. Uzman Raporları.....	75
IV) ÇOCUĞUN TUTUMU	79
A. Çocuğun İcraya Direnmesi.....	79
B. Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu.....	80
C. Çocuğun Görüşünün İstikrarlı Olması	83
V. MEDENİ YARGILAMADA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ GÜNDEME GELDİĞİ UYUŞMAZLIK KONULARI.....	85
A. Velayet – Çocuğun İkameti	85
B. Kişisel İlişki Kurma.....	86
C. Alternatif Bakım.....	87
D. Evlatlık Verme.....	88
E. Uluslararası Çocuk Kaçırma.....	89
VI. ÇOCUĞUN TEMSİLCİSİ VEYA AVUKATI.....	90
VII) ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI VE EBEVEYN HAKLARININ ÇATIŞMASI-YARIŞMASI.....	92
SONUÇ.....	95

KAYNAKÇA	100
-----------------------	------------



KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
app.	: application
art.	: article
BM	: Birleşmiş Milletler
CCPR	: Convention on Civil and Political Rights
CRC	: Convention on the Rights of the Child
CRIN	: Children Rights International Network
ÇEAS	: Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi
çev.	: çeviren
ÇHK	: Çocuk Hakları Komitesi
ÇHKAS	: Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
Doc.	: Document

ECHR	: European Convention on Human Rights
ed.	: editör
f.	: fıkra
GC	: General Comment
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
LGBTI	: Lezbiyen Gay Biseksüel Transgender İnterseks
md.	: madde
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
No.	: Numara
para.	: paragraf
S.	: sayı
s.	: sayfa
sa.	: sayfa aralığı
UK	: United Kingdom
Unicef	: United Nations International Children's Emergency Fund
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Çocuğun katılım hakkı, diğer bir deyişle çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşüne başvurulması ve bu görüşe yaşı ve olgunluğu ölçüsünde ağırlık verilmesi hakkı¹, ilk olarak 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) ile hukuk düzeninin bir parçası haline gelmiştir. Daha önce kabul edilen, çocuk haklarını uluslararası düzeyde tanımış olan 1924 Milletler Cemiyeti Çocuk Hakları Cenevre Bildirisi ile 1959 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi'nde çocuğun katılım hakkı mevcut olmadığı gibi çocuğun ifade özgürlüğü, çocuğun özel yaşama saygı hakkı gibi çocuğun özne olmasından kaynaklanan, katılım haklarından sayılan haklara da yer verilmemiştir. Zira Çocuk Hakları Bildirileri'nin kabul edildiği dönemlerde çocuklara korumacı bir yaklaşım hakimdi. Çocuk Hakları Sözleşmesi ile beraber çocukların sadece yetişkin korumasına ihtiyaç duyan varlıklar olmadığı, hak öznesi oldukları kabul edilmiştir. Bu kabul beraberinde çocukların katılım hakkını getirmiştir.

Çocuğun katılım hakkı, ÇHS md. 12'de koruma altına alınmıştır. ÇHS md. 12 f. 1'e göre, görüş oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini etkileyen her meselede görüşlerini özgürce ifade etme hakkı vardır ve bu görüşlerin, çocuğun yaşı ve olgunluğu ölçüsünde dikkate alınması gerekir. Madde metninde katılım ifadesine yer verilmemiştir. Fakat uluslararası öğretilerde bu hak, katılım hakkı "**right to participate**" olarak kavramsallaştırılmıştır. Türk öğretisinde çocuğun katılım hakkı, "çocuğun dinlenilmesi hakkı", "çocuğun görüşünün alınması hakkı" şeklinde de ifade edilmektedir. Fakat çocuğun katılım hakkı yalnızca çocuğun dinlenilmesi veya görüşünün alınmasını değil, bu görüşlerin yaşı ve olgunluğu ölçüsünde dikkate alınması hakkını da içermektedir. Bu sebeple, bu çalışmada, daha kapsayıcı bir ifade olan "çocuğun katılım hakkı" ifadesi kullanılacaktır.

BM bünyesindeki insan hakları sözleşmesi organları, sözleşmelerdeki hakların kapsamını daha detaylı açıklamak için genel yorumlar yayınlamışlardır. Çocuk Hakları Komitesi (ÇHK)'nin çocuğun katılım hakkının kapsamını belirlemek için

¹ ÇHS md. 12'de düzenlenen bu hak çalışmada çocuğun katılım hakkı olarak anılacaktır.

yayınladığı 12 No’lu Genel Yorum da bunlardan birisidir. 12 No’lu Genel Yorum’a göre, çocuğun katılım hakkının pek çok boyutu vardır. Çocukların kendileriyle ilgili karar verme süreçlerine, adli ve idari yargılamalara katılım hakkı olduğu gibi yaşamlarını etkileyen her türlü konuya da katılım hakları vardır. Çalışmada çocuğun kendisini ilgilendiren her meseleye katılım hakkı olduğunun açıklanması ile yetinilmiş, çocuğun medeni yargılamaya katılımı dışındaki diğer katılım alanları kapsam dışında bırakılmıştır.

ÇHS md. 12 f. 2’de çocuğun adli ve idari işlemlere katılım hakkı düzenlenmiştir. Adli işlemlerden hem hukuk (medeni) hem ceza yargılamaları anlaşılmaktadır. Çocuğun ceza yargılamasına katılım hakkı çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira çocuğun hem sanık hem de mağdur olarak ceza yargılamasına katılımı yalnızca katılım hakkı ile ilgili değildir. Çocuk ceza adaleti sistemi içinde değerlendirilmesi gereken bir meseledir.

Çalışmanın konusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) çocuğun medeni yargılamaya katılım hakkına yönelik içtihatlarıyla sınırlanmıştır. Konunun AİHM içtihatlarıyla sınırlandırılmasının sebebi, Türkiye’nin AİHS’ye taraf olması, AİHM’nin bağlayıcı ve icra edilebilir kararlar verebilmesi ve içtihadi birikiminin diğer insan hakları organlarına göre daha gelişmiş olmasıdır. Ayrıca, tek bir uluslararası insan hakları koruma sistemi ele alınarak daha detaylı bir inceleme yapılmak istenmiştir. Fakat diğer çocuk hakları gibi çocuğun katılım hakkı da AİHS’de ayrı bir hak olarak düzenlenmemiştir. AİHM, çocuğun katılım hakkının, adil yargılanma hakkından ve daha ziyade özel ve aile yaşamına saygı hakkından kaynaklandığını kabul etmiştir. AİHM, evrimci yorum yönteminden faydalananak, devletlerin pozitif yükümlülüklerinden olan, yargılama süreçlerinde yerine getirilmesi gereken usuli yükümlülüklerle dayanarak bu hakkı çıkarmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde ilk olarak konuya ilişkin temel kavramlar açıklanacaktır, çocuğun katılım hakkının uluslararası insan hakları hukukunda tanınma sürecine değinilecektir. Bölümün devamında AİHM’nin çocuğun katılım hakkını tartıştığı içtihatlarında, AİHS’nin hangi maddelerine, hangi ilke ve yorum yöntemlerine dayanarak çocuğun katılım hakkının AİHS’den kaynaklandığına karar

verdiği açıklanmaya çalışılacaktır.

İkinci bölümde, ÇHS, ÇHK 12 No'lu Genel Yorum ve diğer uluslararası sözleşmeler ışığında çocuğun katılım hakkı teorik olarak açıklanacaktır. ÇHS'nin dört temel ilkesinden biri olan katılım hakkının diğer hak, özgürlük ve ilkelerle ilişkisi ortaya konacaktır. Daha sonra devletlerin bu hakkı gereği gibi kullanabilmesi için alması gereken önlemlere değinilecektir.

Üçüncü bölümde, AİHM'nin çocuğun katılım hakkına ilişkin olan kararları incelenecektir. AİHM, çocuğun görüşünün alınmasının veya alınmamasının ihtilaf konusu yapıldığı vakaların bazılarında ÇHS md. 12'ye atıf yaparken bazılarında atıf yapmamıştır. Çalışmada, AİHM'nin ÇHS md. 12'ye atıf yapmadığı kararlar da incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, AİHM'nin çocuğun görüşünün alınmasının veya görüşünün dikkate alınmasının gerekip gerekmediğine karar verirken hangi ölçütleri uyguladığı ve hangi unsurları dikkate aldığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDEKİ DAYANAKLARI

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Çocuk

Çocuk, “çocukluk olarak adlandırılan belirli bir zamanda, kültürel ve sosyal alanda yaşayan, nefes alan kişi” olarak tanımlanabilir². Bob Franklin, çocukluğun sabit bir döneme ait tek bir evrensel deneyim olmadığını, döneme ve kültürel yapıya göre değişiklik gösterdiğini dile getirmiştir³. Çocuğun sözlük anlamından bağımsız olarak hukuk ne demek olduğunu anlayabilmek için çocuğun hangi andan itibaren ve ne zamana kadar korunmaya muhtaç olduğunun tespiti gereklidir⁴. Çocuk Hakları Sözleşmesi⁵’nin (ÇHS) 1. maddesinde çocuğun tanımı yapılmıştır. Buna göre, hukuk daha erken yaşta reşit kabul etmedikçe, 18 yaşından küçük bütün insanlar çocuktur. Bu maddeyle çocuk kavramının genel bir tanımını yapmak değil, ÇHS’de düzenlenen haklardan kimlerin yararlanabileceğini belirlemek amaçlanmıştır. Burada, çocukluğun ne zaman başlayacağı konusu özellikle belirsiz bırakılarak bu konunun düzenlenmesi taraf devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır⁶. Bu şekilde, kürtaj ve benzeri meselelerde bir tavır takınmayıp ÇHS’nin dünya çapında kabulünün

² Rebecca Thorburn Stern, **Implementing Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child-Participation, Power and Attitudes**, Vol. 2, Stockholm, Brill Nijhoff, 2017, s. 16, Suzanne Shanahan, Lost and Found: “The Sociological Ambivalence Toward Childhood”, **Annual Review of Sociology**, 33, 2007.

³ Bob Franklin, **Çocuk Hakları**, çev.: Alev Türker, İstanbul, Ayrıntı, 1993, s. 22.

⁴ Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 3, 1968, s. 10.

⁵ Çocuk Hakları Sözleşmesi BM Genel Kurulu tarafından 44/25 sayılı kararla, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş ve imzaya açılmış, 2 Eylül 1990 tarihinde Sözleşme’nin 49. maddesi uyarınca yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 1990 tarihinde imzalamış, Sözleşme Türkiye’de 1995 yılında yürürlüğe girmiştir, <https://www.ohchr.org>, 20.09.2019.

⁶ Manta Santos Pais, “The Convention on the Rights of the Child” **Manuel on Human Rights Reporting Under Six Major International Human Rights Instruments**, UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Geneva, 1997, s. 414, (Çevrimiçi), www.ohchr.org, 01.12.2018.

tehlikeye sokulması istenmemiştir⁷. Madde metni, taraf devletlerin çeşitli sebeplerle ergin olmak için daha küçük bir yaş belirlemelerine izin verir niteliktedir. Aynı şekilde taraf devletler, ergin olma için daha büyük bir yaş da belirleyebilirler. Fakat bu ÇHS ve ÇHS'nin temel ilkeleriyle uyumlu olmalıdır⁸. Çocukluk dönemi için yaş sınırı belirlenirken cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılmamalıdır. Kız ve erkek çocukları için ergin olma yaşı aynı olmalıdır⁹.

B. Katılım Kavramı

Hart, katılım kavramını, bireyin kendi hayatını ve içinde yaşadığı toplumu etkileyen kararları paylaşma süreci olarak tanımlamıştır¹⁰. Çocuğun katılımı ise, çocuğu ilgilendiren karar verme süreçlerinin her kademesine çocuğun aktif katılımının ve görüşlerinin dikkate alınmasının sağlanması olarak tanımlanabilir¹¹. Katılım, bir faaliyetin parçası olmayı ifade eder ve geniş bir kavramdır. Çocuklar, sayısız faaliyetin ve ilişkinin parçası olabilirler. Fakat dar anlamda katılım, danışılmak ve karar vermek anlamında kullanılır. Bu anlamıyla katılım, konuşmayı, düşünmeyi ve karar vermeyi içine alır¹². Çocuğun katılımının, çocuğun dünyaya gelmesiyle beraber, ağlayarak ve hareket ederek olayları etkileyebileceğini fark ettiği anda başladığını söylemek mümkündür¹³.

Katılım, genel olarak bir faaliyetin parçası olmayı, özel olarak da karar verme süreçlerinin bir parçası olmayı ifade eder. Aynı zamanda hem bir süreci hem de bir sonucu ifade eder.

Çalışmanın konusu açısından odak noktası, çocukların ve gençlerin katılımıdır. Çocukların bireysel yaşamlarına dair karar verme süreçlerine katılması ile çocukların

⁷ Rachel Hodgkin, Peter Newell, **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child**, Third Edition, Unicef, Geneva, 2007, s. 1, (Çevrimiçi), www.unicef.org, 17.12.2018.

⁸ Hodgkin, Newell, **a.g.e.**, s. 4.

⁹ UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 20 (2016) on the Implementation of the Rights of the Child During Adolescence, 6 December 2016, CRC/C/GC/20.

¹⁰ Roger A. Hart, **Children's Participation from Tokenism to Citizenship**, Unicef, Innocenti Essays, No: 4, Florence, 1992, s. 5, (Çevrimiçi), www.unicef.org, 15.04.2019.

¹¹ Priscilla Alderson, **Young Children's Rights: Exploring Beliefs, Attitudes, Principles and Practice**, London, Jessica Kingsley Publishers, 2000, s. 17.

¹² Alderson, **a.g.e.**, s. 79.

¹³ Roger A. Hart, **Children's Participation from Tokenism to Citizenship**, s. 4.

toplu olarak karar verme süreçlerine katılması arasında fark vardır. Katılım ile danışma arasında ve katılımın seviyeleri arasında da fark vardır. Çocuk katılımı ile ilgili birkaç tipoloji geliştirilmiştir. Bazılarına göre danışma, katılımın bir alt kategorisidir, bazılarına göre ise ayrı bir kategoridir¹⁴.

Sinclair, pratikte çocuğunlukla katılım kavramının, edilgen bir anlamda, dinlenilmek ve danışılmak anlamında kullanıldığını dile getirmiştir. Etkin katılım ise, çocukların dahil olmalarının bir değişiklik yapacağına inandıkları katılımdır. Etkin katılımda çocukların karar verme sürecine etki etmesi ve bir değişiklik getirmesi amaçlanır. Çocukların katılacağı kararlar, bireysel kararlar olabilir. Hizmetlere, yetişkin-çocuk ilişkisine dair olabilir. Çocukların katılımı kendi seçimleriyle olmalı, aydınlatılmış rızaya dayanmalı ve katılmama haklarına saygı duyulmalıdır¹⁵.

Hill vd. yazarlara göre, katılım, çocukların bireysel ya da toplu olarak kendi hayatlarını etkileyen karar verme süreçlerine dahil olmaları anlamına gelir. Bu karar vericilerin ya da çocukların veya temsilcilerinin girişimiyle olabilir. Danışma ise bir fikir arayışıdır¹⁶.

II. ÇOCUĞUN KATILIMININ ÖNEMİ

Çocuğun katılım hakkına saygı duyulması ve bu hakkın uygulanması, çocuğun her alanda kendisini geliştirmesine zemin oluşturur. Zira bu hak, çocukları kategorik olarak istekleri, duyguları ve görüşleri olan bireyler olarak tanımlar¹⁷.

Çocuğun katılımı, çocuğa fayda sağladığı gibi yaşadığı topluma da fayda sağlar. Çocuklar toplumun edilgen bir üyesi ve geleceğin yetişkinleri olarak görülmemelidir. Kişinin çocukluk döneminin de bir kapasite taşıdığı kabul

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Nigel Thomas, "Towards a Theory of Children's Participation", **International Journal of Children's Rights**, 5 (2), June 2007, s. 199.

¹⁵ Ruth Sinclair, "Participation in Practice: Making it Meaningful, Effective and Sustainable", **Children and Society**, S:18, 2004, s. 110, 111.

¹⁶ Malcolm Hill, John Davis, Alan Prout, Kay Tisdall, "Moving the Participation Agenda Forward", **Children and Society**, Vol. 18, 2004, s. 83.

¹⁷ Carolyn Willow, **Children Right to be Heard and Effective Child Protection: A Guide for Governments and Children's Rights Advocates on Involving Children and Young People in Ending All Forms of Violence**, Sweden, Save the Children, 2010, s. 8, (Çevrimiçi), <https://resourcecentre.savethechildren.net>, 02.11.2018.

edilmelidir¹⁸. Çocuğun katılımının amacı yalnızca çocuğu gelecekteki yetişkin rolüne hazırlamak olarak düşünülmemelidir. Çocuğun katılımının sağlanması çocuğun o andaki sosyal ve ekonomik durumunu geliştirmek için de önemli bir araçtır¹⁹. Gerçekte çocuklar iyi fikirlere sahiptir ve yetişkinlerin düşünemediği şeyleri düşünebilirler²⁰. Genç bireyler toplumda anlamlı bir rol bulmakta zorluk çekmektedir. Eğer onlara sorumlu olacakları şekilde yeteneklerini geliştirme fırsatı verilmezse bunun yolunu sorumsuz bir şekilde bulabilirler²¹.

Katılım çocuklara yalnızca kendi seslerini duyurmalarını sağlamaz. Aynı zamanda diğerlerinin haklarını, kendisi gibi olmayanların, diğerlerinin seslerini de keşfetmelerini sağlar. Çünkü gerçek projelerle ilgilendiklerinde diğer genç insanlarla ve yetişkinlerle diyalog kurma fırsatları olacaktır. Piaget, çocukların, hep otoriteye tabi olurlarsa ve ortak saygı çerçevesinde ilişkiler kurma fırsatları olmazsa kendi özerkliklerini geliştiremeyeceklerini söylemiştir. Özerkliğin gelişmesiyle kişiliğin oluşması bu sosyal ilişkilere bağlıdır. Dolayısıyla çocuğun katılımı yalnızca çocukların sosyal yönden sorumlu ve yardıma istekli bireyler olarak yetişmesine değil, psikolojik olarak da sağlıklı bireylerin yetişmesine vesile olur²². Katılım, gençliği yabancılaştıran ve suistimale açık hale getiren geleneksel eğitim uygulamalarına karşı bir panzehirdir²³.

Çocuklara danışmak, hizmetlerin gelişmesine ve yeni ihtiyaçlara uyum sağlamasına yardımcı olur. Çocuklara seçenek sunulması, ihtiyaçlarını anlamalarına

¹⁸ N. Taylor, "What do we know about Involving Children and Young People in Family Law Decision Making? A Research Update", *Australian Journal of Family Law*, 20, 2006, 154, 156-157, aktaran: Aisling Parkes, *Children and International Human Rights Law-The Right of the Child to be Heard*, Newyork, Routledge, 2013, s. 13.

¹⁹ Jason Hart, Jesse Newman, Lisanne Ackermann, Thomas Feeny, *Children Changing Their World: Understanding and Evaluating Children's Participation in Development*, London, Plan, 2004, s. 4, (Çevrimiçi), <https://www.participatorymethods.org/sites/participatorymethods.org/files>, 14.04.2019.

²⁰ European Commission, "Children Right as They See Them", Luxembourg, European Union, 2011, s. 3, (Çevrimiçi), <https://www.ab.gov.tr>, 14.04.2019.

²¹ Roger A. Hart, *Children's Participation from Tokenism to Citizenship*, s. 34.

²² Roger A. Hart, *Children's Participation from Tokenism to Citizenship*, s. 35.

²³ Roger A. Hart, *Children's Participation from Tokenism to Citizenship*, s. 36.

katkı sağlar. Çocukların kendileri hakkında verilen kararlara katılımı, daha doğru, daha uygulanabilir kararlar verilmesini sağlar²⁴.

Katılım çocuğun korunmasına hizmet eder. Çocuğa karşı şiddetin son bulması ve çocuğun katılım hakkının güvenceye alınması birbirleriyle sıkı bir ilişki içerisinde. Zira ikisi de çocuğun temel haklara sahip bir insan olarak algılanmasına ve çocuğa bu şekilde saygı duyulmasına bağlıdır²⁵. Çocuğun görüşlerini özgürce ifade edebilmesi ve bu görüşlerinin dikkate alınması; şiddet, sömürü, tehdit, adaletsizlik ve ayrımcılıktan korunmasında önemli bir araçtır. Çocuğun kendisini ifade etmesine izin verilmemesi, yetişkin korumasından yoksun kaldığı durumlarda da onu tamamen korumasız bırakabilir. Yetişkinler çocuğu şiddetten veya sömürüden ancak haberleri olduğunda koruyabilirler. Bu durumdan haberdar olabilmelerinin önemli yollarından birisi de çocuğun yaşadığı bu talihsizlikleri anlatabilmesidir²⁶.

Çocuğun katılımı, sorumluluk bilincini (hesap verilebilirliği) kuvvetlendirir. Çocukların yerel ve ulusal meselelerin tartışılmasına katılımlarının sağlanması vatandaşlık bilincinin oluşmasında önemlidir. Çocuklara bu olanağın küçük yaşlarda tanınması hesap verebilir ve şeffaf yönetimin oluşmasına katkı sağlar. Çocuğun katılımı, onun ötekine saygı ve hoşgörü duymasına, sivil toplumun gelişimine katkıda bulunmasına hizmet eder. Çocuğun demokrasi kültürünün oluşmasına katkıda bulunur. Çocukların demokratik temsili, yeni fırsatlar edinmelerine ve toplumlarında aktif bir üye olmalarına yardım eder²⁷.

²⁴ Ruth Sinclair, "Quality Protects Research Briefing No. 3 Young People Participation", Department of Health, Making Research Count, 2000, s. 2, (Çevrimiçi), <https://emosandcrane.co.uk>, 12.06.2019.

²⁵ Willow, **a.g.e.**, s. 8.

²⁶ Gerison Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, Unicef, The Save the Children Fund, 2011, s. 7.

²⁷ Sinclair, "Quality Protects Research Briefing No: 3 Young People Participation", s. 2.

Katılım; çocukların iletişim, tartışma, müzakere, önceliklendirme, karar verme becerilerini geliştirmelerine yardımcı olur. Etkili bir katılım çocukların özyeterliliklerinin ve özsayıgılarının artmasını sağlar²⁸.

Yetişkinlerin çocuğun yararı için en iyisini bildiklerini düşünmeleri, dünya üzerinde yaygın bir tutumdur. Bu tutum, çocuğun katılım hakkının sağlanmasında en önemli engellerden bir tanesidir. Yetişkinler her zaman çocuğun yararına uygun olarak hareket etmeyebilirler. Yetişkinlerin çocukları kasten istismar veya ihmal ettiği durumlar hiç de nadir değildir²⁹. Kamu politikaları genellikle ebeveynin haklarını, çıkarlarını destekler. Zira ebeveynler birer yetişkin ve seçmen olarak, hükümet üzerinde daha fazla etkiye sahiptirler. Bu durum çocuğun esenliğine zarar vermektedir³⁰.

Çocuğun katılım hakkının olması gerektiğini savunan ve çocuklar için faydalı olduğunu düşünen pek çok görüş olduğu gibi çocuğun katılım hakkına sahip olmaması gerektiğini düşünenler de olmuştur. Çocuk haklarını eleştirenlerin birçoğu, diğerlerinin haklarının ateşli savunucularıdır. Çocuk hakları pek çok sebeple ihmal edilmiştir. Çocuklar, kişi yerine mal olarak görülmüşlerdir³¹.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabul sürecinde, çocukların hak sahibi olması, kendilerini etkileyen konularda görüş açıklayabilmeleri itiraz konusu olmuştur. Buna gerekçe olarak ise, çocuklara tanınan pek çok hak ve özgürlüğün ebeveynlerin otoritesini sarstığı iddia edilmiştir³². Fakat yazarlara göre, bu iddia tamamen ÇHS'nin yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır³³. ÇHS'nin aile karşıtı olduğu iddiası ise yersizdir. Zira ÇHS'nin başlangıcında aile, toplumun temeli olarak

²⁸ Robbie Gilligan, "Enhancing resilience of children and young people in public care by mentoring their talents and interests", **In Child and Family Social Work**, Vol. 4 No: 3, 1999, s. 188.

²⁹ Gerison Lansdown, **Promoting Children's Participation in Democratic Decision Making**, Unicef, Innocenti Research Center, Florence, 2001, s. 1, (Çevrimiçi), <https://www.unicef-irc.org>, 13.04.2019 s. 3.

³⁰ Lansdown, **Promoting Children's Participation in Democratic Decision Making**, s. 4.

³¹ Michael Freeman, "The Value and Values of Children's Rights", **The Human Rights of Children From Vision to Implementation**, ed.: Antonella Invernizzi, Jane Williams, Swansea University, Wales, Ashgate, 2011, s. 23, 24.

³² Olga Cvejić Jančić, "Rights of the Child in a Changing World", **Rights of the Child in a Changing World, 25 Years after the UN Convention on the Rights of the Child**, ed.: Olga Cvejić Jančić, Switzerland, Springer, 2016, s. 3, 4.

³³ Gerison Lansdown, **The Evolving Capacities of the Child**, Unicef, Innocenti Research Centre, Florence, 2005, s. 6, (Çevrimiçi), <https://www.unicef-irc.org>, 01.12.2018.

tanımlanmış, ÇHS'nin pek çok maddesinde de baş sorumlu ebeveyn olarak gösterilmiştir³⁴.

Aoife Daly ise çocuğun katılım hakkından daha fazlasını, çocuğun özerkliğini savunmaktadır. Yazara göre, çocuğun görüşüne başvurulması örneğin siyasi alanda yeterli olsa da, çocuğun en üstün yararının araştırıldığı işlemlere ("**best interest proceedings**") uygun değildir. Yazara göre, özgürlükçü demokrasiler her ne kadar bireysel özgürlüğü en yüksek amaç olarak belirlese de, çocuğun katılım hakkı çocuğun hukuki özerkliğine potansiyel olarak az bir saygı sağlar, başka gerekçeler çocuğun görüşlerine baskın çıkar. Çünkü hala tüm takdir yetkisi ve tüm güç yetişkinlere bırakılmıştır. Yazar, çocuğun katılım hakkı yerine özerklik³⁵ kavramına odaklanmak gerektiğini düşünmektedir. Buna göre, ÇHS md. 12 çocukların en üstün yararlarının karara bağlandığı yargılama süreçlerinde çocukların güçlenmelerine hizmet etmemektedir³⁶.

III. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Geleneksel olarak çocuk, ebeveynlerinin malı olarak görülmüş ve aile içinde söz sahibi olmaktan mahrum bırakılmıştır. Çocuk, bağımlı, görünmez ve etkisiz bir aile ferdi olarak görülmüştür³⁷.

Milletler Cemiyeti Genel Kurulu tarafından kabul edilen 1924 tarihli Çocuk Hakları Cenevre Bildirisi beş maddeden oluşmaktadır³⁸. Bu bildiride çocuğun katılım haklarına yer verilmemiştir. Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından 20/11/1959 tarih ve 1386 (XIV) sayılı kararla kabul edilen Çocuk Hakları

³⁴ Hodgkin, Newell, **a.g.e.**, s. 75.

³⁵ Yazar özerkliği, sınırlarını kişinin kendisinin belirleyebildiği, kişiye seçme hakkının tanındığı, kişinin diğerlerinin usulsüz müdahalesinden özellikle fiziksel ve hukuki baskıdan uzak olduğu bir durum olarak tanımlamıştır, Aoife Daly, **Children, Autonomy and the Courts, Beyond the Right to be Heard**, Stockholm Studies in Child Law and Childrens Rights, Volume 3, Leiden/Boston, BrillNijhoff, 2017, s. 9.

³⁶ Daly, Children, **Children, Autonomy and the Courts, Beyond the Right to be Heard**, s. 2, 3.

³⁷ Committee on the Rights of the Child (1994) Report on the seventh session, CRC/C/34, para. 192, (Çevrimiçi), <https://www.refworld.org>, 12.06.2019.

³⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012, s. 719.

Bildirgesi'nde on ilke bulunmaktadır³⁹. Bu bildiride de çocuğun ifade özgürlüğüne ve karar verme süreçlerine katılım hakkına dair herhangi bir madde yoktur⁴⁰.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme⁴¹ (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) (AİHS), 04/11/1950'de kabul edilmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da insan haklarını korumak için kabul edilen AİHS, dünyadaki insan haklarının icrası konusunda en başarılı sistemdir. Fakat çocuk hakları için durum farklıdır. AİHS metninde çocuklara yalnızca iki atıf vardır. Sözleşme metninde çocuk kelimesinin sınırlı olarak geçmesi, AİHS'nin çocuk haklarını koruma potansiyelini sorgulatmıştır⁴².

1959 Çocuk Hakları Bildirgesi'ne rağmen, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin hazırlanması sırasındaki genel algı, çocuk meselesinin insan haklarının alanına girmediği yönündeydi. ÇHS'den önceki dönemde çocuk odaklı çalışmalar daha çok çocuklara yardım üzerine şekillenmişti. Bu dönemde özellikle zayıf ve korunmaya muhtaç olarak görülen küçük yaşta çocuklar üzerinde durulmuştur⁴³.

1970'lerin sonlarına doğru korumacı yaklaşım yerini hak temelli yaklaşıma bırakmıştır⁴⁴. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi: "Çocuklar artık ebeveynlerinin malı olarak görülmemelidir. Kendi hakları ve ihtiyaçları olan bireyler olarak tanınmalıdırlar", şeklinde bir açıklamada bulunmuştur⁴⁵.

1978 yılında Polonya, BM İnsan Hakları Komisyonu'na, bir çocuk hakları

³⁹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, s. 720.

⁴⁰ Thorburn Stern, **a.g.e**, s. 54, Krappman, **a.g.m.**, s. 502-504.

⁴¹ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, yaygın adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzaya açılmış, 1953'te yürürlüğe girmiştir. (Çevrimiçi), <https://www.echr.coe.int>, 30.08.2019. Türkiye Sözleşmeyi 4 Kasım 1950'de imzalamış, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun'u çıkartmıştır. Bu kanun 19.03.1954 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. (Çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>, 30.08.2019. Sözleşme, Türkiye'de, onaylanma belgesinin AK Genel Sekreterliği'ne depo edildiği 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir, (Çevrimiçi), <https://www.coe.int/en/web/conventions/>, 30.08.2019.

⁴² Ursula Kilkelly, "Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach", **Transnational Law Contemporary Problems**, 12(2), 2002, s. 335, 336.

⁴³ Nigel Cantwell, "Are Children's Rights still Human?", **The Human Rights of Children From Vision to Implementation**, ed.: Antonella Invernizzi, Jane Williams, UK, Ashgate, 2011, s. 38.

⁴⁴ Juliette Duchesne, "The Child's Right To Be Heard in South Africa And The United States Of America: Analysis Of The Hague Abduction Convention", Thesis International Children's Rights, University of Leiden Faculty of Law, 2014-2015, s. 5, (Çevrimiçi), <https://www.universiteitleiden.nl>, 17.06.2019.

⁴⁵ Recommendation 874 (1979) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe General Principles 17/1/a, (Çevrimiçi), <http://assembly.coe.int>, 21.08.2019.

sözleşmesi hazırlanması için teklif sunmuştur. Ertesi yıl Komisyon, sözleşme hazırlanması için bir çalışma grubu kurmuştur⁴⁶. Çocuk Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Komisyonu Çalışma Grubu'nda, on yıl boyunca devam eden istişareler sonucunda kabul edilmiştir. Sözleşme, dünyanın farklı bölgelerinde pek çok ülke tarafından kabul edilmesi sebebiyle, farklı hukuk çevreleri ve kültürlerin uzlaşmasını yansıtmıştır⁴⁷.

Çocuk Hakları Sözleşmesi BM tarafından 1989 yılında kabul edilmiş, 1990 yılında da yürürlüğe girmiştir. O dönemde yalnızca Somali ve ABD⁴⁸ Sözleşme'nin dışında kalmıştır. ÇHS insan hakları alanında en geniş katılımlı sözleşme olma özelliğine sahiptir⁴⁹. Sözleşme, yalnızca dokuz ayda, yürürlüğe girmesi için gereken asgari sayıya ulaşarak BM tarihinde görülmemiş bir hızla yürürlüğe girmiştir⁵⁰. ÇHS, evrensel ölçekte en fazla sayıda devlet tarafından onaylanan insan hakları belgesidir. Bununla birlikte en fazla çekince konulan sözleşmelerden bir tanesidir⁵¹.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, uluslararası hukukta ilk defa çocuk haklarını açıkça ve resmi bir şekilde kabul etmiştir. Ayrıca Sözleşme, çocukların sadece yetişkin korumasına ihtiyaç duyan varlıklar değil kendi haklarının öznesi olduklarını da kabul etmiş oldu. Bu kabul beraberinde çocukların katılım hakkını getirmiştir⁵².

ÇHS md. 12'de görüş oluşturabilme kapasitesi olan her çocuğun görüşlerini özgürce ifade edebileceği ve bu görüşlere yaşı ve olgunluğu ölçüsünde ağırlık verilmesi gerektiği düzenlemiştir⁵³. Sözleşmeye taraf devletlerden hiçbirisi, 12.

⁴⁶ Cantwell, "Are Children's Rights still Human?", s. 37.

⁴⁷ Pais, "The Convention on the Rights of the Child", s. 393.

⁴⁸ ABD Yüksek Mahkemesinin ebeveyn hakları konusundaki bakış açısı için bakınız: Merry Jean Chan, "The Authorial Parent, An Intellectual Property Model of Parental Rights", **New York University Law Review**, Vol. 78: 1186, 1186-1226, 2003.

⁴⁹ Kristina Anne Bentley: "Can there be any universal children's rights?" **International Journal of Human Rights**, Vol. 9, No. 1, March 2005, s. 109.

⁵⁰ Manta Santos Pais, "Child Participation", **Documentação e Direito Comparado**, no. 81/82, 2000, s. 93.

⁵¹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, s. 723.

⁵² Lansdown, **Promoting Children's Participation in Democratic Decision Making**, s. 1, (Çevrimiçi), <https://www.unicef-irc.org>, 13.04.2019, Pais, "Child Participation", s. 93.

⁵³ Olga A. Khazova, "International Children's Rights Law: Child and the Family", **International Human Rights of Children**, ed.: Ursula Kilkelly, Ton Liefwaard, Springer, 2019, s. 167.

maddeye çekince koymamıştır. Dolayısıyla 196 ülke⁵⁴ hukuken, çocukların kendilerini ilgilendiren her meseleye katılım hakkını uygulamakla yükümlüdür⁵⁵. Fakat uygulamada durum böyle değildir. Çocuk Hakları Uluslararası Ağı'nın (CRIN) çocukların adli mekanizmaya erişimi ile ilgili dünya üzerinde her ülkeyi dahil ettiği bir araştırmada 55 ülkenin çocuğun katılım hakkını tanıdığı fakat uygulamada, adli yargılamada, bu hakka kişiler tarafından başvurulmadığı, 84 ülkenin bazı hukuk davaları için uygulamada da bu hakkı tanıdığı, 58 ülkenin ise çocuğun katılım hakkına hiç yer vermediği sonucuna ulaşılmıştır⁵⁶.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, yeni psikolojik bilgileri ve çocukluğun sosyolojisine dair yeni yaklaşımları benimsemiş görünmektedir. ÇHS, insana ve insanın yeteneklerine saygı üzerine kuruludur. Bu yaklaşım, çocukların yalnızca korunmayı, bakımı ve şefkati değil aynı zamanda kişiliğinin gelişiminde temel olan kişisel, toplumsal ve duygusal yeteneklerinin gelişiminin teşvik edilmesi ve kabul edilmesi anlamına gelir. Bununla uyumlu olarak ÇHS, çocukların kendilerini etkileyen kararlara katılımını tanımıştır⁵⁷.

Çocuğun katılım hakkının koruma altına alındığı diğer bir sözleşme ise Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁵⁸ (ÇHKAS)'dir. Her ne kadar ÇHKAS ile denetim organı olarak Daimi Komite kurulsun da, bu komite diğer insan hakları sözleşmelerinin denetim organlarından farklıdır. Daimi Komite, bağımsız uzmanlardan değil, taraf devletin delegelerinden oluşmaktadır. Tavsiye kararı çıkartmak bile yüksek nitelikli bir çoğunluğa bağlanmıştır. Bu sebeple Avrupa Konseyi çatısı altında kabul edilen bu sözleşmeye etkisiz bir sözleşme denebilir⁵⁹. Buna rağmen ÇHKAS, çocuğun medeni yargılamaya katılımına ilişkin pek çok hüküm barındırdığından bu çalışma bakımından önem arz etmektedir. ÇHKAS'nin

⁵⁴ 26.08.2019 itibarıyla ÇHS'yi 196 ülke onaylamıştır. Yalnızca ABD Sözleşmeyi imzalamış fakat onaylamamıştır, (Çevrimiçi), <http://indicators.ohchr.org>, 26.08.2019.

⁵⁵ Parkes, **a.g.e.**, s. 7.

⁵⁶ Rights, Remedies & Representation: Global Report On Access To Justice For Children, CRIN, 2016, s. 18, (Çevrimiçi), <https://archive.crin.org>, 08.08.2019.

⁵⁷ Bosisio Roberta, "Children's Right to Be Heard: What Children Think", **International Journal of Children's Rights**, S: 20, 2012, s. 143.

⁵⁸ Sözleşme, 20/01/1996'da imzaya açılmış, 01/07/2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 09.06.1999 yılında imzalamış, 10.06.2002 tarihinde onaylamış, Sözleşme Türkiye'de 01.10.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir, (Çevrimiçi), <https://www.coe.int>, 30.08.2019.

⁵⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012, s. 258-261.

hükümleri aşağıdaki bölümlerde daha ayrıntılı incelenecektir.

ÇHS ve ÇHKAS dışında çocuğun katılım hakkı; Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme (1980)⁶⁰, Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi (2006)⁶¹, Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı⁶², (1990), Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Gözden Geçirilmiş Avrupa Sözleşmesi⁶³,nde (2008) koruma altına alınmıştır. Son zikredilen sözleşmenin hükümlerine ilerleyen bölümlerde yer verilecektir.

Çocuk Hakları Komitesi, 2006 yılında “Çocuğun katılım hakkı” başlıklı bir genel müzakere günü düzenlemiş, bunun neticesinde tavsiye kararlar oluşturmuştur⁶⁴. Fakat Komitenin vermiş olduğu tavsiye kararlar daha sonra Çocuğun Katılım Hakkı başlıklı 12 No’lu Genel Yorum’a dahil olduğu için bu çalışmada bu belge üzerinde durulmamaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi⁶⁵,nde ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi⁶⁶,nde düzenlenen kişi olarak tanınma hakkı ve adil yargılanma hakkı

⁶⁰ Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı (Hague Conference on Private International Law) tarafından kabul edilen iş bu Sözleşme 25.10.1980’de imzaya açılmıştır. 01.12.1983’te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 21.01.1998’de imzalamış, Sözleşme Türkiye’de 01.08.2000’de yürürlüğe girmiştir (Çevrimiçi), <https://www.hcch.net>, 05.09.2019, Madde 13/b: “...Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir...”, (Çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr>, 22.08.2019.

⁶¹ BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen iş bu Sözleşme, 13 Aralık 2006’da imzalanmıştır, 03.05.2008’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi, 30.03.2007’de imzalamış, 28.09.2008’de yürürlüğe koymuştur, (Çevrimiçi), <https://treaties.un.org>, 05.09.2019, Madde 7/3: “Taraflar Devletler engelli çocukların kendilerini etkileyen her konuda diğer çocuklarla eşit koşullar altında görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına sahip olmalarını, yaşları ve olgunluk seviyelerine göre görüşlerine önem verilmesini ve onlara bu hakkın tanınması için engeline ve yaşına uygun destek sunulmasını sağlar”, (Çevrimiçi), <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr>, 22.08.2019.

⁶² İş bu Sözleşme, Afrika Birliği tarafından, 01.07.1990’da kabul edilmiş, 29.11.1999’da yürürlüğe girmiştir, (Çevrimiçi), <https://au.int/en>, 05.09.2019, md. 4, f. 2: “Kendi görüşlerini ifade edebilme gücüne sahip bir çocuğu ilgilendiren bütün yargısal ve idari işlemlerde/(davalarda), doğrudan yahut o işlemlerin bir tarafı durumundaki bir tarafsız temsilci vasıtasıyla çocuğun görüşlerinin dinlenilmesi için fırsat tanınacaktır, ve söz konusu görüşler, konuyu düzenleyen yasa hükümlerine uygun olarak, ilgili makam tarafından dikkate alınacaktır”, Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt, Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal, 2011, s. 1038, 1039.

⁶³ İş bu Sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından, 27.11.2008’de kabul edilmiş, 01.09.2011’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşme’ye taraf değildir.

⁶⁴ Committee on the Rights of the Child, Days of General Discussion – The Right of the Child to be Heard, 29 September 2006, (Çevrimiçi), <https://www.ohchr.org>, 13.04.2019.

⁶⁵ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10.11.1948 yılında kabul edilmiştir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmemiştir. Fakat ÇHS md. 7'de düzenlenen çocuğun nüfus kütüğüne kaydedilme, doğumundan itibaren bir isim hakkına sahip olma haklarının, kişi olarak tanınma hakkının yerine geçtiği düşünülebilir. Neredeyse bütün hukuk sistemleri, bazı kategorideki insanların kendi haklarını bizzat kullanmalarına izin vermemiştir. Bu husus çocukları ilgilendiren konularda önem taşımaktadır zira küçüklük kavramının esası sınırlı ehliyetsizliktir. Bu sebeple bu iki hak ÇHS'de yer bulmamıştır. ÇHS'yi hazırlayanlar, bu hakları olduğu gibi tanımak yerine küçük statüsünde olmalarına bakmaksızın hangi çocukların bu hakları kullanmaya yetkili olduklarını tanımlamaya çalışmışlardır⁶⁷. ÇHS md. 12'nin de adil yargılanma hakkının yerine geçeceği düşünülmüş olabilir⁶⁸.

BM Genel Kurulu 19.12.2011 tarihinde 66/138 sayılı kararla, Çocuk Hakları Sözleşmesi Bireysel Şikayete ilişkin Seçmeli Protokolü'nü kabul etmiştir. Protokol, Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir. Seçmeli protokol 45 ülkede yürürlüğe girmiştir⁶⁹. Bu protokol ile çocukların Çocuk Hakları Komitesi'ne bireysel başvuruda bulunması mümkün olmuştur.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNDE ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ DAYANAKLARI

A. Çocuğun Katılım Hakkına Dayanak Olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Maddeleri

1. Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrası; *“Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına*

⁶⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen iş bu Sözleşme 16.12.1966'da imzalanmış, 23.03.1976'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 15.08.2000'de imzalamış, 23.09.2003'te yürürlüğe koymuştur, (Çevrimiçi), <https://treaties.un.org>, 05.09.2019.

⁶⁷ 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**, Florence, Unicef Innocenti Research Centre, 2009, s. 2, (Çevrimiçi), <https://www.unicef-irc.org>, 17.11.2018.

⁶⁸ O'Donnell, **a.g.e.**, s. 3.

⁶⁹ Türkiye bu Protokolü 24.09.2012'de imzalamış, 26.11.2017'de yürürlüğe koymuştur, (Çevrimiçi), <https://www.ohchr.org>, 20.08.2019.

*sahiptir*⁷⁰” şeklindedir. AİHS md. 8 *her kişi* şeklinde başladığından, çocuklar da özel yaşama saygı hakkının öznesidir. Mahkeme içtihatlarında da bu hakkın kullanımıyla ilgili asgari bir yaşa ya da belirli yaş aralıklarına rastlanmamaktadır. Fakat Mahkeme aynı ya da benzer olgulara sahip kimi davalarda, başvurunun çocuk veya yetişkin olmasına bağlı olarak farklı sonuçlara ulaşmıştır. Çocuğun yaşı, olgunluk düzeyi, durumunu anlayabilme ve durumuna ilişkin karar verebilme yeteneği AİHM’nin değerlendirmesi bakımından etkili olmuştur⁷¹.

AİHS md. 8’de düzenlenen aile hayatının korunması hakkı, bu haktan kaynaklanan usuli yükümlülükler sebebiyle çocuğun dinlenilmesi meselesinde en öne çıkan haktır⁷². Usuli yükümlülük; pozitif yükümlülüklerin bir gereği olarak, hakka müdahale sonucunu doğuran kararların alınması sürecinde, bir takım usuli güvencelerin bireylere sağlanması gerekliliğini ifade etmektedir⁷³.

Özel yaşama saygı hakkı ve çocuğun katılım hakkı arasındaki ilişkiyi gösteren kişisel özerklik kavramı ile çocuğun katılım hakkına ilişkin AİHM kararlarında yer bulan aile kavramı incelenecektir.

a. Kişisel Özerklik Kavramı

Özel yaşama saygı hakkı kişisel özerklik hakkını da içinde barındırır. Kişisel özerklik; kişinin kendi özel ve aile hayatını nasıl yöneteceği, kendini gerçekleştirme ile ilgilidir⁷⁴. AİHM, *M. and M. Croatia* vakasında, kişisel özerklik hakkının, kişinin kendi hayatına dair özgürce kararlar alabilmesi anlamına geldiğini, kişisel özerklik hakkının alanın, çocuklarda farklı olduğunu belirtmiştir. Buna göre, çocuklar, yetişkinler gibi tam bir özerkliğe sahip değildir fakat hakların öznesidirler. Çocukların bu kısıtlı özerkliği, gelişen olgunlukları ile beraber artar. Bu ilke, çocukların danışılma ve dinlenilme haklarında da uygulanır. AİHM, bu ilkenin ÇHS md. 12’de düzenlendiğini belirterek kişisel özerklik ve ÇHS md. 12 arasında bağlantı kurmuştur⁷⁵.

⁷⁰ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt, Bölgesel Sistemler*, s. 11.

⁷¹ Gülay Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul, Beta, 2011, s. 12, 13.

⁷² “The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15/ 3, 2011, s. 444.

⁷³ Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s. 58.

⁷⁴ Fernandez Martinez v. Spain, app. no. 56030/07, 12.06.2014, para. 126.

⁷⁵ M. and M. v. Croatia, app. no. 10161/13, 03.12.2015, para. 171.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aile Tanımı

Aile kavramının uluslararası alanda kabul edilmiş hukuki bir tanımı yoktur. En yerleşmiş tanım ise Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin başlangıcında kabul edilen⁷⁶ ailenin “toplumun temel birimi” olduğudur. Bu tanım 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 16. maddesinde⁷⁷ de kullanılmıştı. BM İnsan Hakları Komitesi, aile kavramının geniş yorumlanması gerektiğini, ayrımcılık teşkil eden bir tanımlama yapılmaması gerektiğini belirtmiştir⁷⁸. AİHM'nin bir aile tanımı yoktur. Çocuk ve ilgili kişi arasında aile bağı olup olmadığı ise somut olaya göre değişmektedir⁷⁹. *K. and T. v. Finland* vakasında Mahkeme, aile yaşamının varlığının yakın kişisel bağların bulunmasına bağlı olduğunu belirtmiştir⁸⁰.

Örnek olması bakımından aşağıda incelenen *Jucius and Juciuvienė v. Lithuania* vakası aile bağının varlığı açısından ele alınabilir. Vakada başvuruçular çocukların teyzesi ve eniştesidir. Anne babalarının ölümünden beri dört yıl boyunca çocuklar teyzeleri ile beraber kalmıştır. Daha sonra yerel mahkeme çocukların velayetini babaanneleri ve dedelerine vermiştir. AİHM, dava boyunca başvuranların, çocukların geçici velayeti için başvurduklarını ve çocukları evlat edinmek için hukuki olarak harekete geçtiklerini belirtmiştir. Buradan yaşamlarına çocuklarla beraber devam etmek niyetleri olduğu anlaşılmaktadır. AİHM, ayrıca çocuklardan birinin başvuranların evinden ayrılıp babaannesinin evine gitmek istemediğini göz önünde bulundurmıştır. AİHM, tüm bu şartlar altında başvuranlar ve çocuklar arasında 8. madde bağlamında gerçek aile yaşamı olduğuna hükmetmiştir⁸¹.

Aile bağı kurulduğunda taraf devletler bu bağı kuvvetlendirme ilkesiyle hareket etmelidir⁸².

⁷⁶ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri - II. Cilt - Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2011, s. 595.

⁷⁷ EİHB m.16/3: “Aile toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.”, Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri - II. Cilt - Uluslararası Sistemler**, s. 12.

⁷⁸ Report of the Human Rights Committee, UN Doc. A/36/40/1981, para. 90.

⁷⁹ Khazova, **a.g.m.**, s. 162.

⁸⁰ K. and T. v. Finland, app. no. 25702/94, 12.07.2001, para. 150.

⁸¹ Jucius and Juciuvienė v. Lithuania, app. no. 14414/03, 25.02.2009, para. 27.

⁸² Kutzner v. Germany, app. no. 46544/99, 26.02.2002, para. 61.

2. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, AİHS'nin 6. maddesinde koruma altına alınmıştır. 6. madde; “Her kişi, medeni hak ve yükümlülüklerinin ... karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir”⁸³, şeklinde başlamaktadır. Yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkı, adil yargılanma hakkı çerçevesinde korunmaktadır⁸⁴. Bu sebeple adil yargılanma hakkı, çocuğun katılım hakkı ile doğrudan ilgilidir. AİHM, AİHS md. 6 çerçevesinde, çocuğun mahkemede neler söylendiğini genel çerçevesiyle anlaması gerektiğine işaret etmiştir⁸⁵.

AİHS md. 6, çocuğun temsili kurumunun geliştirilmesi bakımından potansiyele sahip olmasına ve çocuğun her alandaki yargılamaya etkili katılımına ilişkin olmasına rağmen AİHM, adil yargılanma hakkına çoğunlukla, çocuğun ceza yargılamasına katılımına ilişkin başvurmaktadır⁸⁶. Bakım (care), velayet ve kişisel ilişki davaları, çocuğun medeni hakları ile doğrudan ilişkilidir. Bu tür davalarda çocuğun görüşüne başvurulmazsa çocuk adil yargılanma hakkından da yararlanamamış olur⁸⁷. Fakat AİHM, aile meselelerine ilişkin önüne gelen vakalarda genellikle, başvuran hem adil yargılanma hakkının hem de özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etse de, AİHS md. 8 çerçevesinde inceleme yapmayı tercih etmektedir.

Örneğin, AİHM'nin önüne gelen *Roche v. Malta* vakasında başvuran, ikinci başvuran olan çocuğuna yerel mahkemelerde avukat tayin edilmediği için AİHS md. 6'nın ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM, bu iddiayı da AİHS md. 8 çerçevesinde değerlendireceğine karar vermiştir. Buna göre, her ne kadar 6. madde kişinin medeni

⁸³ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt, Bölgesel Sistemler*, s. 10.

⁸⁴ Sibel Inceoglu, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, ed.: Sibel Inceoglu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s. 243.

⁸⁵ S.C. v. United Kingdom, app. no. 60958/00, 10.11.2004, para. 29.

⁸⁶ Jane Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, s. 238.

⁸⁷ Aoife Daly, “The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights”, *The International Journal of Human Rights*, C:XV, S: 3, 2011, sa. 441-461, s. 445.

hak ve yükümlülüklerini korusa da 8. madde aile hayatına daha geniş bir koruma sağlamaktadır⁸⁸.

AİHM, çocukla kişisel ilişki kurma davalarında, süre konusunda istisnai bir dikkat göstermek gerektiğini hatırlatmıştır. Zira, geçen süre, sonucun fiilen belirlenmesine sebebiyet verebilir. Bu sebeple, çocuğa erişimle ilgili davalarda AİHS md. 6, f. 1'in de gereği olarak, davanın makul sürede sonlandırılması gerekir. Ayrıca bu görev, AİHS md. 8'den kaynaklanan usuli yükümlülüklerin de bir gereğidir. AİHM, olay özelinde, AİHS md. 6/f. 1'in ve md. 8'in aynı amacı taşıdığını belirtmiştir⁸⁹.

3. Ayrımcılık Yasağı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi, taraf devletleri, yargı yetkilerinde bulunan herkesin Sözleşme'de düzenlenen haklardan yararlanmasını sağlamakla yükümlü kılmıştır. AİHS md. 14'te ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir. Buna göre; *“Bu Sözleşme’de düzenlenen haklarda ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır”*⁹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa sahip değilse veya kullanılan araç gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı değilse ayrımcılık oluşacağına karar vermiştir⁹¹.

Yargılama süreçlerinin öznesi konumunda olan çocuğa, aynı sürece dahil olan yetişkinlere sağlandığı kadar katılım haklarının sağlanmamasının ayrımcılık teşkil edip etmediği tartışmalıdır⁹². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde tüm farklı muameleler, ayrımcılık teşkil etmez. AİHS, keyfi, gereksiz ve orantısız muameleleri yasaklar. Bunun sonucu olarak, çocukların eşitlik ilkesinin dışında

⁸⁸ Roche v. Malta, app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 88.

⁸⁹ Süß v. Germany, app. no. 40324/98, 12.04.2006, para. 100, 110.

⁹⁰ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt, Bölgesel Sistemler*, s. 13.

⁹¹ Marckx v. Belgium, app. no. 6833/74, Court, 13.06.1979, para. 33.

⁹² Daly, “The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights” s. 444.

olduğunu iddia edenler bunu kanıtlamakla yükümlüdürler⁹³.

B. Çocuğun Katılım Hakkına Dayanak Oluşturan İlke ve Yorum Yöntemleri

1. İnsan Haklarının Bütünselliği İlkesi

Bütün insan hakları ve temel özgürlükler birbirine bağlıdır⁹⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen çocuk vakalarında, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni yorumlamak için araç olarak kullanması, insan haklarının bütünselliği ilkesi çerçevesinde meşrulaştırılabilir⁹⁵.

2. Evrimci Yorum Yöntemi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, açıkça Sözleşme'nin (AİHS) yaşayan bir belge olduğunu kabul etmiştir⁹⁶. Buna göre, Sözleşme, o zamanki hukuki ve sosyal duruma göre değişim gösterir. Bu yaklaşım, AİHS'nin hukuki ve toplumsal etkilerden kendini soyutlayamayacağını kabul etmektedir⁹⁷. Bununla Mahkeme, Sözleşme'nin meşruiyetini devam ettirmek için modern, çağdaş koşullara ayak uyduracağını taahhüt etmiştir. Buna göre, Mahkeme tarafından belli bir dönemde ihlal olarak nitelenmeyen bir eylem ya da işlem, zamanın geçmesi ve şartların değişmesiyle beraber ihlal olarak nitelendirilebilir⁹⁸. AİHM'nin, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzlemde; gelişen, karmaşıkleşan ve değişen hukuk düzeninde, hukuki duruma ayak uydurma gibi meşakkatli bir görevi vardır. Son yıllarda Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi çatısı altında çocuk hakları ile ilgili pek çok belge kabul edilmiştir. Bu durum, devletlerin çocuk haklarını koruma ve artırma yönünde görüş

⁹³ Geraldine Van Bueren, **Child Rights in Europe**, Belgium, Council of Europe Publishing, 2007, s. 41.

⁹⁴ UN Doc. 41/128, General Assembly, 04.12.1986.

⁹⁵ Kilkelly, "Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach", s. 336.

⁹⁶ Tyrer v. United Kingdom, app. no. 5856/72, 25.04.1978, para. 31.

⁹⁷ Ursula Kilkelly, "The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child", **Human Rights Quarterly**, 23, s. 313.

⁹⁸ H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005, s. 71.

birliğinde olduğunu gösterdiğinden olumlu bir gelişmedir⁹⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, birtakım hakları Sözleşme'de açıkça sayılmayan fakat Sözleşme'den kaynaklanan haklar olarak yorumlaması da çocuğun katılım hakkının Mahkeme tarafından sözleşmesel bir hak olarak yorumlanmasına kapı aralamıştır. AİHM, *Young, James and Webster v. United Kingdom*¹⁰⁰ kararında, Sözleşmeyi yazanların niyet etmediği bir hakkı sözleşmeden çıkarmakla, evrimci yorum yöntemini ileri düzeye taşımıştır¹⁰¹. Fakat bu AİHM'nin AİHS'den yeni bir hak çıkaracak biçimde uluslararası sözleşmeleri AİHS'nin içerisine dahil ettiği anlamına gelmez. AİHS'de mevcut olan hakların kapsamını yorum yoluyla belirlediği anlamına gelir. AİHS'nin yaşayan bir belge olması ve pek çok hak ve teriminin ÇHS ile paralel olması, AİHM'ye çocuk hakları lehine yorum yapması için geniş bir alan bırakmaktadır¹⁰².

3. Takdir Marjı Öğretisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin hakka müdahale ederken takdir marjını aşıp aşmadığı değerlendirmesinde; müdahaleyi yapan devletin yetkili organlarının maddi olgularla doğrudan temas içinde olduklarını, bu sebeple bir müdahalenin gerekip gerekmediğini değerlendirme bakımından AİHM'den daha iyi bir konumda olduklarını ifade etmiştir. Bu müdahalelere devletlerin sınırsız bir takdir yetkisi yoktur¹⁰³. AİHM'nin ikincil bir denetimi söz konusudur¹⁰⁴.

AİHM'nin takdir marjı öğretisi de çocuğun katılım hakkını AİHS çerçevesinde yorumlamaya imkan sağlamaktadır¹⁰⁵. Takdir marjı öğretisi çalışmanın konusu bakımından önemlidir. AİHS metninde geçmeyip AİHM'nin yorum yoluyla türettiği

⁹⁹ Kilkelly, "The CRC in Litigation under the ECHR", s. 196.

¹⁰⁰ AİHM bu içtihadında ticari birliklerin de her ne kadar madde lafzında geçmese de AİHS'nin 11. maddesinde koruma altına alınan dernek kurma özgürlüğüne dahil olduğuna hükmetmiştir, *Young, James and Webster v. United Kingdom*, app. no: 7601/76, 7806/77, 13.08.1981, para. 50.

¹⁰¹ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 443.

¹⁰² Van Bueren, *a.g.e.*, s. 19.

¹⁰³ *Handyside v. UK*, app. no. 5493/72, 07.12.1976, para. 48-49.

¹⁰⁴ Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama ve Güvence Rejimi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, ed.: Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s. 32.

¹⁰⁵ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 442.

bu öğretiye göre, taraf devletler kültürel, felsefi, tarihi nedenlerle sözleşmeyi farklı yorumlayabilmektedir. Mahkemenin önüne çocuğun 6. ve 8. maddede düzenlenen haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bir vaka geldiğinde, Mahkeme'nin devletlerin takdir marjını dikkate alması burada çocuk lehine bir karar çıkmasını engelleyebilir. Mahkeme, kimlerin mahkemeye erişim hakkı bulunduğu dair devletlerin geniş bir takdir marjından yararlanabileceğini kabul etmiştir. Bu kabul, çocukların mahkemeye erişim hakkının sınırlanabilmesine, dolayısıyla katılım haklarının sınırlanmasına sebep olabilir¹⁰⁶.

Yetkili ulusal mercilere tanınan takdir marjı, meselenin doğası ve söz konusu olaydaki menfaatlere göre değişiklik gösterir. Mahkeme, velayete karar verirken ulusal mercilere geniş bir takdir marjı tanımıştır. Fakat ebeveynin kişisel ilişki kurma hakkına kısıtlama getirilmesi, ebeveyn ve çocuğun aile yaşamına saygı hakkını korumak için hukuki koruma getirilmesi gibi sınırlamalarda AİHM, katı bir inceleme yapmak gerektiğini belirtmiştir. Bu şekilde, bu tür sınırlamaların sebebiyet verdiği ebeveyn ve çocuk arasındaki aile ilişkisinin zarar görmesi tehlikesi kayda değer bir şekilde azaltılacaktır. Ebeveynin çocuğuyla kişisel ilişki kurmasının kısıtlanması gibi durumlarda AİHM, ilgili devletin takdir yetkisini sıkı bir denetimden geçirir. Buna göre, yerel makamlar, çocuk ve ebeveynin menfaatleri arasında adil bir denge gözetmeli ve çocuğun en üstün menfaatlerine özel bir önem atfetmelidir¹⁰⁷.

AİHM, çocuğun açıkladığı görüşün belirleyici olup olmayacağının taraf devletin takdir yetkisinde olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸.

Hokkanen v. Finland davasında Mahkeme, çocuğun görüşünün alınmasında devletin takdir yetkisini ön planda tutmuştur¹⁰⁹. Mahkeme, velayete karar vermede yetkililerin geniş bir takdir yetkisinden yararlandığını kabul etmektedir. Fakat çocuğun ve ebeveynin aile yaşamına saygı hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi için, şu iki durumda herhangi bir kısıtlama yapıldığında, AİHM, sıkı bir inceleme yapar. Bunlar; ebeveynin kişisel ilişki kurma hakkına yapılan kısıtlamalar ve yasal

¹⁰⁶ A.e., s. 446.

¹⁰⁷ Elsholz v. Germany, app. no. 25735/94, 13.07.2000, para. 49.

¹⁰⁸ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 446.

¹⁰⁹ A.e., s. 450.

korumaya karar verildiği durumlardır¹¹⁰.

Devletler, aile meselelerinde karar verirken çocuğa ne ölçüde danışılacağı ve sonuca ulaşırken çocuğun görüşünün ne ölçüde dikkate alınacağı hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir¹¹¹.

4. Pozitif Yükümlülükler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8. maddenin esasen bireyleri, kamu yetkilileri tarafından yapılan müdahalelere karşı koruduğunu belirtmiştir. Bununla beraber, devletin bu negatif yükümlülüğü yanında, özel yaşama saygının etkin bir şekilde korunabilmesi için pozitif yükümlülükleri de vardır¹¹².

Pozitif yükümlülükler doktrini çocuk haklarının AİHM tarafından tanınmasını sağladığı gibi, AİHM'nin yeni hukuki gereklilik ve kurallarla çocuk haklarına katkı yapmasını da sağlar¹¹³.

Her ne kadar AİHS'nin lafzından devletlerin sadece negatif yükümlülüklerinin olduğu anlamı çıksa da devletlerin Sözleşme çerçevesinde pozitif yükümlülükleri de vardır. Devletler, kişileri, haklarına yapılabilecek müdahalelerden korumak ve sözleşmesel haklarından tamamıyla yararlanmalarını sağlamakla yükümlüdürler. Çocuk haklarının AİHS çerçevesinde hayata geçirilebilmesi için pozitif yükümlülükler olmazsa olmazdır. Çocuklar tamamıyla yetişkinlerin faaliyette bulunduğu bir dünyada yaşamaktadır ve gelecekleri hukuk sistemi tarafından belirlenmektedir. Çocukların bu sisteme yeterli katılımlarının sağlanabilmesi için bu yapılar vasi veya kayyım gibi kanallarla çocuklara uyumlu hale getirilmelidir. Etkililik ilkesi ilk defa *Airey v. Ireland* kararında telaffuz edilmiştir. Buna göre, sözleşme hakları teorik olarak korumaz, pratik ve etkili bir şekilde koruma sağlar¹¹⁴. *McCann v. United Kingdom* kararı da konu ile ilgili olarak zikredilebilir. Adil yargılanma hakkının mali bir yönü olduğuna da dikkat çeken Mahkeme, devletin adli

¹¹⁰ Z.J. v. Lithuania, app. no. 60092/12, 01.04.2014, para. 97.

¹¹¹ Ursula Kilkelly, **The Child and European Convention on Human Rights**, London, Routledge, 1999, s. 117, 118.

¹¹² Söderman v. Sweden, app. no. 5786/08, 12.11.2013, para. 78.

¹¹³ Ursula Kilkelly, "Protecting Children's Rights Under the ECHR: The Role of Positive Obligations", **Nilq**, 61(3), 245-261, 2010, s. 245.

¹¹⁴ Airey v. Ireland, app. no. 6289/73, 09.10.1979, para. 24.

yardım müessesesini harekete geçirmesi gerektiğine karar vermiştir¹¹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS md. 8 açıkça usuli yükümlülükler içermese de, karar verme sürecinin adil olması, tarafların Sözleşme çerçevesinde korunan menfaatlerine saygı gösterilmesi gerektiğine karar vermiştir. AİHM, ebeveynin karar verme sürecine katılımı sağlanmadan, menfaatlerinin korunamayacağını kabul etmiştir¹¹⁶. AİHS md. 8'in sağladığı usuli güvenceler AİHS md. 6/ f. 1'de öngörülenden daha geniş kapsamda olabilmektedir¹¹⁷.

Mahkeme, *Jucius and Juciuvienė v. Lithuania* vakasında, başvuranın karar verme sürecine etkin bir şekilde katıldığını, haklarına gereken korumanın sağlandığını belirtmiştir. Mahkeme, aksi durumda başvuranın aile hayatının ihlal edileceğini, zira böyle bir durumda müdahalenin gereklilik şartını taşımayacağını belirtmiştir¹¹⁸. Bu karardan etkin katılımın pozitif bir yükümlülük olduğu sonucu çıkmaktadır.

AİHM, aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde ebeveynlerin bu hüküm çerçevesindeki haklarının korunması için karar verme süreçlerine katılımlarının sağlanmasının pozitif bir yükümlülük olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM önündeki başvuruçular çocuğunlukla yetişkinler olmaktadır. Çocukların başvuruçu olduğu vaka sayısı az olmakla beraber çocukların tek başına başvuruçu olduğu vaka nadirdir¹¹⁹.

AİHM, *Roche v. Malta* vakasında 8. madde çerçevesinde açıkça usuli yükümlülüklerin tanınmamış olduğunu belirtmiş fakat başvuranın menfaatlerinin korunması için karar verme süreçlerine dahil edilmesi gerektiğini eklemiştir. Buna göre, çocuk davalarında yukarıdaki ilkelerin çocuğun danışılma ve dinlenilme (katılım) hakkına da uygulanması gerekir. Mahkeme *Plaza v. Poland* kararı ile zamanla ve olgunlukla, anne ve/veya babasıyla görüşmeleri ile ilgili olarak kendi görüşlerini oluşturabilen çocukların, görüşlerine ve hislerine mahkemelerin özel

¹¹⁵ McCann v. United Kingdom, app. no. 18984/91, 27.09.1995, para. 157.

¹¹⁶ Süß v. Germany, app. no. 40324/98, 12.04.2006, para. 89.

¹¹⁷ Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s. 59.

¹¹⁸ Jucius and Juciuvienė v. Lithuania, app. no. 14414/03, 25.02.2009, para. 30.

¹¹⁹ Kilkelly, "The CRC in Litigation under the ECHR", ed.: Ton Liefaard and Jaap E Doek, **Litigating the Rights of the Child**, Springer, 2014, s. 199.

yaşama saygı hakkı çerçevesinde belirli bir ağırlık vermeleri gerektiğini belirtmiştir¹²⁰. Mahkeme, bu tür davalarda başvuran ve çocuk arasındaki ilişkide geri dönüşü olmayan sonuçlara sebebiyet verilmemesi için yeterli önlemlerin süratle alınması gerektiğini yinelemektedir. Mahkeme, bu kararında, çocukla ebeveyn ilişkisinin sağlanması için, daha fazla müeyyide velayet sahibi anne veya babayı caydırmayacak olsa da devletin tüm önlemleri alması gerektiğine bir kez daha dikkat çekmiştir¹²¹.

Devletin aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde pozitif yükümlülükleri vardır. Bir aile bağı söz konusu olduğunda devlet, bu aile bağının gelişmesi ve çocuk ve anne ve/veya babanın yeniden birleşmesi için gerekli önlemleri almalıdır. Koruyucu aileyle yaşayan çocukların, biyolojik ailelerine geri dönmeleri bir hazırlık sürecini gerektirebilir. Bu konuda, ulusal makamlar en üstün çabayı göstermekle yükümlüdür, fakat zora başvurma yolu özellikle çocukların yararları dikkate alındığında sınırlı olmalıdır¹²².

Etkili olmayan veya gecikmiş velayet davası yargılaması da 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerle aykırılık oluşturur¹²³.

AIHM, ebeveynin çocuğuyla ilişkisi ile ilgili olarak, 8. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüklerin özel bir önemi olduğunu ifade etmiştir. Çocuklarla kişisel ilişki kurma davalarında, süre konusunda istisnai bir dikkat göstermek gerekmektedir. Zira geçen süre, sonucun fiilen belirlenmesine sebebiyet verebilir. Çocuk ve ebeveyn birbirinden uzaklaşabilir. Bunun önlenmesi bakımından bu tür davaların süratle sonuca ulaşması gerekir. Bu görev yalnızca velayet ve kişisel ilişki davaları sürerken değil, bu haklar uygulanırken de geçerlidir. Ayrıca bu görev, 8. maddeden kaynaklanan usuli yükümlülüklerin de bir gereğidir¹²⁴.

Devletlerin, AIHS md. 8'den kaynaklanan, çocuğuyla kişisel ilişki kurma hakkının uygulanması ile ilgili olarak, çocuk ve ebeveynlerden birinin birleşmesini sağlama yükümlülüğü vardır¹²⁵. Çocuk ve ebeveynin birleşmemesinin sebebi,

¹²⁰ Roche v. Malta, app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 96.

¹²¹ Nita v. Romania, app. no. 30305/16, 03.07.2018, para. 36.

¹²² Z.J. v. Lithuania, app. no. 60092/12, 01.04.2014, para. 99.

¹²³ M. and M. v. Croatia, app. no. 10161/13, 03.12.2015, para. 179.

¹²⁴ Süß v. Germany, app. no. 40324/98, 12.04.2006, para. 100, Jucius and Juciuvienė v. Lithuania, app. no. 14414/03, 25.02.2009, para. 32.

¹²⁵ Pascal v. Romania, app. no. 805/09, 17.04.2012, para. 69.

ebeveynler arasındaki uyuşmazlıklardan ileri geliyor olsa bile taraf devletlerin, çocuğun yararını üstün tutmak koşuluyla, çatışan çıkarları uzlaştırma yükümlülüğü vardır¹²⁶.



¹²⁶ G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 19.01.2016, para. 93.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI'NIN TEORİK ÇERÇEVESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocuğun katılım hakkına yönelik içtihatlarının büyük bir kısmında ÇHS md. 12'ye atıf yapmıştır. Çocuğun katılım hakkı, ÇHS md. 12'de koruma altına alınmıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin denetim organı olan Çocuk Hakları Komitesi, 12 No'lu Genel Yorum'unda, çocuğun katılım hakkının kapsamını ortaya koymuştur. Bu sebeple, çocuğun katılım hakkı 12 No'lu Genel Yorum ışığında ele alınacaktır. Genel Yorum, Çocuk Hakları Komitesi için taraf devletlerin yükümlülüklerine rehberlik etmesi açısından iyi bir araçtır¹²⁷.

ÇHS md. 12'den başka, ÇHS md. 9 f. 2'de de çocuğun adli yargılamaya katılım hakkı düzenlenmiştir. Çocuğun anne veya babasından ayrılmasını düzenleyen bu maddeye göre, ayırma işlemleriyle ilgili bütün tarafların işlemlere katılma ve görüşlerini bildirme hakkı vardır. Çocuğun da ilgili taraf olduğu kuşkusuzdur. Bundan başka ÇHS md. 37/f. d'de de özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğun, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka aykırılığını bir mahkeme ya da bağımsız ve tarafsız bir makam önünde iddia etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu madde de çocuğun katılım hakkı ile ilgilidir. Fakat çalışmada özel hukuk meselelerinde çocuğun katılım hakkı incelendiğinden, ÇHS md. 9 ve 12. üzerinde durulmaktadır.

I. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ HUKUKİ ANALİZİ

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, Sözleşme'nin en geniş kapsamlı, en radikal, aynı zamanda en çok ihlal edilen maddesi olarak tanımlanmıştır¹²⁸.

ÇHS'nin 12. maddesi şu şekildedir: *"1. Taraf devletler, kendi görüşlerini oluşturma yetisine (yeteneğine)¹²⁹ sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda bu görüşlerini özgürce ifade etmesi hakkını, çocuğun yaşına ve olgunluk düzeyine uygun olarak onun görüşlerine gereken ağırlığı vermek suretiyle, tanıyacaklardır. 2. Bu amaçla, özellikle*

¹²⁷ O'Donnell, **a.g.e.**, s. 1.

¹²⁸ Harry Shier, "Pathways to Participation: Openings, Opportunities and Obligations", **Children and Society**, Vol. 15, 2001, s. 108.

¹²⁹ Bu ifade yazar tarafından eklenmiştir.

çocuğun durumu üzerinde etki doğuran herhangi bir yargısal/(adli) ve idari işlemlerde/(yargılamada) (“proceedings”), bizzat/(doğrudan) ya da bir temsilci yahut uygun bir makam aracılığıyla dinlenilmesi fırsatı/(olanağı) çocuğa tanınacaktır”¹³⁰.

ÇHS md.12, çocuklara özerklik tanımaz ya da çocukların görüşlerinin kabul göreceği anlamına gelmez. ÇHS md. 12, özerklikle değil katılım ve danışma ile ilgilidir¹³¹.

ÇHS md. 12, çocukların birey olarak, özel bir grup olarak ve topluca kullanabilecekleri haklar için geçerlidir¹³². Çocukların medeni yargılamalarda ceza yargılamalarına göre daha fazla kararı etkileme alanları vardır. Zira çocuğun menfaatleri devletle daha az çatışmaktadır¹³³. ÇHS md. 12’de koruma altına alınan çocuğun katılım hakkı, hem maddi hem de usuli bir haktır¹³⁴.

ÇHS md. 12’de, her çocuğun kendisini etkileyen her konuda görüşlerini özgürce açıklayabileceği ve bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluğu ölçüsünde gereken ağırlığın verilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu madde; çocuk adli mekanizmayla bir şekilde temasa geçtiğinde, örneğin aile mahkemesinde en üstün yararına karar verilirken, yetiştirilmesinde yetişkinler ihtilafa düşmüşken, çocuğun haklarına, görüşlerine, deneyimlerine güçlü bir vurgu yapmaktadır¹³⁵. Bu madde, taraf devletlere, bu hakkın iç hukuklarında tanınması ve uygulamasının sağlanması yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülük, taraf devletlerin, ya kendi adli sistemlerinde hakkın doğrudan güvence altına alınması ile ya da başka bir kanunun kabulü ile çocukların bu haktan tam olarak yararlanmasını sağlamasını gerektirir. Madde metninde geçen “güvenceye alır”, “**shall assure**”, ifadesi özel ağırlığı olan bir hukuki terim olup, taraf devletlere bu hakkın tanınması noktasında takdir yetkisi tanımamaktadır. Taraf devletlerin bu hakkın bütün çocuklar bakımından tam olarak uygulanması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün iki unsuru vardır. Taraf devletler hem çocukların görüşlerini talep etmek bakımından

¹³⁰ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri - II. Cilt-Uluslararası Sistemler**, s. 602.

¹³¹ Fortin, **a.g.e.**, s. 236.

¹³² Lansdown, **Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 20.

¹³³ Daly, Rap, **a.g.m.**, s. 309.

¹³⁴ Kilkelly, “The CRC in Litigation under the ECHR”, s. 198.

¹³⁵ Aoife Daly, Stephanie Rap , “Children’s Participation in the Justice System”, **International Human Rights of Children**, 299-321, ed.: Ursula Kilkelly, Ton Liefaard, Springer, 2019, s. 300.

hem de bu görüşlere gereken ağırlığın verilmesi bakımından gerekli mekanizmaları sağlamakla yükümlüdürler¹³⁶. Bu madde, çocuğun yaşı ve olgunluğunu dikkate almaksızın çocuğun görüşünün alınmasını güvence altına alır. Çocuğun görüş oluşturabilme yeteneğine sahip olması şartı dışındaki diğer etkenler, yalnızca çocuğun görüşüne gereken ağırlığın verilmesinde dikkate alınır¹³⁷.

Çocuklar, bu hakkını kullanmama hakkına da sahiptirler. Katılım hakkını kullanmak bir tercihtir, yükümlülük değildir. Taraf devletler, çocuğun en üstün yararının bir gereği olarak, çocuğun karar verebilmesi için, gerekli tüm bilgi ve tavsiyeleri almasını sağlamalıdır. ÇHS md. 12, Sözleşme'nin genel bir ilkesi olduğundan, taraf devletlerin Sözleşme'de tanınan diğer haklar bakımından da bu ilkenin uygulanması için çaba sarf etmeleri gerekir¹³⁸.

A. Çocuğun Kendi Görüşlerini Oluşturma Yeteneğine Sahip Olması Şartı

Katılım hakkının uygulanabilmesi için, çocuğun kendi görüşlerini oluşturabilmesi gerekir. Bu ifade, çocuğun katılım hakkını sınırlayan bir ifade olarak görülmemelidir. Aksine taraf devletlere çocuğun özerk bir görüş oluşturabilme kapasitesini değerlendirme yükümlülüğü getirir¹³⁹.

Sözleşmede çocuğun katılımı için herhangi bir yaş sınırı öngörülmemiştir¹⁴⁰. Çocuk Hakları Komitesi de çocuğun katılım hakkını kullanabilmesi için herhangi bir yaş sınırı konmasının bu hakkın uygulanmasını zorlaştıracığı, bu sebeple yaş sınırı

konmaması gerektiği kanaatindedir¹⁴¹. Çocuk Hakları Komitesi, daha önce de, taraf devletlerin çocukların hak sahibi olarak görülmeleri için erken çocukluk

¹³⁶ CRC/C/GC/12, para. 19.

¹³⁷ Bilson Andy, White Sue, "Representing Children's Views and Best Interests in Court: An International Comparison", **Child Abuse Review**, Vol. 14, 2005, s. 222.

¹³⁸ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12, 20 July 2009, para. 15, 16, 17, <http://www.refworld.org>, UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), CRC/GC/2003/5, 27 November 2003, para. 12, (Çevrimiçi), <https://www.refworld.org>, 27.11.2018.

¹³⁹ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 20.

¹⁴⁰ A.e., s. 22.

¹⁴¹ CRC/C/GC/12, para. 21.

döneminden itibaren çocukların ifade özgürlüğüne özel bir önem verip, gereken tüm önlemleri almaları gerektiğine dikkat çekmiştir¹⁴².

Erken Çocuklukta Çocuk Haklarının Uygulanması başlıklı 7 No’lu Genel Yorum’da, yaşça küçük çocukların da görüşlerini ifade etme ve bu görüşlerinin dikkate alınması hakkına sahip olduğu, taraf devletlerin adli yargılamalar da dahil olmak üzere her alanda bu hakkı sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Çok küçük yaşlardan itibaren çocuklar, konuşma yeteneğinden yoksun olsalar bile, görüş oluşturabilme yeteneğine sahiptirler¹⁴³. Konuşma ve yazma dilini kullanamamaları da tercih yapabilirler, duygu düşünce ve dileklerini çeşitli yollarla ifade edebilirler¹⁴⁴. Konuşma yeteneğine sahip olmayan çocuklar, tercihlerini gösterebilmek için oyun, beden dili, yüz mimikleri, çizim ve resim gibi yöntemleri kullanabilirler¹⁴⁵. Çocukların birtakım araçlarla ifade ettikleri duygularının uzmanlar tarafından yorumlanması faydalı olabilir¹⁴⁶. Alderson, çok küçük yaştaki çocukların, her ne kadar karmaşık, hukuken geçerli olan kararlar veremeseler de, Piaget’in gelişim evrelerine bağlı olmaksızın, doğdukları andan itibaren bu yeteneği adım adım, zamanla kazandıkları görüşünü savunmuştur¹⁴⁷.

Cevaplanması gereken diğer bir soru ise çocuğun mevzubahis olan konu hakkında hangi ölçüde kavrayış sahibi olması gerektiğidir¹⁴⁸. Bir görüşe göre; çocuğun kendi görüşlerini oluşturma kapasitesine sahip olması ile kastedilen karşılaşacağı tüm problemleri etraflıca, her yönüyle bilmesi değildir. Mevzubahis konu ile ilgili bir fikre sahip olduğunun anlaşılması yeterlidir¹⁴⁹. Diğer bir görüş ise

¹⁴² UN Committee on the Rights of the Child, Day of General Discussion on Implementing Child Rights in Early Childhood, Final Recommendations, 37th Session, Geneva, 17 September 2004, (Çevrimiçi), <https://www.ohchr.org>, 12.08.2018.

¹⁴³ Lansdown, **Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 20.

¹⁴⁴ UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7, 2005, Implementing Child Rights in Early Childhood, 20 September 2006, CRC/C/GC/7/Rev.1, para. 14, (Çevrimiçi), <https://www.refworld.org>, 12.11.2018.

¹⁴⁵ Lansdown, **Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 21, CRC/C/GC/12, 2009, para. 21.

¹⁴⁶ Marie Françoise, Lücker Babel, “The Right of the Child to Express and to be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child”, **International Journal of Children’s Rights**, S: 3, 1995, s. 397.

¹⁴⁷ Priscilla Alderson, “Younger Children’s Individual Participation in all Matters Affecting the Child”, ed.: Barry Percy Smith , Nigel Thomas, **A Handbook of Children and Young People’s Participation: Perspectives from Theory and Practise**, London/Newyork, Routledge, 2010, s. 95.

¹⁴⁸ Thorburn Stern, **a.g.e.**, s. 57.

¹⁴⁹ Françoise, Babel, **a.g.m.**, s. 397.

çocuğun mevzubahis konu hakkında daha fazla bilgisinin olması gerektiği kanaatini taşımaktadır¹⁵⁰. Çocuk Hakları Komitesi, 12 No'lu Genel Yorum'da, çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip kabul edilebilmesi için mevzubahis konu hakkında etraflıca bir bilgi sahibi olması gerekmediğini ifade etmiştir. Çocuğun, konuyu kavrayabileceği düzeyde bilgiye sahip olması yeterlidir. ÇHK, çocuğun konuyu kavrayabilecek kapasiteye sahip olduğunu ispat etmek zorunda olmadığını, taraf devletin aksi bir sonuca varması ihtimalinde bunun sebebini ispat etmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁵¹. Başka bir deyişle çocuğun kendi görüşlerini oluşturma kapasitesine sahip olduğu bir ön kabuldür. Taraf devlet aksi bir sonuca vardığında bunu ispat etmelidir.

Diğer taraftan çocuğun psikolojik gelişimi bakımından görüşünü açıklama yeteneği ile hukuki açıdan görüşünü açıklama yeteneği aynı seviyede olmayabilir. Çocuğun psikolojik açıdan görüşünü açıklama yeteneğine sahip olduğu uzmanlarca belirlenmişse bu görüşünü açıklamasına imkan vermek gerekir¹⁵².

ÇHS md. 12'nin getirmiş olduğu güvence ayırım yapılmaksızın tüm çocuklar için geçerlidir. Seslerini duyurmakta güçlük çeken toplumdaki bazı istisna grupların bu haktan faydalanabilmesi için ek bazı önlemlerin alınması gerekir¹⁵³. Bu zorluklar sosyal yapıdan veya bu gruplara karşı geleneksel tutumdan ileri gelebileceği gibi çocuğun zihinsel veya fiziksel bir engelinden de kaynaklanabilir. Küçük çocuklar, bebekler, kız çocukları, engelli çocuklar, LGBTI çocuklar, azınlık grubuna mensup çocuklar, fakir çocuklar, sokak çocukları, kurumlarda kalan çocuklar, göçmen çocuklar ve yerli gruplara mensup çocuklar bu tür gruplara örnek olarak gösterilebilir. Bu mesele, ÇHS md. 2'de düzenlenen, Sözleşme'de güvenceye alınan tüm hakların ayırım yapılmaksızın bütün çocuklara sağlanması gerektiğine dair hükümle beraber düşünülmelidir¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Fiona Ang, Eva Berghmans, Lieve Cattrijsse, Isabelle Delens-Ravier, Marie Delplace, Valentina Staelens, Tiny Vandewiele, Caroline Vandesse and Mieke Verheyde, **Participation Rights of Children**, Intersentina, 2006, s. 12, 13, aktaran: Stern, **a.g.e.**, s. 57.

¹⁵¹ CRC/C/GC/12, para. 21.

¹⁵² Evgen Gülçin Elçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", **Çocuk Hakları Çalışmaları I**, ed.: Evgen Gülçin Elçin, Arzu Genç Ardemir, İstanbul, On iki levha, 2017, s. 14.

¹⁵³ CRC/C/GC/12, para. 21.

¹⁵⁴ Thorburn, Stern, **a.g.e.**, s. 57, ÇHS: 2/1: "Taraf devletler çocuğun ya da ane-babasının yahut kanuni vasisinin ırkı, rengi cinsiyeti, dili, dini, siyasal yahut diğer görüşü, ulusal, etnik ya da sosyal kökeni,

Seslerini duyurmakta güçlük çeken çocuk gruplarından birisi de engelli çocuklardır. Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin "Engelli Çocuklar" başlıklı 7. maddesinin 3. fıkrasında engelli çocukların kendilerini ilgilendiren her konuda görüşlerini ifade edebilme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, engelli çocukların yaşları ve olgunluk seviyelerine göre görüşlerine önem verilmeli, yaşlarına ve engellerine uygun destek sağlanmalıdır¹⁵⁵. Engelli Çocukların Hakları başlıklı ÇHK'nin 9 No'lu Genel Yorumu'nda da, engelli çocukların gelişen kapasitelerine koşut olarak, kendilerini etkileyen her türlü işlemde görüşlerine başvurulması ve bu görüşlerine saygı duyulması gerektiği belirtilmiştir. Engelli çocukların görüşlerini ifade edebilmeleri için ihtiyaç duydukları tüm araçlar sağlanmalıdır¹⁵⁶. ÇHK'nin 12 No'lu Genel Yorumu'nda da engelli çocukların görüşlerini ifade edebilmeleri için kendilerine uygun tüm iletişim araçlarının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁷. Engelli çocuklara, olgunlukları arttıkça karar verme hakları tanınmıştır. Fakat olgunluklarının artması da ancak çocukların karar verme süreçlerine etkin katılımlarının sağlanması ile mümkün olur¹⁵⁸.

Bazen çocuğun katılım hakkını kullanması çocuk bakımından olumsuz sonuçlara da yol açabilir. Yaşı küçük çocuklar açısından bu söz konusu olabilir. Özellikle suç, cinsel istismar, şiddet ya da başka bir biçimde kötü muamele mağduru çocuklar açısından taraf devletler, bu hakkın tedbirsiz uygulamalarının potansiyel kötü sonuçlarının farkında olmalı ve ona göre önlem almalıdırlar¹⁵⁹.

Çocuk Hakları Komitesi, bireysel şikayet (**communication procedure**) yoluyla önüne gelen bir vakada, 12 No'lu Genel Yorum'da belirttiği ilke ve ölçütleri somutlaştırma imkanı bulmuştur. Vakada başvuran (**author**), kefalet

mülkiyeti, engellilik durumu, doğumu yahut başkaca statüleri her ne olursa olsun hiçbir ayrımcılığa ("discrimination") tabi tutmaksızın, kendi yargı yetki alanında bulunan her bir çocuğun bu Sözleşmede düzenlenen haklarına saygı göstereke ve bu hakları güvence altına alacaklardır.", Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri - II. Cilt-Uluslararası Sistemler**, s. 598.

¹⁵⁵ UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2008, (Çevrimiçi), <https://www.ohchr.org>, 12.12.2018.

¹⁵⁶ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 9 (2006): The rights of children with disabilities, 27 February 2007, CRC/C/GC/2009, para. 32, (Çevrimiçi), <http://www.refworld.org>, 09.11.2018.

¹⁵⁷ CRC/C/GC/12, para. 21.

¹⁵⁸ Anne Marie Callus, Ruth Farrugia, **The Disabled Child's Participation Rights**, Routledge, 2016, s. 18.

¹⁵⁹ CRC/C/GC/12, para. 21.

sözleşmesiyle¹⁶⁰ koruma altına aldığı çocuğun, Fas'tan Belçika'ya taşınırken kendileriyle beraber gelmesine izin verilmemesini şikayet konusu yapmıştır. Başvuran, çocuğun yetkili makamlarca görüşünün alınmaması sebebiyle ÇHS md. 12'nin ihlal edildiğini iddia etmiştir¹⁶¹. Ulusal makamlarca ilk karar verildiğinde çocuk bir, ikinci karar verildiğinde beş yaşındadır. Komite, şikayetçi olunan devletin, çocuğun yaşının çok küçük olması sebebiyle görüş oluşturma yeteneğine sahip olmadığı, bu sebeple görüşünün alınmadığı savunmasına karşı çıkmıştır. Komite, ÇHS md. 12'nin bir yaş sınırı öngörmediğine dikkat çekmiştir. Buna göre, çocuğun, kendisini etkileyen meseleyi her yönüyle bilmesi gerekmez. Komite, insancıl vize başvurusuna ilişkin verilen ikinci karar esnasında beş yaşında olan çocuğun, başvuranla beraber Belçika'da yaşamak isteyip istemeyeceği konusunda tamamen görüş oluşturma yeteneğine sahip olduğunu gözlemlemiştir. Komite, çocuğun görüşünün alınmaması sebebiyle ÇHS md. 12 ve 3'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır¹⁶².

B. Çocuğun Bu Görüşlerini Özgürce İfade Etme Hakkı

Çocuk Hakları Komitesi, 12 No'lu Genel Yorum'da, çocuğun görüşlerini özgürce ifade etmesini; ebeveyn, bir yetkili veya herhangi birinin etkisi ve baskısı altında kalmadan kendi görüşlerini ifade etmesi olarak açıklamıştır. “Özgürce” ifadesi, çocuğun kendi bakış açısıyla sıkı sıkıya ilişkilidir; çocuk başkalarının görüşlerini değil, kendi görüşlerini ifade etme hakkına sahiptir¹⁶³. Çocuk, görüşlerini ifade ederken eleştirilme ya da cezalandırılma korkusu yaşamamalıdır¹⁶⁴. Çocuklar, başkalarının fikirlerini iletme için bir araç olarak kullanılamaz¹⁶⁵. Hakim, çocuğun

¹⁶⁰ Kefalet, İslam Hukuku'na göre, terk edilmiş bir çocuğun; sorumluluğunun, korunmasının, bakımının, eğitiminin üstlenilmesine dair bir sözleşmedir. Ebeveyn - evlat ilişkisi tesis etmez, UN Committee on the Rights of the Child, Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 12/2017 CRC/C/79/D/12/2017, para. 2.3.

¹⁶¹ CRC/C/79/D/12/2017, para. 3.

¹⁶² CRC/C/79/D/12/2017, para. 8.6, 8.7, 8.8, 8.9.

¹⁶³ CRC/C/GC/12, para. 22.

¹⁶⁴ Lansdown, *Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12*, s. 22.

¹⁶⁵ Thorburn, Stern, *a.g.e.*, s. 58.

başkalarından etkilendiği ya da korku veya stres altında konuştuğu kanaatine varırsa, çocuğun görüşlerini dikkate almamalıdır¹⁶⁶.

Çocuğun görüşlerini özgürce ifade etme hakkı çocuğa tanınmış bir haktır, bir görev değildir, dolayısıyla çocuk bu hakkı kullanıp kullanmayacağını seçebilir. Çocuğun sessiz kalma hakkı vardır¹⁶⁷.

İlgili kurumlar, çocuğun görüşlerini özgürce dile getirebilmesi için çocuğun kendisini özgür ve saygın hissedeceği ortamı sağlamalıdır¹⁶⁸.

Çocukların görüşlerini özgürce ifade edebilmeleri için, kendilerini ilgilendiren mesele hakkında, uygun bir dille, anlayacakları bir biçimde bilgilendirilmeleri gerekir. Çocuklara, görüşlerini oluşturabilmeleri için gerektiği kadar zaman verilmelidir. Çocuklar, sorumlu kişiler tarafından, verdiği kararın olası sonuçlarını ve diğer seçenekleri de öğrenebilmelidirler. Bilgi alma hakkı, aydınlatılmış kararın ön şartıdır ve çocuklar açısından hayati bir önem taşır¹⁶⁹.

Çocuğun gereğinden fazla görüşüne başvurulmaması gerekir. Özellikle kötü deneyimlerle ilgili olarak çocuğun ifadesine başvurulması, çocuğa zarar verme riski taşır¹⁷⁰.

C. Çocuğun Kendisini Etkileyen Her Konuda Görüşlerini İfade Etme Hakkı

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, çocuğun kendini etkileyen her türlü konuda görüşlerini ifade edebilme hakkını düzenler. Bu ifade geniş bir biçimde yorumlanmalıdır¹⁷¹. ÇHS'de öngörülmeven durumlar da "her türlü konu" ifadesinin içine girer¹⁷².

Sözleşme henüz taslak halinde iken İnsan Hakları Komisyonu tarafından kurulan Açık Uçlu Çalışma Grubu (**The Open-ended Working Group**), çocuğu

¹⁶⁶ Françoise, Babel, **a.g.e.**, s. 398.

¹⁶⁷ CRC/C/GC/12, para. 22, Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 22.

¹⁶⁸ CRC/C/GC/12, para. 23.

¹⁶⁹ CRC/C/GC/12, para. 25.

¹⁷⁰ CRC/C/GC/12, para. 24.

¹⁷¹ CRC/C/GC/12, para. 26.

¹⁷² CRC/C/GC/12, para. 27.

etkileyen meselelerin sınırlı sayıda sayılmasına karşı çıkmıştır. Bunun sonucunda ÇHS’de “kendilerini etkileyen her türlü konuda” ifadesi kullanılmıştır¹⁷³.

Çocuğun kendisini ilgilendiren her türlü konuda görüşlerini ifade etme hakkı yalnızca bir birey olarak çocuğun hayatını etkileyen konular için geçerli değildir. Çocuklar toplumun, insanlığın bir parçası olmakla kendilerini ilgilendiren konularda da görüşlerini ifade edebilirler. Bireysel olarak bu hakka başvurabilecekleri gibi, grup olarak da başvurabilirler¹⁷⁴. ÇHK’nin belirttiği üzere Dünya Çocuk Zirvesi, çocukların toplu olarak katılım haklarını kullanmalarına güzel bir örnektir¹⁷⁵.

Çocuğun katılım hakkı, çocuğu ilgilendiren sosyal hatta siyasi¹⁷⁶ her türlü konuya kadar genişleyebilir. Fakat bu çalışmanın konusu çocuğu ilgilendiren her türlü adli işlem olup, diğer meselelere bu çalışmada yer verilmemiştir.

D. Çocuğun Görüşlerine Yaşı ve Olgunluğu Ölçüsünde Ağırlık Verme Yükümlülüğü

Çocuğun yalnızca dinlenilmesi, bu hakkın yerine getirilmesi bakımından yeterli değildir. Çocuğun görüş oluşturabilme yeteneğine sahip olduğu durumlarda bu görüşlerin dikkate alınması da gerekir¹⁷⁷. Zira asıl değişim çocuğu dinlemekle değil, görüşlerini dikkate almakla meydana gelir¹⁷⁸.

Çocuğun yaşı ve olgunluğu ölçüsünde görüşlerine ağırlık verilmesi, çocuğun konunun içeriğini ve sonuçlarını anlama kapasitesine göre görüşüne ağırlık verilmesi anlamına gelir. Çocuğun yaşı büyüdükçe kapasitesinin de geliştiği bir gerçektir. Çocuğun yaşı ilerledikçe özgürlük ve sorumluluk alanı da genişler¹⁷⁹. Fakat çocukların anlama yeteneği sadece biyolojik yaşları ile bağlantılı değildir¹⁸⁰.

ÇHS md. 12’de olgunluğun tanımı yapılmamıştır. ÇHK, olgunluğu, çocuğun makul ve bağımsız bir biçimde, kendisini ilgilendiren meseleler hakkında, kendi

¹⁷³ CRC/C/GC/12, para. 27.

¹⁷⁴ Lothar Krappmann, “The Weight of the Child View - Article 12 of the Convention on the Rights of the Child”, *International Journal of Children Rights*, 18, 2010, s. 509, Thorburn, Stern, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁷⁵ CRC/C/GC/12, para. 27.

¹⁷⁶ Tartışma için bakınız: Thorburn, Stern, **a.g.e.**, s. 61.

¹⁷⁷ CRC/C/GC/12, para. 28.

¹⁷⁸ CRC/C/GC/5, para. 12.

¹⁷⁹ Pais, “The Convention on the Rights of the Child”, s. 427.

¹⁸⁰ CRC/C/GC/12, para. 29.

görüşlerini ifade edebilme kapasitesi olarak tanımlamıştır¹⁸¹. Diğer bir deyişle olgunluk; söz konusu meseleyi anlama ve değerlendirebilme yeteneğidir¹⁸². Meselenin çocuğun hayatı üzerindeki etkisi ne kadar büyükse, çocuğun yaşı ve olgunluğunu uygun bir şekilde değerlendirmek de o derece önem taşır¹⁸³. Çocuğun sosyo-ekonomik durumu, meselenin çocuğa olan etkisi, çocuğun söz konusu meseleyi anlama kapasitesi¹⁸⁴, çocuğun bireysel deneyimleri ve yetenekleri, yaşadığı kültür çevresinin beklentisi, yetişkinlerin çocuğa verdiği destek, tüm bu bileşenler çocuğun olgunluğu değerlendirilirken dikkate alınmalıdır¹⁸⁵. Her çocuk farklı bir toplumsal çevrede büyüüp kendine özgü çeşitli hayat tecrübeleri kazanır¹⁸⁶. Bu sebeple her çocuğun durumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Çocuğun yaşı ve olgunluğu değerlendirildikten sonra çocuğun görüşüne ne ölçüde ağırlık verileceğine karar verilirken başka birtakım hususlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Bunlar; çocuğun fikrinde ne ölçüde istikrarlı olduğu, çocuğun görüşünün dikkate alınmaması ihtimalinde çocuk açısından sonuçlarının neler olacağı, çocuğun görüşüne göre hareket edildiğinde bu karardan etkilenen diğer kişilerin haklarına bu kararın nasıl etki edeceği, genel olarak çocuk haklarının ve çocukların bu karardan nasıl etkileneceği gibi hususlardır¹⁸⁷.

Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun gelişen kapasiteleriyle uyumlu olarak ebeveyn veya çocuktan sorumlu diğer kişilerin hak ve ödevlerine saygı gösterme yükümlülüğünü düzenleyen ÇHS md. 5'in bu meselede göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁸. "Gereken ağırlık" ifadesi, çocuğun gelişimini dikkate alma yükümlülüğüne işaret etmektedir¹⁸⁹. ÇHS md. 5 ile çocuğun katılım hakkı arasındaki ilişki ileriki bölümlerde daha ayrıntılı bir biçimde izah edilecektir.

¹⁸¹ CRC/C/GC/12, para. 30.

¹⁸² Hodgkin, Newell, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁸³ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 23.

¹⁸⁴ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 23.

¹⁸⁵ CRC/C/GC/12, para. 29.

¹⁸⁶ Parkes, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁸⁷ Willow, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁸⁸ CRC/C/GC/12, para. 31.

¹⁸⁹ Krappmann, **a.g.e.**, s. 505.

E. Çocuğun Adli ve İdari Yargılamaya Katılımı

Çocuğun katılım hakkı, hem üçüncü kişiler tarafından başlatılıp çocuğu ilgilendiren yargılamalar için hem de çocuk tarafından başlatılan hukuki süreçler için geçerlidir¹⁹⁰.

ÇHS md. 12/ f. 1’de de aslında örtülü olarak ima edilen çocuğun adli ve idari yargılamaya katılım hakkı, ÇHS md. 12/ f. 2’de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bu amaçla, özellikle çocuğun durumu üzerinde etki doğuran herhangi bir yargısal/adli ve idari işlemlerde/(yargılamalarda) (“proceedings”), ulusal hukukun usul hükümlerine uygun bir şekilde çocuğun bizzat/(doğrudan) ya da bir temsilci yahut uygun bir makam aracılığıyla dinlenilmesi fırsatı/(olanağı) çocuğa tanınacaktır*”¹⁹¹. Bu hak ÇHS md. 9 ve 21’de de yer bulmuştur. Çocuğun anne veya babasından ayrılma koşullarını düzenleyen ÇHS md. 9/f.2’ye göre; “*Bu maddenin birinci paragrafı uyarınca yapılan işlemlerde, ilgili bütün taraflara işlemin yapılması sürecine katılma ve kendi görüşlerini ifade etme olanağı verilecektir*”¹⁹². Bu fıkra, ayrılma ile ilgili yürütülen davalarda, ilgili tüm tarafların görüşüne başvurulması gerektiği düzenlenmiştir. Çocuğun da ilgili taraf olduğu şüphesizdir. ÇHS’nin evlat edinmeyi düzenleyen 21. maddesinin a fıkrasında ise gerekli olduğu takdirde ilgili kişilerin aydınlatılmış rızasının alınması gerektiği düzenlenmiştir¹⁹³. Burada da çocuğun ilgili taraf olduğundan şüphe yoktur.

ÇHS md. 12/f. 2’de adli ve idari işlemler tek tek sayılmamıştır. ÇHK, 12 No’lu Genel Yorum’da bu maddenin geniş bir biçimde yorumlanması, sınırlama olmaksızın ilgili bütün adli ve idari işlemlerde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. ÇHK, adli ve idari işlemlerin neler olabileceğini tüketici olmayan bir biçimde saymıştır. Buna göre, adli işlemlere; ebeveynlerin ayrılması, velayet, bakım ve evlat edinme, fiziksel veya psikolojik şiddet mağduru çocuk, cinsel istismar veya diğer suçlar, sağlık hizmetleri, sosyal güvenlik, refakatsiz çocuk, sığınma talebine bulunan veya mülteci çocuklar, savaş veya diğer olağanüstü haller mağduru çocuk örnek olarak verilebilir.

¹⁹⁰ O’Donnell, **a.g.e.**, s. 1.

¹⁹¹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri-II. Cilt-Uluslararası Sistemler**, s. 602.

¹⁹² **A.e.**, s. 601.

¹⁹³ **A.e.**, s. 606.

İdari işlemlere ise, çocukların eğitimi, sağlığı, yaşam koşulları ve korunmasına yönelik verilen kararlar örnek olarak gösterilebilir¹⁹⁴.

Bu çalışmada hukuk yargılamasında çocuğun katılım hakkı incelendiğinden, daha çok velayet, ebeveynlerin ayrılması, bakım gibi hususların üzerinde durulacaktır.

Adli ve idari işlemlere katılım hakkının hangi hak ve yetkileri kapsadığı hususunu O'Donnell tartışmıştır. Yazara göre her ne kadar ÇHS md. 12/f. 2'de çocukların dava açma ve kanun yollarına başvurma hakkı açıkça düzenlenmese de insan hakları hukukunun bütünselliği ilkesi gereği çocuklar ÇHS md. 12 çerçevesinde bu haklara sahiptir. Zira, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi (İHK), 17. No'lu Genel Yorum'da Sözleşme'de (MSHS) düzenlenen tüm hakların çocuklar için de geçerli olduğunu belirtmiştir¹⁹⁵. Bu yorum kuşkusuz MSHS md. 2/f. 3'te düzenlenen mahkemeye veya yetkili makama başvurma ve temyiz hakkı bakımından da geçerlidir. İHK'nin "Sözleşme'nin taraf devletlere yüklediği hukuki yükümlülüklerin doğası" başlıklı 31 No'lu Genel Yorum'unda da, MSHS md. 2/f. 3'te düzenlenen hakkın dezavantajlı gruplara bilhassa çocuklara uyumlaştırılarak uygulanması gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁶. Çocuk Hakları Komitesi de 5 No'lu Genel Yorum'da, tanınan hakların bir anlamının olabilmesi için ihlaller karşısında etkili yaptırımlara başvurulabilmesi gerektiğini, çocukların özel ve bağımlı durumlarından dolayı taraf devletlerin çocuklar için özel usuller ve yollar tanıması gerektiğini belirtmiştir¹⁹⁷. Böylece ÇHK de çocukların dava açma ve kanun yollarına başvurma hakkının, açık bir hüküm olmasa da, ÇHS'den kaynaklandığını kabul etmiştir denilebilir.

O'Donnell'e göre, ÇHS md. 12'nin lafzından da çocukların dava açma ve kanun yollarına başvurma hakkına sahip olduğu çıkarımında bulunulabilir. Yazar,

¹⁹⁴ CRC/C/GC/12, para. 32.

¹⁹⁵ CCPR General Comment No. 17: Article 24 (Rights of the child) Adopted at the Thirty-fifth session of the Human Rights Committee, on 7 April 1989, para. 2, (Çevrimiçi), <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>, 01.02.2019.

¹⁹⁶ CCPR General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29.03.2004, para. 15, (Çevrimiçi), <http://www.refworld.org>, 09.02.2019.

¹⁹⁷ CRC/C/GC/5, para. 24.

ÇHS md. 12'nin lafzından yola çıkarak bu maddenin tanık olarak dinlenilmeyi kapsamadığı yorumunda bulunmuştur¹⁹⁸.

F. Çocuğun Ulusal Hukukun Usul Kurallarına Uygun Olarak Doğrudan veya Bir Temsilci Aracılığıyla Dinlenilmesi Hakkı

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin 2. fıkrası, çocuklara hem doğrudan hem de dolaylı olarak dinlenilme hakkı verir. Doğrudan katılım, çocuğun karar vericilerle doğrudan bir araya geldiği ve doğrudan iletişime geçtiği, çocuğun etkin bir şekilde katkı sunduğu durumları ifade eder. Dolaylı katılım ise, çocuğun kendisini bir temsilci veya uygun bir makam yoluyla ifade ettiği durumları kapsar¹⁹⁹.

Çocuğun hangi yöntemle dinlenileceği, durumun özelliğine ve çocuğun kendisini hangi yöntemle ifade etmek istediğine göre belirlenmelidir. Yöntem belirlenirken çocuğun gelişen kapasiteleri ve çocuğun en üstün yararı ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır²⁰⁰. ÇHK, 12 No'lu Genel Yorum'da, mümkün olan her durumda çocuğa doğrudan dinlenilme imkanı verilmesini tavsiye etmiştir²⁰¹. ÇHK, 14 No'lu Genel Yorum'da, mahkemelerin çocukların en üstün yararına karar verirken çocukların yasal temsilcisinin hazır bulunması gerektiğini, taraflar arasında çatışma ihtimali bulunduğu ise çocuğun görüşlerini temsil edecek bir temsilci bulunması gerektiğini belirtmiştir²⁰².

Madde metninde geçen “uygun bir makam” (**appropriate body**) ifadesinden ne anlaşılması gerektiği Sözleşme'de izah edilmemiştir. Öğretide “uygun bir makam” ifadesi, çocuk adına müdahale etme yetkisine sahip olan ve çocuğun en üstün yararlarına göre hareket eden bir birey ya da organ (bu organ hükümetler dışı da olabilir) şeklinde tanımlanmıştır²⁰³. ÇHK, uygun bir makam ifadesini tanımlamasa da, temsilcinin, çocuğun ebeveyni, bir avukat, ya da sosyal görevli olabileceğini ifade etmiştir. Bazı durumlarda çocuğun menfaati en aşikar temsilcisi

¹⁹⁸ O'Donnell, **a.g.e.**, s. 1-4.

¹⁹⁹ Parkes, **a.g.e.**, s. 37, 38.

²⁰⁰ Thorburn Stern, **a.g.e.**, s. 66.

²⁰¹ CRC/C/GC/12, para. 35.

²⁰² UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013) on the Rights of the Child to Have His or Her Best Interests taken as a Primary Consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, para. 96.

²⁰³ Pais, “The Convention on the Rights of the Child”, s. 430.

ile çatışma içerisinde olabilir. Örneğin ebeveyn arasında velayet konusunda çatışma olabilir, çocuğun ebeveyninden biri tarafından istismara uğradığı şüphesi olabilir. Böyle durumlarda çocuğun kendisi ile menfaat çatışması olan kişi tarafından temsil edilmemesi gerekir²⁰⁴.

Çocuk, temsilci aracılığıyla katılım hakkını kullandığında, temsilcinin çocuğun görüşlerini aynen aktarması gerekir. Temsilcinin görevi, çocuğun en yüksek yararını gözetip ona göre görüş beyan etmek değildir. Temsilci kendi görüşlerini hesaba katmadan çocuğun görüşlerini iletmelidir. Zira çocuğun en üstün yararının ne olduğu belirlenirken çocuğun görüşü hesaba katılır. Çocuğun en üstün yararını belirlemek bir sonraki aşamadır²⁰⁵.

Çocuk gelişiminde uzman olan kişilerin, yargılamanın çeşitli evrelerinde; örneğin çocuğun görüş oluşturabilme yeteneğine sahip olup olmadığını belirlerken, çocuğu dinlemeleri gerekir. Bazı durumlarda; örneğin çocuğun yaşının çok küçük olduğu durumlarda, çocuğun bir uzman tarafından dinlenilmesi tek seçenek olacaktır²⁰⁶.

Temsilci, ilgili işlemle alakalı çocuğa tavsiye verebilecek ve çocuğu destekleyebilecek ölçüde bilgi sahibi olmalıdır. Ayrıca temsilci çocuklarla iletişim kurmada tecrübeli birisi olmalıdır. Engelli çocuklar bakımından da onlarla iletişim kurabilecek deneyime sahip olmalıdır. Temsilci, sadece çocuğun menfaatini temsil ettiğinin, anne-baba, idare gibi diğer kişi ve kurumları temsil etmediğinin bilincinde olmalıdır²⁰⁷.

ÇHK, iç hukukta çocuğun temsilcisi olmakla yetkilendirilenler için davranış kuralları geliştirilmesini tavsiye etmiştir. Fakat ÇHK, bu konuyla ilgili rehber kurallar geliştirmemiştir²⁰⁸.

²⁰⁴ CRC/C/GC/12, para. 36, Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 26.

²⁰⁵ CRC/C/GC/12, para. 36, Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 24.

²⁰⁶ Aoife Daly, "Hearing Children in Proceedings – What we Can Learn from Global Practice", **Seen and Heard**, 26, 42, 2016, s. 5.

²⁰⁷ CRC/C/GC/12, para. 37.

²⁰⁸ CRC/C/GC/12, para. 37, Parkes, **a.g.e.**, s. 38.

ÇHS md. 12. f. 2’de geçen, “Ulusal hukukun usul kurallarına uygun olarak” ifadesi, hakkın esasına aykırı düşecek, onu kısıtlayacak usul kurallarına izin verildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Tam tersine devletler, adil bir yargılanmanın mümkün olabilmesi için temel usul kurallarına riayet etmeye teşvik edilmektedir. Buna göre, çocuğun katılımı için özel usul kuralları geliştirilmelidir, fakat, usul kurallarıyla sıkı sıkıya bağlı olunmamalıdır. Yargılamada gerekli esneklik sağlanmalıdır²⁰⁹.

Sonuç olarak, ÇHS md. 12/ f. 2 ile ilgili şu üç çıkarımda bulunulabilir:

1) Çocuğun katılım hakkına görüşlerini ifade eden değil, görüş oluşturma yeteneğine sahip çocuklar sahiptir. 2) Çocuklar, taraf devletin usul kurallarına uygun olarak katılım hakkını kullanma hakkına sahiplerdir. Çocuklar için özel usul kuralları geliştirilmelidir. 3) Çocukların karar verme sürecinin tüm aşamalarında görüşlerine başvurulmalıdır²¹⁰.

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesinde temsilcilerin rolü düzenlenmiştir. Buna göre, temsilci, çocuk iç hukuk uyarınca yeterli anlama kabiliyetine sahip sayılıyor ise çocuğu konuyla ilgili aydınlatmakla ve çocuğun görüşlerini tespit ederek bu görüşleri yargı makamına sunmakla mükelleftir²¹¹. Aynı şekilde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Çocuk Dostu Adalet Rehberi’nde de çocuk ile ebeveyn ya da diğer kanuni temsilcileri arasında menfaat çatışması olduğu durumlarda çocuğa bağımsız bir temsilci atanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu temsilcinin çocuğun görüşlerini ve menfaatlerini temsil etmesi, çocuğu yargılama süreci ile ilgili bilgilendirmesi gerekir²¹².

II. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI İLE DİĞER HAK VEYA İLKELERİN İLİŞKİSİ

A. Çocuğun Katılım Hakkı ve İfade Özgürlüğü

Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesi, çocuğun ifade özgürlüğü hakkı olarak anlaşılmamalıdır. Çocuğun ifade özgürlüğü ÇHS md. 13’te düzenlenmiştir.

²⁰⁹ CRC/C/GC/12, para. 38, 39.

²¹⁰ Parkes, **a.g.e.**, s. 38, 39.

²¹¹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt, Bölgesel Sistemler**, s. 463.

²¹² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle İlişkin Rehber, s. 27, (Çevrimiçi), <https://www.ailevecalisma.gov.tr>, 01.08.2019.

13. madde şu şekildedir: “Çocuk ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, sözlü, yazılı ya da basılı olarak, (ya da) sanatsal formda yahut çocuğun tercih edeceği herhangi bir başka iletişim aracıyla ve (ülke) sınırlar(ı) dikkate alınmaksızın, her türlü bilgi/(haber), ve düşüncelerin araştırılması, edinilmesi ve yayılması/(verilmesi) özgürlüğünü içerecektir”²¹³. ÇHS md. 13, genel olarak ifade özgürlüğünü düzenlerken, ÇHS md. 12, çocuğu etkileyen bütün meselelerde çocuğun dinlenilme hakkını ve görüşlerinin dikkate alınmasını vurgular²¹⁴.

B. Çocuğun Katılım Hakkı ve Ayrım Gözetmeme İlkesi

Ayrımcılık yapma yasağı, Çocuk Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere bütün insan hakları sözleşmelerinde güvence altına alınan temel haklardandır. ÇHS md. 2, hakların uygulanmasında her çocuğun ayrımcılığa maruz kalmama hakkını düzenler. ÇHS md. 12’nin uygulanması bakımından da bu hüküm geçerlidir. Ayrımcılığa maruz kalmama ilkesi; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüş, etnik veya toplumsal köken, mülkiyet, engellilik, doğum veya diğer durumları kapsar²¹⁵. Kız çocukları, yoksul veya savaş mağduru çocuklar, çok küçük çocuklar, kurum bakımında olanlar dahil ebeveyn bakımından yoksun olan çocuklar, engelli çocuklar, HIV ve AIDS’li çocuklar, mülteci ve yerinden edilmiş çocuklar, vatansız çocuklar, sokak çocukları, çalışan çocuklar, kanun ile çatışan çocuklar, yerli veya azınlık gruplarına mensup olan çocuklar gibi dezavantajlı ve dışlanmış grupların karar alma süreçlerine katılımlarının diğer çocuklarla eşit düzeyde olmasının sağlanması ve teşvik edilmesi için uygun önlemler alınmalıdır²¹⁶.

Çoğu toplumdaki geleneksel davranışlar ve fiiller, bu hakların uygulanmasını ciddi derecede sınırlamakta ve zayıflatmaktadır. Belirli gruplardaki çocuklara yapılan ayrımcılık hala yaygın bir şekilde sürmektedir. Taraf devletlerin, bu davranış ve fiillerin olumsuz etkisi ile ilgili olarak farkındalık oluşturmaları ve bununla ilgili eğitim vermeleri gerekir. Ayrıca ÇHS’nin tüm çocuklar bakımından uygulanabilmesi için davranışsal değişimi teşvik etmeleri gerekir. Özellikle kız çocukların katılım

²¹³ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri-II. Cilt-Uluslararası Sistemler**, s. 602.

²¹⁴ Pais, “The Convention on the Rights of the Child”, s. 427.

²¹⁵ CRC/C/GC/12, para. 75.

²¹⁶ Lansdown, **Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 32.

hakkına özel bir önem verilmesi gerekir. Çünkü cinsiyetçi kalıplar ve ataerkil değerler kız çocuklarının sessiz kalmasına neden olmakta; kız çocukları, görüşlerini ifade edebilmiş olsalar bile erkek çocuklarının görüşlerine nazaran görüşlerine daha az değer atfedilmektedir²¹⁷.

Taraf devletlerin, BM Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde öngörülen engelli çocukların diğer çocuklarla eşit bir şekilde görüşlerini özgürce ifade edebilmeleri ve bu görüşlere gereken ağırlığın verilebilmesi için gerekli yardım ve donanımın sağlanması yükümlülüğünü göz önünde bulundurmaları gerekir. Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin ifade ve düşünce özgürlüğünü, bilgiye erişim hakkını düzenleyen 21. maddesi de dikkate alınması gereken maddeler arasında yer almaktadır. Bu madde, engelli bireylerin bu haktan yararlanabilmesi için taraf devletlere birtakım yükümlülükler getirmiştir. Çocuklar da doğal olarak bu hakkın öznesidir ve bu hak çocukların katılım hakkı bakımından da önem taşır. Devletlerin alması gereken önlemler, özel medya araçlarını, işitme engelli çocuklar için işaret dilini kullanmayı, ebeveyn ve öğretmenlerin özel olarak eğitimini kapsar²¹⁸.

Sokak çocukları, katılım haklarını kullanırken çeşitli engellerle karşılaşır. Taraf devletler, sivil toplum örgütlerinin de desteğini sağlayarak, sokak çocuklarının katılım haklarının gerçekleşmesi için çaba göstermelidirler²¹⁹.

C. Çocuğun Katılım Hakkı ve En Üstün Yararı İlkesi

Çocuğun en üstün yararı ilkesi ve çocuğun katılım hakkı, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin iki ana sütununu oluşturur²²⁰.

Çocuğun en üstün yararı ilkesi, uluslararası çocuk ve aile hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Bu ilke, çocuğun velayeti ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda belirleyici etken olarak kabul edilmektedir²²¹.

²¹⁷ CRC/C/GC/12, para. 77, Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 32.

²¹⁸ CRC/C/GC/12, para. 78, Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 32.

²¹⁹ UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 21 (2017) on Children in Street Situation, 21 June 2017, CRC/C/GC/21.

²²⁰ Soo Jee Lee, "A Child's Voice Vs. A Parent's Control: Resolving A Tension Between The Convention On The Rights Of The Child And U.S. Law", **Columbia Law Review**, Vol. 117: 687, s. 695-696.

ÇHS md. 3; kamusal ya da özel yardım kuruluşlarının, mahkemelerin, idari otoritelerin veya yasama organının çocuğu ilgilendiren veya etkileyen her türlü eylemde çocuğun en üstün yararına göre hareket etmesi gerektiğini düzenler. Ebeveynin ayrılmasını düzenleyen 9. madde, ebeveynin çocuklar üzerindeki sorumluluğunu düzenleyen 18. madde, alternatif bakımı düzenleyen 20. madde, evlatlık kurumunu düzenleyen 21. madde, özgürlüğünden yoksun bırakılmayı düzenleyen 37. madde ve adli dinlenmede ebeveynin bulunmasını düzenleyen 40. madde gibi diğer maddelerde de bu ilkeye başvurulması gerektiğine dair vurgulamalar yapılmıştır. Bu ilke taraf devletlere çocukları ilgilendiren her konuda çocuğun en üstün yararı ilkesi doğrultusunda yasalar çıkarma ve politikalar yürütme yükümlülüğü getirmiştir. Çocuğun en üstün yararı ilkesi, çocuğun da taraf olduğu bir uyuşmazlıkta, örneğin bir boşanma davasında, çocuğun hangi ebeveyninde kalacağı konusunda karar verilirken neyin ebeveyn açısından adil olacağına bakılmamasını, çocuğun en üstün yararına uygun düşecek kararın verilmesini gerektirir.

Çocuğun görüşlerine önem verilmesi, çocuğun en üstün yararını belirleyen tamamlayıcı bir unsurdur. Yetişkinler tarafından verilen bir kararın çocuğun en üstün yararına uygun olabilmesi için çocuğun yaşı ve olgunluğu ölçüsünde görüşlerine ağırlık verilmesi gerekir. Fakat çocuğun en üstün yararı ilkesi gereği en nihayetinde verilen karar çocuğun görüşlerine uygun düşmeyebilir²²². Çocuğun yaşı ve deneyimsiz olması sebebiyle ortaya koyduğu görüş, gerçekteki menfaatiyle örtüşmeyebilir. Hakim, çocuğun açıkladığı görüşün gerçekçi olmadığı, çocuğun sağlıklı gelişimi açısından yarar sağlamayacağı kanaatine varırsa çocuğun görüşü hilafına karar verebilecektir. Çocuk adına karar verilirken onun menfaati, açıkladığı görüşün yerini alacaktır²²³. Böyle bir durumda çocuk, verilen karar konusunda aydınlatılmalı, karar verme sürecinde kendi görüşlerinin nasıl dikkate alındığı ve neden böyle bir karara varıldığı çocuğa açıklanmalıdır²²⁴.

²²¹ Helen Stalford, **Children and the European Union – Rights, Welfare and Accountability**, Oxford, Hart Publishing, 2012, s.100.

²²² Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 32.

²²³ Andreas Brauchli, **Das Kindeswohl als Maxime des Rechts**, Zürich, 1982, aktaran: Elçin, **a.g.m.**, s. 15.

²²⁴ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 33.

ÇHK, 3 No’lu Genel Yorum’da, çocukların nesne gibi görülüp, birilerinin onlar adına karar almasındansa, kendi ihtiyaçlarını değerlendirip, çözümler geliştirip, bunları uygulamasının çocuklar için daha faydalı olduğu sonucuna ulaşmıştır²²⁵.

Esasında ÇHS’nin genel ilkelerinden olan 3. ve 12. madde birbirlerini tamamlar. 3. madde çocuğun en üstün yararının gerçekleşmesi hedefini düzenler, 12. madde ise çocuğun en üstün yararı ilkesinin gerçekleşmesi için gerekli olan vasıtalardan birisidir. 3. maddenin 12. madde düşünülmezsizin doğru bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Aynı şekilde 3. madde, çocukların hayatlarını etkileyen her türlü kararın kolaylaştırılmasında hayati bir rol oynayarak, 12. maddenin işlevselliğini pekiştirmektedir²²⁶. Diğer bir deyişle, her ne kadar bu iki ilke ilk bakışta birbiriyle çatışma halinde görünse de, birbirlerini güçlendiren iki ilkedir²²⁷.

Çocuğun anlama yeteneği geliştikçe çocuğun en üstün yararı ilkesinin de önemi azalır. Zira çocuğun yaşı ilerledikçe idrak gücü gelişir, neyin kendisinin yararına olacağına kendisi karar verebilir²²⁸.

ÇHS md.12’yi eleştiren yazarlardan olan Daly, çocuğun en üstün yararının belirlenmesinde çocuğun görüşünün yalnızca bir etken olmasını adil bulmamaktadır. Yazara göre, bazı durumlarda yaşı çok küçük çocuklar için ya da görüş açıklamak istemeyen çocuklar için onlar yerine karar almak uygundur. Fakat liberal demokrasilerde kişisel özerkliğe verilen önem düşünüldüğünde, çocuğun görüşü, karar verme süreçlerinde dikkate alınan diğer herhangi bir etken gibi muamele görmemelidir²²⁹. Yazar, çocuğun en üstün yararının araştırıldığı hukuki işlem ve davalarda “çocuğun özerkliği” ilkesinin harekete geçirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Buna göre, çocuklar sürece nasıl dahil olabileceklerini ve sürecin sonucunda ne karar verileceğini seçebilmeli meğerki çocuğun görüşünün ciddi bir

²²⁵ UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No.3, HIV/AIDS and the Rights of the Child, CRC/GC/2003/3, para.12, (Çevrimiçi), <https://www.refworld.org>, 13.06.2019.

²²⁶ CRC/C/GC/12, CRC/C/GC/14, para. 43.

²²⁷ Thorburn Stern, **a.g.e.**, s. 71.

²²⁸ Müender J, Kuehn. E. (1977): Mögliche Aufgaben empirische wissenschaften im Familienrecht, verdeutlich am Beispiel des Kindeswohl, in Horn, N/Tietz. R.: Sozialwissenschaften im Studium des Recht, München, s. 97 vd, aktaran: Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması** Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara, Pegem Akademi, 2018, s. 58.

²²⁹ Daly, **Children, Autonomy and the Courts, Beyond the Right to be Heard**, s. 8.

zarara sebebiyet vereceği muhtemel olmasının²³⁰. Çocuğun en üstün yararı her somut olayın koşullarına göre belirlenmelidir. Bir çocuğun en üstün yararına olan karar, benzer durumda olan başka bir çocuğun en üstün yararına olmayabilir²³¹.

D. Çocuğun Katılım Hakkı ve Yaşama ve Gelişme Hakkı

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, her çocuğun yaşama hakkı olduğunu ve taraf devletlerin çocuğun hayatta kalması ve gelişimi için mümkün olan azami çabayı göstermek yükümlülüğü altında olduğunu düzenler. Görüşlerini ifade etmek ve bu görüşlerin dikkate alınması çocuğun gelişiminin güçlendirilmesi açısından önemli bir araçtır²³². Çocuğun katılım hakkı sağlanmaksızın ÇHS md. 6'nın etkili bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Çocuk, kendi adına konuştuğunda, karar verme süreçlerinin bir parçası haline geldiğinde, kapasitesi de gelişecektir²³³. Çocuğun katılımı sağlandıkça, çocuğun yetenekleri artacak, görüşlerinin dikkate alınması noktasında daha ehil hale gelecektir. Çocuğun daha ehil olması ise katılımın kalitesini artıracaktır. Katılım, sadece çocuğun sonuca etki edebileceği anlamına gelmez, aynı zamanda çocuğun özerklik ve bağımsızlık duygusunun gelişmesi, değişime ayak uydurma ve toplumsal becerilerinin artmasını sağlar.

Etkili bir katılım her zaman mümkün değildir. Yetişkinler gibi çocukların da yeteneklerini ve özgüvenlerini geliştirmeleri için doğrudan bir tecrübeye ihtiyaçları vardır. Bu yetenekler doğuştan gelmez ve toplumsal olgunlaşma sürecinde kaçınılmaz değillerdir. Bu yeteneğin ve özgüven duygusunun gelişmesi; tecrübeyle, yetişkinlerin ehil varsayımıyla ve çocuğa sorumluluk verilmesiyle mümkün olur. Yeteneklerin gelişimi süreci bütün bir hayatı kapsar²³⁴.

Eğitim, çocuğun gelişiminin en iyi hale getirilmesi bakımından önemli bir rol oynar. Bu sebeple çocukların katılımı için fırsat yaratılması ve çocuğun karar verme ve sorumluluk alma yeteneğinin geliştirilmesi için alıştırma yapılmaması gerekir.

²³⁰ A.e., s. 10.

²³¹ Khazova, a.g.m., s.174.

²³² CRC/C/GC/12, 2009, para. 79, Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 34.

²³³ Thorburn, Stern, a.g.e., s. 71.

²³⁴ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 34.

Fakat gerçekte okullar, işbirliği yapmak ve çocukların sorumluluk bilincini geliştirilmesini kolaylaştırmak yerine bunu reddetmektedir. ÇHK'nin "Eğitimin Amacı" başlıklı 1 No'lu Genel Yorum'unda eğitimin; çocuğun haysiyetine saygı gösterildiği, 12. madde ile uyumlu bir biçimde çocuğun görüşlerini özgürce ifade edebildiği ve okul yaşamına katılabildiği bir şekilde yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir²³⁵. Sonuç olarak okul, çocukların yeteneklerinin gelişiminde önemli bir rol oynar ve taraf devletler hem ÇHS md. 12 hem de ÇHS md. 6 bakımından daha katılımcı ve demokratik okul ortamı sağlamakla yükümlüdürler²³⁶.

E. Çocuğun Katılım Hakkı ile Ebeveynin Rehberlik Hakkı ve Yükümlülüğü

Gelişen kapasite kavramı, insan hakları hukuku alanına ÇHS md. 5 ile girmiştir. Farklı çevre ve kültürlerde yetişen çocuklar farklı yaşam tecrübelerine sahiptir ve farklı yaşlarda farklı yetenekler edinmişlerdir. Çocukların kazandıkları yetenekler duruma göre farklılık gösterir. Aynı zamanda çocuğun kapasitesi, uygulanacak hakkın özelliğine bağlı olarak da değişmektedir. Çocuklar, farklı bağlamlarda veya karar verme süreçlerinin farklı aşamalarında aşama aşama korunmaya, katılmaya ve özerkliğe ihtiyaç duymaktadırlar. Gelişen kapasiteler kavramı; çocukları kendi hayatlarında söz sahibi, haklarını kullanmasında artan bir özerkliğe sahip bireyler olarak tanımak ile çocukların toyluk ve küçüklüklerine bağlı olarak korunma hakkına sahip olma hakkı arasında durmakta ve dengeyi sağlamaktadır²³⁷. Bu ilke, çocukluğun tek, sabit, evrensel bir deneyim olmamasından kaynaklanmaktadır. Çocuklar yetişkinlerin minyatürü değildir. Hayatlarının farklı evrelerinde, farklı derecede korunmaları, katılmaları gerekmektedir²³⁸.

ÇHS md. 5'e göre taraf devletler; ebeveynin, yasal temsilcilerin, yerel âdete uygun olarak geniş aile veya cemaat üyelerinin çocuğun gelişen kapasitelerine uygun

²³⁵ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 1 (2001), Article 29 (1), The aims of education, 17 April 2001, CRC/GC/2001/1, para. 8, (Çevrimiçi), <https://www.refworld.org>, 03.11.2018.

²³⁶ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 34.

²³⁷ Gerison Lansdown, **The Evolving Capacities of the Child**, Unicef, Innocenti Research Centre, Florence, 2005, s. 3, (Çevrimiçi), <https://www.unicef-irc.org>, 01.12.2018.

²³⁸ Van Bueren, **a.g.e.**, s. 37.

olarak çocuğun haklarını kullanmasında yönlendirme ve rehberlik etme hak ve sorumluluklarına saygı duymakla yükümlüdürler. Buna göre, ebeveyn veya çocuktan sorumlu diğer kişiler çocuğun gelişen kapasitelerini dikkate almakla yükümlüdür²³⁹. Gelişen kapasiteler kavramı ÇHK'nin 4 No'lu Genel Yorum'unda da geçmektedir. Genel Yorum'da, 18 yaşına gelene kadar tüm ergenlerin gelişen kapasitelerine uygun olarak Sözleşme'deki haklardan yararlanabileceği vurgulanmıştır²⁴⁰. ÇHS'de korunan tüm hakların uygulanmasında, çocukların gelişimleri ve gelişen kapasiteleri dikkate alınmalıdır²⁴¹.

Çocuğun yönlendirilme ve rehberlik hakkı; çocuğun bilgi, tecrübe ve idrak eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Çocuğun kapasiteleri zaman içinde geliştikçe ebeveynin, yasal temsilcinin ya da çocuktan sorumlu olan kişinin yönlendirme ve rehberlik hakkı; hatırlatma ve tavsiyeye, daha da geliştikçe çocuğun görüşleriyle eşit düzeyde bir bilgi paylaşımına dönüşecektir. Bu süreç çocuğun gelişiminin bir noktasında durmaz, çocuğun katkı yapması teşvik edilerek devam eder. Bu muhakeme, ÇHS md. 5'in, ÇHS md. 12 ışığında yorumlanması ile ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle, çocuğun kapasiteleri arttıkça çocuk, kendisini ilgilendiren konularda daha fazla sorumluluk alacaktır²⁴².

ÇHS md. 5, herhangi bir yaş sınırı öngörmemektedir. Haklarını kullanabilmesi için çocuğun, belirli bir yaşa ulaşmasından ziyade, yeteri kadar yeteneklerini, kavrayış kapasitesini ve bilgisini göstermesi belirleyici olmalıdır. Fakat uygulamada her çocuğun kapasitesinin ayrı ayrı ölçülmesi mümkün olamayacağından belli durumlarda yaş sınırı tanınması zaruri olabilir. Çocukların sömürü ve istismardan korunması için de bazı durumlarda yaş sınırı getirilmesi zorunlu olabilir. Evlenme yaşı veya filmlere yaş sınırı getirilmesi buna örnek gösterilebilir. Çocukların kendi haklarını kullanabilmeleri ile ilgili yasa yapılması ve yaş sınırı getirilmesi hususlarında ÇHS md. 5 göz önünde bulundurulmalıdır²⁴³.

Sonuç olarak, ÇHS md. 5 ve ÇHS md. 12 birbirleriyle sıkı ilişki içerisindedir.

²³⁹ Parkes, **a.g.e.**, s. 41.

²⁴⁰ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 4 (2003): Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child, 1 July 2003, CRC/GC/2003/4, para. 1, (Çevrimiçi), <https://www.refworld.org>, 02.03.2019.

²⁴¹ CRC/C/GC/20, para. 1.

²⁴² CRC/C/GC/12, para. 84, 85.

²⁴³ Lansdown, **The Evolving Capacities of the Child**, s. 4.

12. madde çocuğun katılım hakkını düzenlerken 5. madde kapasitesi yeterli olan çocukların kendi haklarını kullanabileceklerine işaret etmektedir²⁴⁴. Her iki madde de, karar verme yeteneğinin çocuğun 18 yaşını bitirmekle bir gecede kazanılan bir yetenek değil zamanla yavaş yavaş kazanılan bir yetenek olduğunu kabul etmiştir²⁴⁵.

III. ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ UYGULANMASI İÇİN GENEL ÖNLEMLER VE TARAF DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin hayata geçirilebilmesi için hükümetler tarafından bazı önlemlerin alınması gerekmektedir. Çoğu ülkede, çocukları sessizleştiren, onları dışlayan, görüşlerini ifade etme hakkını reddeden yaygın uygulamalar mevcuttur. Hükümetlerin, ileriye etkili olarak bu uygulamaları değiştirmeleri, saygı kültürünün oluşması için yasal zeminde de olmak üzere birtakım önlemler almaları gerekmektedir²⁴⁶.

Çocuk Hakları Komitesi, taraf devletlerin ÇHS md. 12'ye koyduğu şerhleri ve çekinceleri bir daha gözden geçirmelerini ve bunları geri almalarını şiddetle tavsiye etmektedir. Çocuğun katılım hakkının sağlanabilmesi için gerekli bütün yasal değişikliklerin yapılması ve gereken tüm mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir. İlgili bütün uzmanlara ÇHS md. 12 ile ilgili eğitim verilmesi gerekir²⁴⁷.

Özel olarak çocuk hakları meseleleriyle ilgilenen bağımsız bir insan hakları kurumu, çocuk komisyonu ya da ombudsmanının yetkilendirilmesi gerekir. Bu kurumlar çocukların haklarının siyasetçiler ve toplum tarafından anlaşılması bakımından kilit bir rol oynamaktadırlar. ÇHK'nin 2 No'lu Genel Yorum'u uyarınca çocukların bu kurumlara katılımı önemlidir²⁴⁸.

²⁴⁴ Lansdown, *Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12*, s. 36.

²⁴⁵ Aoife Daly, *Children, Autonomy and the Courts, Beyond the Right to be Heard*, s. 5.

²⁴⁶ Committee on the Rights of the Child, Report on the 43rd Session, September 2006, "The Right of the Child to be Heard", (Çevrimiçi), <https://archive.crin.org>, 05.04.2019.

²⁴⁷ CRC/C/GC/12, para. 49.

²⁴⁸ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 2 (2002): The Role of Independent National Human Rights Institutions in the Promotion and Protection of the Rights of the Child, CRC/GC/2002/2, 15 November 2002, para. 1.

Çocuğun katılım hakkının tam olarak gerçekleşmesini engelleyen olumsuz davranışlarla mücadele edilmesi gerekir. Toplumun, çocuklarla ilgili geleneksel tutumunun değişmesi için kampanyalar düzenlenmeli, medya bir araç olarak kullanılmalıdır²⁴⁹.

B. Adli ve İdari İşlemlere İlişkin Genel Yükümlülükler

Çocuğu dinleme ve görüşlerini dikkate alma yükümlülüğü, bütün idari ve adli işlemlere katılan kişiler bakımından geçerlidir. Bu kişiler mahkemenin sosyal hizmet memuru, sosyal hizmetler uzmanı, vesayet memuru, hakim, avukat, arabulucu ve ebeveyn olabilir. Bütün bu aktörler, bu işlemlerin bütün aşamalarında rol oynarlar. Çocuğun bulunduğu işlemlerin bütün aşamalarında çocuğun katılım hakkına saygı gösterilmelidir. Çocukların doğrudan muhatap olduğu bu işlemlerle ilgili düzenlemeler yapılması ve politikalar üretilmesi gerekir. Çocukların karşılaştıkları zorluklara ve engellere dair kavrayışı, sürecin nasıl ve neden işlediğine dair bilgisi, çocuğa rehberlik açısından çok değerli bir kaynaktır. Fakat çocuğun sürece ilişkin kavrayışı onun yaşı ve olgunluğu ile ilintilidir. Yargılamanın amacı ve anlamını algılayamayacak derecede küçük çocukların bu sürece doğrudan dahil edilmesi ise uygun değildir²⁵⁰.

Çocuk Hakları Komitesi, 12 No'lu Genel Yorum'da, ÇHS md. 12'nin her iki fıkrasının da uygulanması ile ilgili olarak beş adım öngörmüştür²⁵¹. Bu beş adım, çocuğun katılım hakkının etkin bir şekilde gerçekleşmesi için gereklidir. Çocuğun tıbbi meselelerde karar verme süreçleriyle ilgili olarak yazılmış bir makalede ise, çocuğun karar verme süreçlerine katılımı için dört aşama belirlenmiştir. Bunlar; aydınlatılma, aydınlatılmış görüşü ifade etme, bu görüşün dikkate alınması, ana veya katılan olarak karar verici olma şeklindedir²⁵².

Çocuk Hakları Komitesi'nin öngörmüş olduğu adımlar aşağıdaki gibidir:

²⁴⁹ CRC/C/GC/12, para. 49.

²⁵⁰ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 51.

²⁵¹ CRC/C/GC/12, para. 40.

²⁵² Gerison Lansdown, **The Evolving Capacities of the Child**, 2005, s. 4, Ayrıntılı bilgi için bakınız: Priscilla Alderson, Jonathan Montgomery, "Health Care Choices, Making Decision with Children", (Çevrimiçi), https://www.researchgate.net/profile/Priscilla_Alderson2/publication/264713596_Health_Care_Choices_Making_Decisions_with_Children/links/5b6d618045851546c9fa1a71/Health-Care-Choices-Making-Decisions-with-Children.pdf, 12.11.2018.

1. Hazırlık

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde, çocuğun bilgilendirilme ve davada görüşlerini ifade etme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, iç hukuk bakımından yeterli anlama kabiliyetine sahip sayılan çocuğun ilgili bilgiyi tamamiyle edinme hakkı vardır²⁵³. Çocuğun katılım hakkını gereği gibi kullanabilmesi için sağlıklı bir görüş oluşturabilmesi gerekir. Bunun için de çocuğun bu konuda bilgilendirilmesi ve aydınlatılması şarttır²⁵⁴. Yargılamanın tüm aşamalarında çocukların, eğitilmiş profesyoneller tarafından gerekli tüm bilgileri alması gerekmektedir²⁵⁵.

Çocuğun dinlenilmesinden sorumlu olan kişi, çocuğu, kendisini ilgilendiren her konuda, özellikle adli ve idari işlemlerde (yargılamalarda) fikrini söyleme hakkı olduğu konusunda bilgilendirmelidir. Çocuğun görüşünün sonucu nasıl etkileyeceği konusunda da çocuğa bilgi verilmelidir. Çocuğa doğrudan ya da bir temsilci aracılığıyla dinlenebileceği açıklanmalıdır. Çocuk, tercihinin muhtemel sonuçlarının farkında olmalıdır. Çocuğa, duruşmanın nerede, ne zaman gerçekleşeceği, katılımcıların kimler olacağı konusunda bilgi verilmesi gerekir²⁵⁶.

Çocuğun görüşünü ifade edebilmesi açısından uyumsuzluk konusu anlayabileceği şekilde açıklanmalı, çocuğa sorular sorulmalıdır²⁵⁷.

Çocuğa verilen tüm bilgilerin çocuğun yaşına uygun olması gerekir. Çocuk dostu bilgi notu hazırlanması faydalı olabilir²⁵⁸.

Çocuk Hakları Komitesi'nin, bireysel şikayet yoluyla önüne gelen bir vakada, başvuran, yaş belirleme işlemleri sırasında kendisine anlayabileceği biçimde bilgilendirme yapılmadığından şikayetçi olmuştur²⁵⁹. Komite, ulusal makamların başvurana avukat tayin ettiği, avukatın bütün süreçlerde başvuranın yanında olduğu,

²⁵³ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt, Bölgesel Sistemler**, s. 460.

²⁵⁴ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 9.

²⁵⁵ Daly, Rap, **a.g.m.**, s. 301.

²⁵⁶ CRC/C/GC/12, para. 41.

²⁵⁷ Elçin, **a.g.m.**, s. 17.

²⁵⁸ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 52.

²⁵⁹ UN Committee on the Rights of the Child, Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 15/2017, CRC/C/80/D/15/2017, para. 3.1.

bir öğretmenin de başvurana eşlik ettiğinden hareketle başvuyu kabul edilemez bulmuştur²⁶⁰.

2. İfade Verme

Çocuğun katılım hakkının güvence altına alınması için yetkili makamların birtakım önlemler alması gerekmektedir. Buna göre, yeterli kavrama yeteneğine sahip her çocuk mahkemeye erişebilmelidir. Bunun için yol masrafı vs. karşılanmalıdır. Yüksek kalitede ücretsiz hukuki yardım sağlanmalıdır. Avukatlar, çocuğun görüşlerini temsil etmelidirler ve eğer çocuklar görüşlerini ifade edecek olgunlukta iseler mahkemeden önce görüşleri alınmalıdır. Bazen çocuğun görüşleri ile uzman görüşleri çatışabilir. Böyle durumda taraf devlet, çocuğun görüşünün alındığından ve bu görüşe gereken ağırlığın verildiğinden emin olmalıdır²⁶¹.

Kara Avrupası sisteminde çocuğun hakimle doğrudan iletişime geçmesi yaygın bir durumken, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde sosyal rapor sistemi yaygındır. Çocukların duruşmada doğrudan dinlenilmesinin mi yoksa çocukları yargılama süreçlerinden uzak tutmanın mı tercih edilesi olduğu sorunu henüz çözülebilmemiş değildir²⁶². Çocukların, kendilerini ilgilendiren medeni yargılamalarda, duruşmada hazır bulunup bulunmaması gerektiği anahtar konulardan birisidir. Çocukları mahkeme sürecine dahil etmek zor olduğundan çocukların adli süreçlerden uzak tutulmasını savunan güçlü bir anlayış vardır. Fakat çocuklar yargılamaya katıldıklarında olumlu deneyimler edinmişlerdir²⁶³.

Hakimler çocuğun katılım hakkına saygı göstermekle ve bu hakkın etkili kullanılabilmesi için gereken tüm bilgileri sağlamakla yükümlüdürler²⁶⁴. Çocuğun görüşünün alınması sırasında çocuğa ihtilaftaki mesele ile ilgili soru sorma imkanı sağlanmalıdır²⁶⁵.

²⁶⁰ CRC/C/80/D/15/2017, para. 11.4, 11.5.

²⁶¹ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 52.

²⁶² Daly, Rap, **a.g.m.**, s. 310.

²⁶³ Konuyla ilgili yapılan birtakım çalışmalar için bakınız: Daly, Rap, **a.g.m.**, s. 311.

²⁶⁴ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 52.

²⁶⁵ Felder/Nufer, Richtlinien für die Anhörung des Kindes aus kinderpsychologischer/kinderpsychiatrischer Sicht gemäss Art.12 der UNO_Konvention über die Rechte des Kindes, SJZ 95, (1999), Nr.14, s.318, aktaran: Elçin, **a.g.m.**, s. 16.

Çocuk görüşlerini açıklamaya hiçbir zaman zorlanmamalıdır. Çocuğun görüşünün alınması menfaatlerini tehlikeye düşürecekse çocuğun dinlenilmemesi gerekir. Çocuğun görüşünün alınması kuralı, çocuğun çıkarlarının korunması için konmuş bir kuraldır. Eğer ortam ve koşullar çocuğun görüşünün alınması için uygun değilse, çocuk korkmuş ya da tedirginse çocuğun görüşü alınmayabilir veya ertelenebilir²⁶⁶.

Çocuğun yargılamaya katılmasına birtakım engeller vardır. Çocukların duruşma esnasında birden fazla yetişkin yabancıyı karşısında bulması korkmalarına sebep olmakta ve özgürce kendilerini ifade etmelerini engellemektedir²⁶⁷. Çocuklar, eğer mahkeme üyelerini daha önceden tanırlarsa korkularının giderileceğini ifade etmişler, mahkeme üyeleriyle önceden tanışmak istediklerini söylemişlerdir²⁶⁸. Bu sebeple, mahkeme daha az tehdit edici görünmelidir, örneğin hakimler çok resmi giyinmeyebilirler²⁶⁹. Duruşma yerinin çocukların ihtiyaçları için uygun olması gerekmektedir²⁷⁰.

Çocuk için ayrı bir bekleme odası olmalıdır²⁷¹. Bekleme odası çocuk dostu olmalıdır. Bekleme odasının uygunsuz olması çocuklar açısından problem olabilmektedir²⁷².

Bütün mahkeme kararları gerekçeleriyle beraber açıklanmalı, böylece çocuk neden böyle bir karar verildiğini ve bunun sonuçlarının neler olabileceğini anlamalıdır.

Çocuklar, üstün yararlarına aykırı düşmedikçe, annesinin, babasının ya da seçtikleri uygun bir yetişkin kişinin refakatinde olabilirler. Mümkün olduğu müddetçe video, ses kaydı gibi görüşme mekanizmaları kullanılmalıdır, çocuk

²⁶⁶ Elçin, **a.g.m.**, s. 18.

²⁶⁷ Daly, Rap, **a.g.m.**, s. 311.

²⁶⁸ “Children and Young People’s Views and Experiences of Children’s Hearings – a Summary, Children’s Hearings Scotland”, Edinburgh, 2014, s. 14, (Çevrimiçi), <http://www.chscotland.gov.uk>, 15.07.2019.

²⁶⁹ Lansdown, **Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 54.

²⁷⁰ Daly, Rap, **a.g.m.**, s. 301.

²⁷¹ Parkes, **a.g.e.**, s. 38.

²⁷² Daly, Rap, **a.g.m.**, s. 311, 10 yaşındaki bir kız çocuğunun bekleme odası ile ilgili ifadeleri için bakınız: “Child-friendly justice, Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States”, France, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017, s. 50, (Çevrimiçi), <https://fra.europa.eu>, 16.07.2019.

mahkemedeyken çocuğu korumak için görüntü ekranı uygun yerde ayarlanmalıdır. Çocuklar zararlı olabilecek herhangi bir bilgi ve görüntüden esenlikleri gereği korunmalıdırlar. Zararlı olması muhtemel içeriğin çocuğa açıklanmasına karar verildiğinde ise psikolog, sosyal hizmetler görevlisi gibi diğer uzmanlara danışılmalıdır. Çocukların dahil olduğu mahkeme celseleri, onların hızlarına ve dikkat sürelerine göre ayarlanmalıdır. Mahkeme celseleri arasındaki bölünme ve dağılmalar asgari düzeyde tutulmalıdır. Çocuklar için mahremiyet güvence altına alınmalıdır²⁷³.

Tercihen çocuk açık oturumda değil kapalı bir oturumda dinlenilmelidir²⁷⁴. Çocuğun ifadesinin alınma biçimi, onun tek taraflı dinlenilmesi şeklinde değil sohbet şeklinde olmalıdır²⁷⁵.

Çocuğun görüşlerini ifade ettiği ortam uygun ve teşvik edici olmalıdır, böylece çocuk, ifadeyi alan kişinin bu konuda istekli olduğundan ve onu dikkate aldığından emin olabilir²⁷⁶. Mahkeme koridorunda, sosyal çalışma görevlisinin çocukla birkaç dakikada yaptığı görüşme bir fayda sağlamaz. Çocukla yapılan böyle bir görüşme yalnızca kanunları uygulamak olur²⁷⁷.

Çocukları dinlemek, çocukların dil ve iletişim yetenekleri zayıf olduğundan, zor bir görev olacaktır. Çocuklar, çeşitli sebeplerle yaşadıkları şeylerin tamamını anlatamayabilirler. Örneğin önemli bir bilgiyi saklayabilirler. Ayrıca, çocukla görüşme yapan kişiler, sorularını çocukların seviyesine indirmede ya da çocukların cevabını etkilemeden soru sormada yeterli yeteneğe sahip olmayabilirler. Çocuklarla görüşme yapan kişilerin bu tür bilgilere sahip olmaması yargılamanın gerçek dışı ön yargılarla başlamasına sebebiyet verebilir²⁷⁸. Buradaki temel problem, çocuklarla görüşme yapanların, yaygın bir biçimde seçenekli ve fikir verici soru sormalarıdır. Seçenekli soru çocukların bilgiyi açıklamalarını sağlamaz aksine çocukları

²⁷³ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 54.

²⁷⁴ CRC/C/GC/12, para. 43.

²⁷⁵ CRC/C/GC/12, para. 43.

²⁷⁶ CRC/C/GC/12, para. 42.

²⁷⁷ Elçin, **a.g.m.**, s. 22.

²⁷⁸ Ann Christin Cederborg, "Children's Right to be Heard from Their Unique Perspective", **Child-friendly Justice, A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child**, ed.: Said Mahmudi, Pernilla Leviner, Anna Kaldal, Katrin Lainpelto, Stockholm Studies in Child Law and Childrens Rights, Volume 1, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, s. 73.

seeneklerden birini kabul etme ya da reddetmeye zorlar. Fikir verici sorularda ise soru soran, çocuğun daha önce zikretmediği, varsayılmış detayları vermiş olur. Yazara göre, davet edici ve emir kipinde bilgi isteyen (**directive prompts**) formatında olan açık uçlu sorular, özellikle davet edici tipindeki sorular en tercih edilesi soru tipidir. Zira, bu istemler cevabı en az etkiler. Davet edici sorular ise, çocukları yaşadıklarını serbest bir şekilde anlatmaları için teşvik eder. Mesela, “bu konudaki her şeyi bana anlat” sorusu davet edici bir sorudur. Emir kipindeki sorular ise çocuğun daha önce anlattığı bilgiden yola çıkılarak sorulur. “Bu olay olurken sen neredeydin?” sorusu istem içeren emir kipindeki soru türüne rnektir²⁷⁹.

3. Çocuğun Kapasitesinin Değerlendirilmesi

Bir ocuğun sadece yaşı sebebiyle görüşlerini açıklaması reddedilmemelidir.

Mahkeme kural olarak, çocuğun kapasitesinin var olduğunu kabul etmelidir. Fakat mahkeme, delillere dayanarak, gerçekten çocuğun görüş oluşturmak için kapasitesinin yeterli olmadığı kanaatine ulaşırsa, çocuğu dinlemekten vazgeebilir²⁸⁰.

Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun, istediği takdirde mahkemede görüşlerini açıklayabilmesi sağlanmalıdır. Çocuğun yaşı çok küçük olsa bile, görüş oluşturma yeteneğine sahip olabileceği unutulmamalıdır. Mahkeme, çocuğu etkileyen bir karar verdiğinde, mümkün olduğunca bu kararın, çok küçük yaştaki çocuklar da dahil, çocuğun görüşlerinden haberdar olunarak verildiğinden emin olmalıdır²⁸¹.

İkinci olarak, çocuğun görüşleriyle ne ölçüde bağlı olunacağı değerlendirilmelidir. HKAS md. 6’da ocuk tarafından ifade edilen görüşlere gereken ağırlığın verilmesi gerektiği kabul edilmiřtir²⁸². Eğer ocuk görüşlerinin olası sonuçlarını anlayabilecek yeteneğe sahip ise bu, nihai kararın verilmesinde önemli bir unsur olarak göz önünde bulundurulmalıdır²⁸³. Bunun için olay temelinde bir değerlendirme yapılmalıdır²⁸⁴. Çocuğun kapasitesinin değerlendirilebilmesi için

²⁷⁹ Cederborg, **a.g.e.**, s. 74.

²⁸⁰ Lansdown, **Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 55.

²⁸¹ **A.e.**, s. 56, CRC/C/GC/12, para. 44.

²⁸² Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt, Bölgesel Sistemler**, s. 462.

²⁸³ Lansdown, **Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, s. 56.

²⁸⁴ CRC/C/GC/12, para. 44.

standartlar geliştirilmesi gerekmektedir. Sağlık hakkındaki kararlarda uygulanmak üzere geliştirilen dört standart vardır. Şimdilik, bunlar uygun düştüğü ölçüde adli işlemlere de uygulanabilir. Bu ölçütler şu şekildedir: Çocuk, ilgili bilgiden haberdar olma ve onu anlama yeteneğine sahip olmalıdır. Çocuğun diğer seçenekleri de anlayabilmesi, tercih yapabilmesi, endişelerini açıkça dile getirebilmesi ve ilgili sorular sorabilmesi gerekmektedir. Makul düşünebilmelidir. Söz konusu mesele üzerinde kafa yorabilmelidir. Çocuk, yeterli derecede istikrarlı değerler bütünü kazanma yeteneğine sahip olmalıdır. Çocuk, bir kararı neyin oluşturacağına dair bir değerler bütününe sahip olmalıdır²⁸⁵.

Çocuk, belli ölçüde müstakil şekilde düşünme ve seçim yapma yeteneğine sahip olmalı, baskı ve hileye maruz kalmadan kendi başına tercihte bulunabilmeli ve kendi başına meseleyi düşünebilmelidir. Çocuk, olası yarar, risk ve zararları değerlendirebilme yeteneğine sahip olmalıdır. Çocuk, fiilin, ona nasıl etki edeceği, kısa ve uzun vadedeki olası sonuçları gibi birtakım yönlerini anlayabilmelidir. Sayılan bu ölçütler yetişkinlerde olduğu gibi düşünülmemelidir. Çocuğun bu yeteneklere başlangıç derecesinde de sahip olması yeterlidir²⁸⁶.

4. Çocuğun Görüşüne Hangi Ölçüde Ağırlık Verildiği Konusunda Bilgi Verme (Geri Bildirim)

Çocukların kendileri hakkında ne karar verildiğini ve bu karar verilirken görüşlerinin ne ölçüde dikkate alındığını öğrenebilme hakları vardır. Geri bildirim hakkı, çocuğun yalnızca formalite olarak dinlenilmemesini, görüşlerinin de dikkate alınmasını güvence altına almaktadır. Geri bildirim, hakim veya çocuğun avukatı tarafından yapılabilir. Bu, çocuğun anlayacağı bir dilde ve gerekli tüm bilgileri içerecek şekilde olmalıdır. Çocuğun bu karara karşı başvurabileceği çeşitli mekanizmalar olmalıdır²⁸⁷. Her ne kadar Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde geri bildirim yükümlülüğü düzenlenmemişse de pek çok yazar bunun iyi bir uygulama olduğunu

²⁸⁵ Dan W. Brock, "Children's Competence for Health Care Decisionmaking", **Children and Health Care - Moral and Issues**, ed.: Loretta M. Kopelman, John C. Moskop, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1989, s. 184.

²⁸⁶ Christine Harrison, Nuala Kenny, Mona Sidarous, Mary Rowell, "Bioethics for clinicians: 9. Involving Children in Medical Decisions", **Canadian Medical Association**, 156 (6), 1997, s. 827.

²⁸⁷ CRC/C/GC/12, para. 45.

belirtmiştir. Özellikle çocukların görüşü aleyhine karar verildiğinde çocukların neden görüşlerinin uygulanmadığını bilme hakları vardır. Çocuklara neyin uygun olduğu anlatılmalı, amaçlarına ulaşmaları için alternatif yollar gösterilmelidir²⁸⁸.

5. Şikayet, Kanun Yolları ve Düzeltme

Çocukların, katılım hakları umursanmadığında ya da ihlal edildiğinde temyiz veya şikayet yoluna başvurma hakları vardır. Çocuk Hakları Komitesi, 5 No'lu Genel Yorum'unda, haklara sahip olmanın anlamının o haklar ihlal edildiğinde bunun tazmini için etkili kanun yollarına başvurabilmek olduğunu söylemiştir²⁸⁹. Bu sebeple bu hakkı yasal bir düzleme kavuşturmak ve çocuklara güvenli, erişebilir ve hızlı bir başvuru yolu sağlamak önemlidir. Aynı zamanda bu yol, çocuk dostu ve bilinir hale getirilmiş olmalıdır. Çocukların bölgesel veya uluslararası şikayet yollarına başvurabilmesi için de gereken önlemler alınmalıdır. 2014 yılında yürürlüğe giren Çocuk Hakları Sözleşmesi Bireysel Şikayete ilişkin Seçmeli Protokol ile çocukların Çocuk Hakları Komitesi'ne bireysel başvuruda bulunması mümkün olmuştur. Ulusal makamlar çocukların hangi hakları bakımından bu yolu nasıl kullanabilecekleri konusunda çocukları bilgilendirmelidir²⁹⁰.

Bu hakkın gerçekleşebilmesi için; mahkemeye başvuru yolunun açık olması gerekir. Mahkemeye başvuruda bir yaş sınırı konulmamalıdır. Mümkün olduğu ölçüde çocukların itiraz gibi yollara kendilerinin başvurması sağlanmalıdır. Bu işi kendi başlarına yapamayacak çocuklar için ise bir temsilci sağlanmalıdır. Bağımsız şikayet yollarına erişim de açık olmalıdır. Okul, günlük bakım merkezi, hastane, cezaevi, çocuk evleri gibi kurumlarda çocukların şikayetlerini iletebilecekleri, kamu denetçisi veya benzeri kişilerin bulunması gerekmektedir. Çocuklar bu kişilerin kimler olduklarını ve onlara nasıl ulaşabileceklerini bilmelidirler. Aile içi uzlaşmazlıklarda da çocukların danışabilecekleri bir kurum mevcut olmalıdır. Danışma hizmetlerinin gizliliği sağlanmalıdır. Çocukların bu prosedürlere erişebilmesi için ücretsiz yasal temsilci sağlanmalıdır²⁹¹.

²⁸⁸ Shier, **a.g.m.**, s. 113.

²⁸⁹ CRC/GC/2003/5, para. 24.

²⁹⁰ Lansdown, **Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12**, s. 57.

²⁹¹ CRC/C/GC/12, para. 45, 46.

C. Özel İşlemlerle İlgili Yükümlülükler

1. Boşanma ve Ayrılık

Boşanma ve ayrılık davalarında, çocukların ilişkileri de mahkemelerin kararlarından etkilenmektedir. Çocuğun velayeti, çocuğun ebeveyniyle kişisel ilişki kurması gibi hususlar karara bağlanmaktadır. Mahkemelerin, bu tür davalarda çocuğun en üstün yararını göz önünde bulundurması gerekmektedir. Boşanma ve ayrılık davalarında karar vericiler tarafından çocuğun katılım hakkı göz önünde bulundurulmalıdır. Çocukların dinlenilmesi için asgari bir yaş belirlenmemelidir. Çocukların görüş oluşturma kapasitesine sahip olup olmadığı her çocuk özelinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir²⁹². Çocuklar, ne görüşlerini açıklamaya ne de ebeveyninden birini seçmeye zorlanamaz. Mahkeme çocuğu etkileyen bir karar verdiğinde çocuğun görüşlerini ele almanın bir yolunu bulmalıdır. Mahkeme bir vasiye ya da avukata; çocukla konuşması, onun görüşlerini tespit etmesi ve bunu mahkemeye rapor etmesi için başvurabilir. Mahkeme çocuğu doğrudan dinleyebilir. Çocuğun yaşı ve bilinci yeterli düzeyde olduğunda mahkeme çocuğa özel olarak dinlenilmesi için davet göndermelidir. Çocuk bu davete icap etme ya da reddetme hakkına sahiptir. Çocuğun görüşü tam olarak tespit edilmeden verilen mahkeme kararının hükümsüz olacağına dair kurallar konulmalıdır. Bu, mahkemelere, tüm çabayı çocukları dinlemeye yöneltmeleri noktasında pozitif bir yükümlülük yükler. Çocuklar, kendilerinin sebep olduğu düzenlemelere de karşı çıkma hakkına sahiptirler. Çocukların değişen durumlarına göre düzenlemeleri yeniden gözden geçirmek ve uyarlamak önemlidir. Bu hak hem mahkemenin verdiği bir kararda hem de aile içinde alınan resmi olmayan bir kararda geçerlidir²⁹³.

2. Ebeveyninden Ayırma ve Alternatif Bakım

Pek çok çocuk, ailesinden geçici bir süre için veya kalıcı olarak ayrılmak zorunda kalmaktadır. Bunun sebebi bazen ebeveyni onlara bakamadıkları için bazen de ebeveyni tarafından şiddet, ihmal veya istismarla karşı karşıya kalma riskleri

²⁹² CRC/C/GC/12, para. 51, 52.

²⁹³ Lansdown, *Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No. 12*, s. 64.

bulunduğu içindir²⁹⁴. Çocukların, haklarında, mahkeme veya sosyal hizmetler tarafından alternatif bakıma yerleştirmeye karar verildiğinde, görüşlerine başvurulma ve bu görüşlerine gereken ağırlığın verilmesi hakkı vardır. ÇHS md. 9 çocuk hakkında ayrılık kararı verilmesini düzenler. ÇHS md. 9/ f. 2'ye göre, böyle bir ayrılık kararı verilirken tüm taraflar dinlenilmelidir²⁹⁵. Çocuklar da bu meselenin bir tarafı olduğuna göre yaşı ve olgunlukları düzeyinde onların da görüşlerine ağırlık verilmelidir. Bunun sağlanması için birtakım önlemler alınmalıdır. Çocuklar, değerlendirme, ayırma ve yerleştirme süreçleri boyunca görüşlerini ifade edebilmelidir. Koruma planının hazırlanma sürecinde çocuklara tartışmalara ve toplantılara katılma fırsatı verilmelidir²⁹⁶. Kendilerini etkileyen herhangi bir yargı sürecine katılabilmelidirler ve gerekli olduğu takdirde bir temsilciden faydalanma hakları vardır. Mahkeme çocuğun en üstün yararını belirlemek üzere bir vasi tayin ettiğinde, çocuğun görüşünü temsil etmek üzere ayrı bir temsilcinin de tayin edilmesi gerekmektedir. Çocuğun katılım hakkının güvence altına alınabilmesi için alternatif çözüm yolları da mevcut olmalıdır²⁹⁷.

3. Evlatlık Verme

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 21. maddesine göre; *"Evlat edinme sistemini tanıyan ve/veya buna izin veren Taraf Devletler, çocuğun en yüksek menfaatleri ilkesinin en yüksek derecede gözetilmesini temin edeceklerdir"*. Maddede çocuğun ebeveyninin, akrabalarının veya kanuni vasilerinin evlat edinme işlemine cevaz vermesi gerektiği düzenlenmiş fakat çocuğun görüşüne veya rızasına açıkça bir atıfta bulunulmamıştır. ÇHS md. 21, f. a'da *"...gereken hallerde de, bu tür bir danışılmada bulunulmasının gerekli olduğu takdirde ilgili kişilerin bu evlat edinme hususunda bilgilendirilmiş rızalarının ("informed consent") verilmiş bulunduğunu tespit edecek/(belirleyecek) olan yetkili makamlar tarafından izin verilmesini temin edeceklerdir..."* ifadesi geçmektedir. Çocuk,

²⁹⁴ CRC/C/GC/12, para. 53.

²⁹⁵ "Bu maddenin birinci paragrafı uyarınca yapılan tüm işlemlerde, ilgili bütün taraflara işlemin yapılması sürecine katılma ve kendi görüşlerini ifade etme olanağı verilecektir." Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt Uluslararası Sistemler*, s. 601.

²⁹⁶ CRC/C/GC/12, para. 53.

²⁹⁷ Lansdown, *Every Child's Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12*, s. 66.

ilgili kişi olarak kabul edilirse, yalnızca gerekli olduğu takdirde çocuğın bilgilendirilmiş rızasının alınması gerektiği sonucuna varılır²⁹⁸.

Her ne kadar ÇHS md. 21, çocuğın görüşünün alınmasını açıkça düzenlemese de ÇHK, 12 No'lu Genel Yorum'da çocuğın görüşüne başvurulmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Buna göre, çocuğın evlat edinilmesinde veya İslam Hukuku'na göre kefalet konumunda aile yanına yerleştirilmesinde, çocuğın dinlenilmesi hayati bir önem taşır. Çocuğu üvey annesi-babası, koruyucu ailesi, bir süredir beraber yaşadığı kişiler evlat ediniyor olsa da çocuğın görüşü alınmalıdır. ÇHK, çocuğın en üstün yararının görüşü alınmaksızın belirlenemeyeceğini ifade etmiştir. ÇHS md. 21 uyarınca da çocuğın en üstün yararı gereği görüşü alınmalı ve çocuk evlat edinmenin veya kefaletin sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir²⁹⁹.

Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi'ne göre; evlat edinme süreçlerinde çocuğın uygun bir şekilde bilgilendirmesi ve çocuğa danışma hizmeti sağlanması, gereken yerlerde de rızasının alınması gerekmektedir. Bütün rızalar yönlendirme olmaksızın özgürce verilmiş olmalıdır. Lahey Sözleşmesi'nin 4. maddesinin d fıkrası şu şekildedir: *“Çocuğın yaşına ve olgunluğuna ilişkin şu hususların sağlanmış olması: (1) Çocuğın evlât edinmenin sonuçları ve gerekli ise buna rızası hakkında yeterince bilgilendirilmiş ve kendisiyle istişarede bulunulmuş olması; (2) Çocuğın arzu ve görüşlerinin nazara alınmış olması; (3) Çocuğın evlât edinmeye muvafakati gerekli ise bunun serbestçe ve aranan yasal şekillere uygun olarak verilmiş bulunduğu ve muvafakatin açıkça veya yazılı olarak verildiği hususunun tespit edilmiş olması; ve (4) Bu muvafakatin para ya da herhangi bedel mukabili elde edilmemiş olması”*³⁰⁰.

Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (ÇEAS) ise, 14 yaşındaki çocuğın evlat edinilirken rızasının alınması gerektiğini belirterek radikal bir düzenleme yapmıştır. Sözleşme'nin 5. maddesinde; hukuken yeterli anlayış düzeyine ulaşmış olan çocuğın rızasının alınması gerektiği, yeterli anlayış düzeyine ulaşmış sayılması için hukuken belirlenen yaşın 14'ten büyük olmaması gerektiği düzenlenmiştir. ÇEAS md. 6'da ise, 5. maddeye göre rızası alınması gerekmeyen

²⁹⁸ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt - Uluslararası Sistemler*, s. 606.

²⁹⁹ CRC/C/GC/12, para. 55, 56.

³⁰⁰ (Çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5049.html>, 02.08.2019.

çocuğa danışılması ve çocuğun görüşlerinin yaşı ve olgunluğu ölçüsünde dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Çocuğa danışılması, en üstün yararlarına aykırı düşecekse, çocuğa danışılmamalıdır³⁰¹. Parkes’e göre, ÇEAS’de geçen “danışma” ifadesi sebebiyle, sözleşme ÇHS md. 12 ile tam olarak uyumlu değildir. ÇHS md. 12 çocukların karar verme süreçlerine etkin katılımlarını öngörmektedir. Fakat danışma, danışılma ifadesi ise tepeden inmeci bir yaklaşımı çağrıştırmaktadır³⁰².



³⁰¹ Counsel of Europe, European Convention on the Adoption of Children, No. 202, 27.11.2008, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int>, 02.08.2019.

³⁰² Parkes, **a.g.e.**, s. 9.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Şahin v. Germany* vakasında, tüm devletlerin tanımak için istekli olması gereken çocuk hakları ve standartlarının Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde düzenlendiğini ifade etmiştir³⁰³. AİHM bu gönderme ile yalnızca ulaşılması gereken hedefi belirlemiş, içtihadını genişletmemiştir. Başka bir deyişle, bir çocuğun ÇHS'deki haklarının ihlal edildiği iddiası ile AİHM'ye başvuru yapması mümkün değildir³⁰⁴. AİHS'de bulunan haklar kapsamında çocuk hakları korunabilir. AİHS'de çocuk haklarına çok az atıf olmasına rağmen Mahkeme, çeşitli yorum yöntemleriyle Sözleşme'nin çocuk haklarını koruma potansiyelini artırmaktadır³⁰⁵.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÇOCUĞUN EN ÜSTÜN YARARINA İLİŞKİN STANDARTLARI

Çalışmada incelenen AİHM kararlarında, çoğunlukla çocuğun en üstün yararı araştırıldığından, AİHM'nin bu husustaki içtihadını ortaya koymak gerekmektedir. İncelenen kararlarda daha ziyade çocuğun katılım hakkı, çocuğun en üstün yararının gerçekleşmesi bakımından değerlendirilmiştir.

Çocuğun en üstün yararı; çocuğun kişilik gelişimi yönünden pek çok duruma, özellikle ebeveynin varlığına ya da yokluğuna, çocuğun çevresine ve deneyimlerine bağlıdır. Bu sebeple üstün yarar her somut olayda ayrı ayrı ele alınmalıdır³⁰⁶.

Mahkeme, velayet ile ilgili meselelerde çocuğun menfaatinin en üstte

³⁰³ Şahin v. Germany app. no. 30943/96, Grand Chamber, 08.06.2003, para. 39.

³⁰⁴ Van Bueren, **a.g.e.**, s. 18.

³⁰⁵ Kilkelly, "The CRC in Litigation under the ECHR", s. 194.

³⁰⁶ Roche v. Malta, app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 95.

tutulduğunu ifade etmiştir³⁰⁷. Çocuğun en üstün yararına, çocuğun doğası ve meselenin ciddiyeti gereği özel bir önem atfedilmiştir. Dolayısıyla çocuğun yararı, ebeveynin yararına üstün gelmektedir³⁰⁸. Ebeveyn, AİHS md. 8 çerçevesinde çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verici tedbirler alamaz³⁰⁹. Bir vakada çocuğun en üstün yararı belirlenirken iki husus göz önünde bulundurulmalıdır. Birincisi; çocuğun yetiştirilmesi bakımından ailenin yetersiz olduğu kanıtlanmadıkça, çocuğun en üstün yararı gereği aile bağları sürdürülmelidir. Çocuğun ailesinden koparılması halinde, gideceği yerde daha iyi yetiştirileceğinin ispatlanması yeterli değildir³¹⁰. İkincisi ise çocuğun gelişiminin güvenli bir ortamda gerçekleştiğinden emin olunmalıdır. Buna göre, AİHS md. 8 çerçevesinde ebeveyn, çocuğun sağlığını ve gelişimini tehlikeye sokacak kararlar almakla yetkili değildir³¹¹.

AİHS md. 8, çocuk ve ebeveynin menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasını, bu denge kurulurken çocuğun en üstün yararına, mahiyeti ve ciddiyeti gereği, ebeveyninkine üstün gelecek şekilde özel bir önem atfedilmesini gerektirir. Özellikle ebeveyn, çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verebilecek tedbirler almaya yetkili olamaz³¹².

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÇOCUĞUN KATILIM HAKKINI TANIMA SÜRECİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organları, çocuğun medeni yargılamada görüşünün alınması hakkını ilk kararlarında bir ebeveyn hakkı olarak tanımıştır. AİHS organlarının çocuğun görüşünün alınmaması sebebiyle, başvuran babanın aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verdiği ilk karar *Şahin v. Germany* kararıdır. Daire kararında çocuğun görüşünün alınmaması sebebiyle babanın özel ve aile yaşamı hakkının ihlal edildiğine hükmedilmişken Büyük Daire kararında tayin edilen uzmanın çocuğa mahkemede soru sorulmaması gerektiğine yönelik görüş

³⁰⁷ Gnahoré v. France, app. no. 40031/98, 17.01.2001, para. 59.

³⁰⁸ Şahin v. Germany, app. no. 30943/96, 08.06.2003, para. 66.

³⁰⁹ Scozzari and Giunta v. Italy, app.no: 39221/98 and 41963/98, 13.07.2000, para. 169.

³¹⁰ K. and. T. v. Finland, app. no. 25702/94, 12.07.2001, para. 173.

³¹¹ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, app. no. 41615/07, 06.07.2010, para. 136.

³¹² Elsholz v. Germany, app. no. 25735/94, 13.07.2000, para. 50.

beyan etmesi üzerine, babanın aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.

AİHM'nin Daire kararında, çocuğun ne ölçüde yargılama sürecine katılması gerektiği ve çocuğun açıkladığı görüşle ne ölçüde bağlı olunması gerektiği konusunda bir karar verilmiştir³¹³. *Şahin v. Germany* vakasında, başvuran, evlilik dışı doğan çocuğuyla görüşmesinin, çocuğun annesi tarafından engellenmesini ve bu konuda çocuğun görüşünün alınmamasını şikayet konusu yapmıştır³¹⁴. Daire 11.10.2001 tarihinde verdiği kararda çocuğun mahkemede dinlenilmemesinin başvuranın menfaatlerinin yeterli olarak korunamamasına sebep olduğunu ifade edip ulusal makamların takdir yetkisinin sınırını aştığına karar vermiştir³¹⁵. Böylece Daire, ebeveynin AİHS md. 8 çerçevesinde dava sürecinde çocuğunun görüşünün alınması hakkının olduğunu tanımıştır³¹⁶. Kararda çocuğun katılım hakkına açık bir atıf bulunmamaktadır. Yalnızca ÇHS'ye genel bir atıfla yetinilmiştir. Daha sonra başvuru Büyük Daire'nin önüne gelmiştir. Büyük Daire, çocuğa tayin edilen uzmanın görüşüne atıf yapmıştır. Uzman, çocuğa doğrudan babasıyla ilgili soru sorulmaması ve mahkemede dinlenilmemesi gerektiğine dair görüş beyan etmiştir. Ulusal mahkeme ise, uzmanın bu görüşüne dayanarak karar vermiştir. AİHM, ulusal mahkemenin uzman raporuna dayanarak karar vermesi sebebiyle, çocuğun görüşünün alınmamasının ihlale yol açmadığına karar vermiştir³¹⁷.

Şahin v. Germany kararı verildiğinde henüz Çocuk Hakları Komitesi'nin 12 No'lu Genel Yorumu mevcut değildi. Karar değerlendirilirken bu hususun da dikkate alınması gerekir. Ayrıca başvuran, çocuğun mahkemede dinlenilmemesiyle kendi aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Çocuk başvuru değildir. Bu sebeple, Mahkeme'nin yalnızca ebeveyn hakkında bir karar vermesi doğaldır. Daire, her ne kadar yalnızca ebeveyn hakkında bir karar vermiş olsa da, Büyük Daire'nin aksine, ulusal makamların, çocuğun en üstün yararına ilişkin karar

³¹³ Stalford, **a.g.e.**, s. 38.

³¹⁴ *Şahin v. Germany* app. no. 30943/96, 08.06.2003, para. 3.

³¹⁵ *Şahin v. Germany* app. no. 30943/96, 08.06.2003, para. 53, 54.

³¹⁶ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 445.

³¹⁷ *Şahin v. Germany* app. no. 30943/96, 08.06.2003, para. 75.

vermeden önce, çocukla doğrudan iletişim kurmasının önemli olduğunu ifade etmiştir³¹⁸.

Jucius and Juciuvienė v. Lithuania vakasında başvuru çocukların teyzesi ve eniştesidir. Çocuklar başvuranlarda kalmak istemesine rağmen ilk yargılamada mahkeme çocuklardan birinin velayetini babaannesi ve dedesine vermiştir³¹⁹. AİHM, bölge mahkemesinin velayetin kimde olacağına karar verdiğini ve bunun bir olay incelemesi olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple velayet hakkının kimde olacağına karar verilirken, çocukların duruşmaya katılıp görüşlerine başvurulması gerekirdi. AİHM, başka sebeplere de dayanarak, AİHS md. 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir. Fakat bu vakada, çocuk başvuru olmadığı için Mahkeme, çocuğun teyzesi ve eniştesi olan başvuru sahiplerinin özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³²⁰.

Bazı vakalarda ise başvuru ebeveyn, çocuğun görüşünün alınmaması sebebiyle değil, alınması sebebiyle şikayetçi olmaktadır. Örneğin, *Gineitiene v. Lithuania* vakasında başvuran anne, çocuklarının görüşü alındığı için, mahkemenin çocuklarını koruyamadığını iddia etmiştir. AİHM, 2010 yılında verdiği bu kararda çocukların menfaatleri söz konusu olduğunda, Litvanya iç hukukunun ve uluslararası hukukun çocuğun katılım hakkına öncelikli bir önem verdiğini belirtip bu talebi reddetmiştir³²¹. Vakada 8 yaşındaki çocuk ısrarla babası ile kalmak istediğini hem mahkeme önünde hem de bir uzmana beyan etmişti³²². Mahkeme, çocuğun, annesinin kendisine gereği gibi bakmadığını söylediği, ısrarla babasıyla kalmak istediği üzerinde durmuş, ulusal mahkemenin çocuğun en üstün yararına uygun karar verdiğine hükmetmiştir³²³. Bu vakada çocuk dinlenilmiş ve en nihayetinde ulusal mahkemeler çocuğun görüşü doğrultusunda karar vermiştir. AİHM de çocukların görüşüne dikkat çekmiş, ulusal mahkemelerin değerlendirmelerini uygun bulmuştur. Çocuğun katılım hakkına iç hukuk ve uluslararası hukukta yer verildiğine işaret etmiştir. Fakat bu kararda, çocuğun katılım hakkının AİHS'den kaynaklanıp

³¹⁸ Şahin v. Germany app. no. 30943/96, 08.06.2003, para. 53.

³¹⁹ Jucius and Juciuvienė v. Lithuania, app. no. 14414/03, 25.02.2009, para. 5, 10.

³²⁰ Jucius and Juciuvienė v. Lithuania, app. no. 14414/03, 25.02.2009, para. 31, 32.

³²¹ Gineitiene v. Lithuania, app. no. 20739/05, 27.10.2010, para. 39.

³²² Gineitiene v. Lithuania, app. no. 20739/05, 27.10.2010, para. 13, 14.

³²³ Gineitiene v. Lithuania, app. no. 20739/05, 27.10.2010, para. 39.

kaynaklanmadığı meselesi açık değildir. En nihayetinde Mahkeme, çocuğun yaşına aldirmaksızın görüşü doğrultusunda karar verilmesini, en üstün menfaatleri ile koşut görmüştür. Fakat vakada, uzman raporlarından bir kısmı da çocuğun annesinin kaldığı dairenin, çocuğa uygun olmadığı yönündeydi³²⁴. Ulusal makamlar bu görüşleri de değerlendirip karar vermiştir³²⁵. Vakada, çocuğun görüşü ile en üstün menfaatinin çatıştığı bir durum yoktu. Babasının ev ortamı çocuğa daha uygundu. Ayrıca, çocuğun beyanı, uzman görüşleri ve çocuğun ana sınıfı öğretmeninin de beyanı dikkate alındığında başvuran anne, çocuğuyla yeterince ilgilenmiyordu³²⁶. Özellikle çocuğun görüşü ile menfaatinin çatıştığı durumda ya da annenin de en az baba kadar çocuğuyla ilgili olduğu bir durumda mahkeme aksi yönde de karar verebilirdi.

Plaza v. Poland kararı Mahkeme içtihadında bir dönüm noktasıdır. Bu kararla beraber Mahkeme, ilk defa, açıkça, kendi görüşlerini oluşturabilen çocukların görüşlerine gereken ağırlığın verilmesi gerektiğini söylemiştir³²⁷. Ayrıca bu kararda Mahkeme, kararın ilgili ulusal hukuk ve uygulamalar bölümünde, ÇHS md. 12'ye yer vermiştir³²⁸. Mahkemenin ifadeleri şu şekildedir³²⁹: “Çok küçük çocuklar için ebeveynle iletişimin/ilişkinin/görüşmenin teşvik edilmesi ve sürdürülmesinin gerekip gerekmediği noktasında mahkemelerin mevcut tüm deliller ışığında nesnel bir değerlendirme yapmasını AİHM takdir eder. Fakat çocuklar zamanla olgunlaştıkça anne veya babasıyla ilişki kurma konusunda kendi görüşlerini oluşturabildiklerinde, mahkemelerin onların görüşlerine ve duygularına özel yaşama saygı haklarına olduğu kadar gereken ağırlığı vermeleri gerekir”. Mahkeme, bu kararda, velayet ve kişisel ilişki kurma meseleleriyle (**custody and access issue**) çocuğun psikolojik durumunu saptamanın ve görüşlerini dikkate almanın ilgisinin tartışmaya açık olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, her zaman tekrarladığı ebeveynin hakları ile çocuğun en üstün yararı arasında adil bir denge kurulması gerektiği içtihadına çocuğun tercihlerini de eklemiştir. Buna göre, ebeveynin hakları ve çocuğun en üstün

³²⁴ Gineitiene v. Lithuania, app. no. 20739/05, 27.10.2010, para. 9.

³²⁵ Gineitiene v. Lithuania, app. no. 20739/05, 27.10.2010, para. 17.

³²⁶ Gineitiene v. Lithuania, app. no. 20739/05, 27.10.2010, para. 13.

³²⁷ Roche v. Malta, app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 96.

³²⁸ Plaza v. Poland, app. no. 18830/07, 20.06.2011, para. 44.

³²⁹ Plaza v. Poland, app. no. 18830/07, 20.06.2011, para. 71.

yararı ve tercihleri arasında adil bir denge kurulmalıdır³³⁰. AİHM'nin bu içtihadına rağmen Kilkelly, 2015 yılında yayınlanan makalesinde, Mahkeme'nin çocukların görüşlerine ağırlık verilmesine atıf yapmasına rağmen çocukların henüz karar verme süreçlerine katılma hakkını tanımadığını söylemiştir³³¹.

Başvuranlardan birinin çocuk olduğu *M. and M. v. Croatia* vakası, annesi ve babasının boşanmasından itibaren (6 yaşından itibaren) babasıyla yaşayan, bu süreçte başına gelen adli vakalardan sonra da defalarca annesiyle yaşamak istediğini söyleyen, babasından şiddet gördüğünü iddia eden bir çocuk ve annesinin başvurusuna ilişkindir³³². AİHM 2015 yılında verdiği bu kararda, her ne kadar madde metninde açıkça ifade edilmese de karar verme süreçlerinin adil olması gerektiğini belirtmiş, çocuklarla ilgili pek çok meselede Mahkeme'nin, ebeveynin 8. madde çerçevesinde karar verme süreçlerine katılımının sağlanması gerektiğine karar verdiğini ifade etmiştir. (*Sommerfeld v. Germany, Şahin v. Germany*). Mahkeme, durumun icabına göre, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi ve Çocuk Hakları Komitesinin 12 No'lu Genel Yorum'u dikkate alındığında, aynı yorumun çocuklar için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, çocuklara dinlenilme ve görüşlerini ifade etme fırsatı verilmezse, kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip çocuğun karar verme süreçlerine etkin katılımından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir³³³. Mahkeme bu kararda ÇHK'nin 12. No'lu Genel Yorum'unun 20. paragrafına atıp yapmıştır. Buna ek olarak Mahkeme, Hırvat Kanunları uyarınca da görüşlerini ifade etme yeteneğine sahip çocuğun annesiyle mi yoksa babasıyla mı yaşamak istediğine dair görüşüne saygı duyulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, kiminle yaşamak istediğine dair görüşüne saygı duyulmadığı gerekçesiyle, birinci başvuran olan çocuğun özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³³⁴. Bu kararda Mahkeme, çocuğun katılım hakkının Sözleşme'den (AİHS) kaynaklandığını kabul etmiştir diyebiliriz. Zira Mahkeme, önce, velayet ve kişisel ilişki kurma davalarında, ebeveynin karar verme süreçlerine katılım hakkı olduğunu, eski kararlarına atıfla belirtmiş, sonrasında ebeveyn kadar olmasa da çocuğun da bu

³³⁰ Plaza v. Poland, app. no. 18830/07, 20.06.2011, para. 86.

³³¹ Kilkelly, "The CRC in Litigation under the ECHR", s. 195.

³³² M. and M. v. Croatia, app. no. 10161/13, 03.12.2015, para. 10-34.

³³³ M. and M. v. Croatia, app. no. 10161/13, 03.12.2015, para. 180, 181.

³³⁴ M. and M. v. Croatia, app. no. 10161/13, 03.12.2015, para. 184, 185, 186.

tür davalara katılım hakkı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu kararı verirken, ÇHS md. 12 ve ÇHK 12 No’lu Genel Yorum’a atıf yapmıştır. Yukarıda bahsedildiği gibi Mahkeme, bu kararda çocukların kişisel özerkliğinden bahsetmiş, kişisel özerklik kavramının 12. madde ile ilişkili olduğunu da belirtmiştir. Bu kararda Mahkeme, AİHS ile ÇHS’nin iç içe geçmesi bakımından istekli olduğunu göstermiştir. Yerel mahkemenin çocuğu dinlememesini eleştiren AİHM, ÇHS md. 12’ye dayanmıştır. Bu hakkın 8. maddenin usuli boyutlarıyla koruma altına alındığını ifade etmiştir³³⁵. AİHM’nin ÇHS md. 12’yi değerlendirmesinde de kullanması ÇHS’nin AİHS md. 8 ile ilgili AİHM içtihatlarını doğrudan etkilediğini kanıtlar niteliktedir. Mahkeme bu kararla, olgun bir çocuğun her ikisi de eşit oranda uygun ya da uygun olmayan anne-babadan birini seçmesine saygı duyulması gerektiğini kabul etmiştir³³⁶.

N.T.s. and Others v. Georgia vakasında teyze ve üç yeğen başvurucudur. Çocuklar, annelerinin ölümünden sonra, babalarının uyuşturucu bağımlılığı problemi nedeniyle, teyzelerinde kalmaya başlamışlardır. Babaları tedaviden sonra çocuklarını geri almak için dava açmıştır³³⁷. Vakada iki şikayet vardır. Birincisi çocukların yargılama sürecine katılımlarının sağlanamamasıdır. İkincisi ise ulusal mahkemenin verdiği kararın çocuğun en üstün yararı ilkesine aykırı olmasıdır³³⁸. Çocukların yargılama sürecine katılmaması şikayet konusu yapıldığından, Mahkeme de bu hususu değerlendirmiştir. 2016 yılında verdiği bu kararda AİHM, ulusal mahkemelerin, belli bir olgunluğa erişmiş ve ebeveyniyle ilişki kurmak konusunda kendi görüşlerini oluşturabilen çocukların görüşlerine, özel yaşama saygı hakları çerçevesinde gereken ağırlığın verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, aynı ilke ÇHS md. 12 ve diğer ilgili uluslararası belgelerde korunmaktadır³³⁹. Mahkeme, ÇHS md. 12 ve ÇHK’nin 12 No’lu Genel Yorum’u uyarınca, AİHS md. 8 çerçevesinde, kendi görüşlerini oluşturabilen çocukların, kendilerini etkileyen adli veya idari

³³⁵ Simona Florescu, Ton Liefwaard, Mariëlle Bruning, “Children’s Rights And The European Convention On Human Rights” **NTM|NJCM-Bull. jrg**, 40 [2015], nr. 4, s. 453.

³³⁶ Evelyn, Merckx, “The interaction between the UN CRC and the ECHR in Belgian custody and access rights proceedings”, s. 4, (Çevrimiçi), <https://biblio.ugent.be/>, 20.08.2019.

³³⁷ *N.T.s. and Others v. Georgia*, app. no. 71776/12, 02.05.2016, para. 5-10.

³³⁸ *N.T.s. and Others v. Georgia*, app. no. 71776/12, 02.05.2016, para. 73.

³³⁹ *N.T.s. and Others v. Georgia*, app. no. 71776/12, 02.05.2016, para. 72.

yargılamaların karar verme süreçlerine katılma, dinlenilme ve görüşlerini ifade etme hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Vakada, davanın hiçbir aşamasında çocukların görüşlerine başvurulmamıştır. AİHM, ulusal mahkemelerin, çocuğun en üstün yararını değerlendirirken, çocukların babalarıyla tekrar bir araya gelmek istemediklerini göz önünde bulundurmadığını ifade etmiştir³⁴⁰.

III. ÇOCUĞUN KAPASİTESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE DİKKATE ALINAN HUSUSLAR

A. Çocuğun Yaşı ve Olgunluğu

Çocuğun görüşünün alınmasının gerekip gerekmediğini tartışırken Mahkeme'nin göz önünde bulundurduğu unsurların başında çocuğun yaşı ve olgunluğu gelmektedir.

1988 tarihli *Nielsen v. Denmark* vakası, rızası hilafına psikiyatri hastanesine yatırılan bir çocuğa ilişkindir. Çocuk, annesinin isteği üzerine hastaneye yatırılmış fakat babası bu işleme rıza göstermemiştir. Çocuk, hastaneye yatırıldığında 13 yaşındadır³⁴¹. AİHM'ye göre, başvuranın yaşı itibariyle ebeveynin, çocuğun görüşüne aykırı olarak çocuğun hastaneye yatırılmasına karar vermesi kabul edilebilirdir. Annenin kötü niyetli olduğuna dair hiçbir kanıt yoktur. Annesi çocuğun hastaneye yatırılmasına uzman raporu doğrultusunda karar vermiştir. O yaştaki bir çocuğun ebeveyninin isteği doğrultusunda hastaneye yatırılması ve kaçtığı zaman polis vasıtasıyla geri döndürülmesi Sözleşme'ye uygundur. Mahkeme, çocuğun hastaneye yatırılmasının AİHS md. 5 çerçevesinde özgürlüğünden yoksun bırakılma sayılamayacağını, annenin velayet hakkını kullandığını belirtmiştir. Mahkeme, bu vakada, 5. maddenin ihlal edildiğine yönelik şikayetin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir³⁴². Bu karara yazılan karşı oyda, 12 yaşındaki bir çocuğun o koşullarda yatılı olarak hastanede tutulmasının özgürlüğünden yoksun bırakma anlamına geleceği, bu sebeple başvurunun kabul edilebilir olduğu, başvuranın mahkemeye başvurma hakkı olmaması sebebiyle, kişi özgürlüğü ve güvenliği

³⁴⁰ N.T.s. and Others v. Georgia, app. no. 71776/12, 02.05.2016, para. 78, 81.

³⁴¹ Nielsen v. Denmark, app. no. 10929/84, 28.11.1988, para. 25, 34.

³⁴² Nielsen v. Denmark, app. no. 10929/84, 28.11.1988, para. 72, 73.

hakkının ihlal edildiği görüşü paylaşılmıştır³⁴³. Kilkelly, Mahkeme'nin bu kararının Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin genel ilkeleriyle çatıştığını, eski tarihli bir karar olduğunu, bu sebeple görmezden gelinmesi gerektiğini düşünmektedir³⁴⁴. Bu karar ile ilgili dikkate alınması gereken hususlardan birisi, kararın Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabulünden önce verilmiş olduğudur. Ayrıca, bu vakada dikkate alınmayan görüş, çocuğun sağlığına ilişkin görüşüdür. Çocuğun, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir. İncelenen diğer kararlarda çocuğun aile meselelerine ilişkin görüşünün alınması tartışma konusu idi. Tüm bu sebeplerle, Mahkeme'nin içtihadından sapmasının doğal olduğu söylenebilir.

Hokkanen v. Finland vakasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 12 yaşındaki çocuğun görüşlerinin dikkate alınması için yeteri derecede olgun olduğuna dair yerel mahkeme kararına katılmıştır³⁴⁵. Komisyon, verdiği bu kararlar, belirli bir yaşa ve olgunluğa erişen çocuğun ebeveynle kişisel ilişki kurma konusunda görüş beyan edebileceğini ve bu görüşe gereken ağırlığın verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Fakat bu kararda, belirli bir yaşa ve olgunluğa erişen çocuğun görüşünün dikkate alınmaması durumunda veya çocuk ebeveynle kişisel ilişkiye zorlandığında, aile yaşamına saygı hakkının veya ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş sayılıp sayılmayacağı konusu belirsiz bırakılmıştır³⁴⁶.

Çocuk S'nin ihmal edildiği ihbarı üzerine annesi, anneannesi ve dedesi ile beraber yaşadığı evden alınıp S'nin koruyucu aileye verildiği *Bronda v. Italy* vakasında Mahkeme, çocuğun ısrarla koruyucu ailesinde kalmak isteyip biyolojik ailesine geri dönmek istememesi üzerine verdiği kararda, S'nin 14 yaşında olduğuna vurgu yapmış, ısrarla koruyucu ailesinden ayrılmak istemediğini beyan ettiğini belirtmiştir³⁴⁷. Olayda her ne kadar Mahkeme çocuğun 14 yaşında olduğunu söylese de çocuğun görüşü alındığında çocuk dokuz yaşındadır. Biyolojik ailesiyle görüştürüldüğü sırada görüş beyan ettiğinde ise 11 yaşındadır. AİHM karar verdiğinde çocuk 14 yaşındadır³⁴⁸.

³⁴³ Nielsen v. Denmark, app. no. 10929/84, 28.11.1988, Joint Dissenting Opinion of Judges Thór Vilhjálmsson, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo And Valticos.

³⁴⁴ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 119, 120.

³⁴⁵ Hokkanen v. Finland, app. no. 19823/92, 23.09.1994, para. 61.

³⁴⁶ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 119.

³⁴⁷ Bronda v. Italy, app. no. 40/1997/824/1030, 09.06.1998, para. 10, 11, 63.

³⁴⁸ Bronda v. Italy, app. no. 40/1997/824/1030, 09.06.1998, para. 25, 33.

Yukarıda bahsedilen *Şahin v. Germany* vakasında çocuk G, bir psikolog tarafından incelenmiştir. O sırada henüz dört yaşında olan çocuğun duygu ve düşüncelerini psikolog, oyun ve fotoğraf gösterme yoluyla anlamaya çalışmıştır. Psikolog, çocuğun babasının hatırasından kaçındığı yorumunda bulunmuş, anne-babanın kendi aralarındaki çatışmayı çözmeden babanın çocukla kişisel ilişki kurmasının çocuğun en üstün yararlarına aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Psikolog, çocuğa doğrudan babasıyla görüşmek isteyip istemediğini sormadığını, çocuğun bunu cevaplarken kendisini baskı altında hissedebileceğini zira cevabının belirleyici olabileceğini düşünebileceğini ifade etmiştir. Böyle bir durumda çocuk kendisini suçlu hissedebilecektir. Ulusal mahkeme, psikoloğun raporundan hareketle çocuğun doğrudan dinlenilmemesine karar vermiştir³⁴⁹. Büyük daire ise, velayet hakkı olmayan ebeveynin çocukla ilişki kurması davalarında, her durumda çocuğun mahkemede dinlenilmesinin gerekmediğini, bunun her davanın somut koşullarına, çocuğun yaşı ve olgunluğuna da bağlı olduğunu belirtmiştir. Buna göre, temyiz süreci başladığında çocuk üç yaş on aylık, bölge mahkemesi kararını verdiği anda ise çocuk beş yaş iki aylıktı. Uzman, çocuğun anne ve baba arasındaki çatışma giderilmeden çocukla babanın kişisel ilişki kurmaması gerektiğine dair raporunu, anne, baba ve çocukla birçok defa görüştüktan sonra oluşturmuştur. Bu rapora göre, mahkeme tarafından özel önlemler alınsa bile, çocuğun mahkemede sorgulanması çocuk için risk taşımaktadır. Büyük daire, ulusal mahkemenin çocuğa doğrudan soru sormadan oluşturulan uzman raporuna dayanarak karar vererek takdir yetkisini aşmadığı kanaatine varmıştır³⁵⁰. Büyük daire kararına yazılan karşı oyda, çocuğun ne mahkeme önünde, ne dışında, ne de psikoloğun huzurunda dinlenilmemesinin başvuranın karar verme sürecine etkin katılamamasına sebep olduğu, dolayısıyla özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği düşüncesi paylaşılmıştır³⁵¹. Vakada yargılama süresince çocuk üç, beş yaş arasındadır. Büyük daire değerlendirmesinde çocuğun yaş aralığını belirtmiş, fakat çocuğun küçük yaşta olduğu, bu sebeple dinlenilmesinin uygun olmayacağı gibi bir yorumda bulunmamıştır. Yalnızca ulusal makamların bu tür davalarda her durumda çocuğu dinleme yükümlülüğünün

³⁴⁹ Şahin v. Germany app. no. 30943/96, 08.06.2003, para. 21-27.

³⁵⁰ Şahin v. Germany app. no. 30943/96, 08.06.2003, para. 73-75.

³⁵¹ Şahin v. Germany app. no. 30943/96, 08.06.2003, karşı oy, para. 5.

olmadığını, bu yükümlülüğün çocuğun yaşına ve olgunluğuna göre değişeceğini belirtmiştir. Bu kararda da görülmektedir ki AİHM belirli bir yaş aralığı vermekten kaçınmıştır. Kilkelly, AİHM'nin açık bir şekilde, bu tarz uyuşmazlıklarda, çocukların yeterli bir yaş ve olgunluğa erişmesi ile beraber, mahkemelerce dinlenilmesi gerektiğini tanıdığını ileri sürmüştür. Fakat hangi yaş ve olgunluk olduğu açık değildir³⁵².

AİHM'nin 2009 yılında verdiği *Jucius and Juciuvienė v. Lithuania* kararında, çocuk görüş beyan ettiğinde, henüz yedi yaşındadır. AİHM, başka nedenlerle beraber ilk yargılamada çocuğun görüşüne itibar edilmemesi sebebiyle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁵³.

Yukarıda yer verilen *Plaza v. Poland* vakasında Mahkeme, zaman geçtikçe çocuk K'nin olgunlaştığını ve babasıyla ilişki kurmakla ilgili kendi kararını verebileceğini gözlemlemiştir³⁵⁴.

Z.J. v. Lithuania vakasında çocukların anneleri ölmüştür ve çok küçük yaştan itibaren annelerinin kuzeniyle yaşamaktadırlar. Çocukların babaları, çocuklar beş yaşındayken, velayet hakkı ve daha sonra kişisel ilişki kurma hakkı iddia etmiştir. Sosyal hizmet görevlileri tarafından çocukların, beş yaşındayken görüşleri alınmıştır³⁵⁵. Çocuklar, dokuz yaşındayken de duruşmada, hakim önünde ve psikolog huzurunda görüşlerini açıklamışlar, babalarıyla belli şartlar altında görüşebileceklerini söylemişlerdir. Mahkeme, her ne kadar değerlendirmesinde çocukların görüşlerine uzun uzadıya yer vermese de çocukların görüşlerinin alındığı, taraf devletin yükümlülüklerini yerine getirdiği gerekçesiyle, 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir³⁵⁶.

AİHM, yukarıda bahsedilen *M. and M. v. Croatia* vakasında, dört yıl üç ay süren yargılama boyunca başvuran çocuğa, kiminle yaşamak istediği konusunda görüşlerini ifade etme fırsatı verilmediğini belirtmiştir. AİHM'ye göre, Hırvatistan

³⁵² Kilkelly, "The CRC in Litigation under the ECHR", s. 200.

³⁵³ *Jucius and Juciuvienė v. Lithuania*, app. no. 14414/03, 25.02.2009, para. 10, 32.

³⁵⁴ *Plaza v. Poland*, app. no. 18830/07, 20.06.2011, para. 86.

³⁵⁵ *Z.J. v. Lithuania*, app. no. 60092/12, 01.04.2014, para. 25.

³⁵⁶ *Z.J. v. Lithuania*, app. no. 60092/12, 01.04.2014, para. 51, 105.

Ülke Mahkemesi, 15.11.2013'te ilk derece mahkemesine; eğer birinci başvuran davanın önemini anlayabiliyorsa görüşlerini ifade etmesine izin verilmesi ve ifadesinin alınması emrini vermiştir ki çocuk o zaman 12 yaşındadır ve görüşlerini ifade etme yeteneği olmadığı konusunda şüphe duyulmayacak bir yaştadır. Buna rağmen çocuğun ifadesine başvurulmamış, gereken önlemler alınmamıştır. AİHM, adli psikolog ve psikiyatr raporlarına göre anne ve babanın çocuğun bakımını üstlenme görevini yerine getirmede eşit olduklarını, çocuğun da istikrarlı bir şekilde annesiyle kalmak istediğini beyan ettiğini gözlemlemiştir. Ayrıca Mahkeme, çocuğun derslerinde üstün başarı gösterdiğini, uzmanlara göre yaşıtlarının üzerinde entelektüel kapasiteye sahip olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple, Mahkeme, yargılama başladığında dokuz buçuk yaşında olup şimdi on üç buçuk yaşında olan çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğuna karar vermiştir³⁵⁷.

AİHM, *Furman v. Slovenia and Austria* vakasında, kişisel ilişki kurma davası sürdüğü sırada P'nin 14 yaşında olduğu, söz konusu meselede fikir oluşturabilecek olgunlukta olduğu dolayısıyla çocuğun görüşlerine ve hislerine gereken ağırlığın verilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁵⁸.

N.T.s. and Others v. Georgia vakasında aynı zamanda başvuru olan çocuklar on ve altı yaşındadırlar. Mahkeme bu kararında ilgili uluslararası standartlar gereği, çocukların doğrudan temsiline sağlanması gerektiğine işaret etmiştir³⁵⁹.

Mahkeme 2016 yılında verdiği *Buchleiter v. Germany* kararında, hem uzmanlar hem de mahkeme huzurunda babasını görmek istemediğini kesin ve net bir şekilde belirten çocuğun görüşüne itibar eden ulusal mahkemeleri haklı bulmuştur. Çocuk mahkeme önünde babasıyla görüşmek istemediğini, bir şeye zorlanmak istemediğini ifade ederken henüz dokuz yaşındadır. Buna göre, ulusal makamlar çocuk da dahil tüm tarafları dinlemiş, delilleri değerlendirmiştir³⁶⁰.

AİHM, 2018 yılında verdiği *Malinin v. Russia* kararında, ulusal mahkemelerin beş ve yedi yaşındaki çocukların yaşları sebebiyle doğrudan görüşlerinin alınmamasını, bunun yerine yetkililer tarafından anne ve babalarıyla olan ilişkilerinin

³⁵⁷ M. and M. v. Croatia, app. no. 10161/13, 03.12.2015, para. 184-186.

³⁵⁸ Furman v. Slovenia and Austria, app. no. 16608/09, 05.05.2015, para. 138.

³⁵⁹ N.T.s. and Others v. Georgia, app. no. 71776/12, 02.05.2016, para. 80.

³⁶⁰ Buchleiter v. Germany, app. no. 20106/13, 17.10.2016, para. 17, 53, 55.

değerlendirilmesini taraf devletin usuli yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından yeterli görmüştür. Bu vakada yetkililer, çocukların görüş oluşturabilecek yaşta olmadığını, babalarıyla kalmak istemelerine rağmen anneleriyle kalmalarının uygun olacağını tavsiye etmiştir. Ulusal mahkeme, çocuklar on yaşından küçük olduğundan kalacakları yer ile ilgili görüşlerinin dikkate alınamayacağına karar vermiştir³⁶¹.

Çocuk kaçırma ile ilgili olan *Roche v. Malta* vakasında ulusal mahkeme, çocuğun üç yaşında olması sebebiyle görüşlerini ifade edemeyecek bir yaşta olduğunu belirtmiştir. Ulusal mahkemeye göre, çocuk Malta'da mutludur, annesine ve annesinin ailesine bağlıdır, okul başarısı ise yüksektir³⁶². Çocuğa babasının fotoğrafı gösterildiğinde, çocuk rahatsız olduğuna dair bir belirti göstermemiştir. Bu sebeplerle ulusal mahkeme, çocuğun mutad meskenine gönderilmesinde ciddi bir risk olmadığı görüşündedir³⁶³. Çocuğun görüşü fotoğraf göstermek suretiyle alınmış, temyiz mahkemesi de çocuğun mutad meskenine gönderilmesinde ciddi bir zarar olduğuna dair ikna edici bir sebep olmadığı kararını buna dayanarak vermiştir. AİHM, ikinci başvuranın Lahey Sözleşmesi işlemleri sırasında dört yaşından küçük olduğuna dikkat çekmektedir, bu sebeple ilk derece mahkemesi çocuğun bu konuda görüşlerini ifade edemeyeceğine karar vermiştir. AİHM de o yaştaki bir çocuğun kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip olarak değerlendirilemeyeceğine katılmaktadır. Bu sebeple Sözleşme'den veya iç hukuktan kaynaklanan çocuğu dinleme yükümlülüğü yoktur. Ayrıca vakada çocuğun görüşleri her ne kadar çocuk kaçırılması hükümleri bakımından değil, çocuğun bakımı ve velayeti kapsamında değerlendirilse de uzman tarafından mahkemeye taşınmıştır³⁶⁴.

Tlapak and Others v. Germany vakasında Mahkeme, velayet davalarında çocukların dinlenilmesi şartının her olay için durumun özelliklerine bağlı olduğunu hatırlatmış, bunun özellikle çocuğun yaşı ve olgunluğuna bağlı olduğunu belirtmiştir. Temyiz mahkemesi kararını verirken çocuk henüz iki yaşında olduğundan, ulusal mahkemelerin çocuğu sorgulamamasını Mahkeme kabul edilebilir bulmuştur³⁶⁵.

³⁶¹ Malinin v. Russia, app. no. 70135/14, 12.03.2018, para. 18, 75, 32.

³⁶² Roche v. Malta app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 24.

³⁶³ Roche v. Malta app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 29.

³⁶⁴ Roche v. Malta app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 98.

³⁶⁵ Tlapak and Others v. Germany app. no. 11308/16, 11344/16, 22.06.2018, para. 93.

B. Uzman Raporları

Şahin v. Germany kararıyla, çocuğun ebeveynle görüşmeye direndiği durumlarda, ebeveynin uzman görüşüne başvurma hakkı da tanınmıştır. Uzman görüşüne genellikle, çocuğun, anne veya babasıyla görüşmek istememesinin sebebinin beraber yaşadığı anne veya babasının etkisi altında kalması olduğu iddia edildiğinde başvurulur. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde, çocuğun görüşünün bu şekilde analizinin yapılmasının çocuk hakları yönünden uygun olup olmadığına dair bir açıklık yoktur. Fakat Çocuk Hakları Komitesi, çocukların, özellikle küçük yaşta çocukların, görüşlerinin bir uzman tarafından değerlendirilmesinin çocukların hakkı olduğunu belirtmiştir. Fakat AİHM içtihatlarında ilk zamanlar, çocuğun görüşünün uzman görüşünden geçirilmesi çocuğun üstün yararı gereği bir çocuk hakkı olarak değil, bir ebeveyn hakkı olarak kabul edilmiştir³⁶⁶.

Elholz v. Germany kararı, çocuğu evlilik dışı dünyaya gelmiş bir babanın 8. maddede korunan hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Bu vakada çocuk, beş yaşından yedi yaşına kadar babasıyla görüşmek istemediğini beyan etmiş, annesi de çocuğu babasıyla görüştürmemiştir. Bu sebeple Alman mahkemeleri de çocuğun baba ile görüştürülmesini zorunlu tutmamıştır³⁶⁷. AİHM, uzman görüşü aranmadığından ve bölgesel düzeyde başvuru yolu açık olmadığından babanın hem aile yaşamına saygı hakkının hem de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Fakat bu vakada da başvuran bir babadır. Mahkeme bu hakkı bir ebeveyn hakkı olarak tanımıştır. Küçük yaşta çocukların, görüşlerine dair uzman görüşünün alınması hakkına sahip olması gerekir. Bu şekilde çocuklar, çok küçük yaşta mahkemeye katılmak zorunda kalmazlar, çocuğun üstün yararı ve görüşü mahkeme tarafından beraber değerlendirilmiş olur³⁶⁸. *Elsholz* kararı, ulusal mahkemelerin çocuğun en üstün yararını belirlerken gerekçeli ve güncel psikolog raporunu değerlendirmeye almaları ve eğer mümkünse çocuğu doğrudan dinlemeleri

³⁶⁶ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 448.

³⁶⁷ *Elsholz v. Germany*, app. no. 25735/94, 13.07.2000, para. 11, 16.

³⁶⁸ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 448.

gerektiğine yönelik usuli yükümlülüğü ilk ortaya koyan karardır³⁶⁹.

Elzholz vakasından üç yıl kadar sonra, *Sommerfeld v. Germany* vakasında Alman mahkemeleri yakın tarihli bir bilirkişi raporundan hareketle ve çocuğun istikrarlı olarak babasıyla kişisel ilişki kurmak istememesi sebebiyle, çocuğu baba ile görüşmeye zorlamamıştır. AİHM, kişisel ilişki kurma davalarında mahkemelerin her zaman psikolog raporuna başvurusunun gerekli olmadığını, bunun somut olayın koşullarına, çocuğun yaşı ve olgunluğuna bağlı olduğunu ifade etmiştir³⁷⁰. Mahkeme, bu vakada 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Çocuk on yaşındayken bir psikolog, çocuğun yüksek yararı açısından, çocuk buna hazır olmadan babasıyla görüşmemesi gerektiği yönünde bir rapor vermiştir. Çocuk on üç yaşındayken ulusal mahkeme, yeni bir uzman görüşüne gerek duymadan davanın reddine karar vermiştir. AİHM, çocuğun görüşlerini doğrudan dinlediğinden, ulusal makamların, çocuğun görüşlerini değerlendirmede daha iyi bir konumda olduğunu belirtmiştir. Çocuğun yıllar boyu süren istikrarlı görüşü de burada önem taşımaktadır. Mahkeme'nin, yeni bir uzman görüşüne ihtiyaç olmadığına yönelik kararı *Elzholz* vakasında verdiği kararlarla çelişkili görünebilir. Fakat bu iki vakanın şartları birbirinden farklıdır. Öncelikle *Sommerfeld* vakasındaki çocuğun yaşı *Elzholz* vakasındaki çocuğa göre beş, altı yaş fazladır. Mahkeme'nin dikkate almış olduğu birkaç yıl önce verilen rapor da bu noktada önemlidir³⁷¹. Mahkeme, *Sommerfeld* vakasında, ÇHS md. 12'ye uygun olarak, çocuğun mahkemede doğrudan ifade ettiği görüşlere açık bir önem atfetmiştir³⁷².

AİHM'nin, taraf devletin tüm yükümlülüklerini yerine getirdiği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verdiği *Nita v. Romania* vakasında, çocuk M.A. babasıyla yeniden ilişki kurmayı reddetmiş, babasının sadece iş meseleleri sebebiyle annesine zarar vermeye çalıştığını söylemiştir. Annesinin babası hakkında hiçbir zaman kötü bir şey söylemediğini fakat onu, babasıyla kişisel ilişki kurması için teşvik de

³⁶⁹ *Sommerfeld v. Germany*, app. no. 31871/96, 11.10.2001, Partly Dissenting Opinion of Judge Ress Joined By Judges Pastor Ridruejo and Türmen, para. 2.

³⁷⁰ *Sommerfeld v. Germany*, app. no. 31871/96, 11.10.2001, para. 71.

³⁷¹ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 449, *Sommerfeld v. Germany*, app. no. 31871/96, 08.07.2003.

³⁷² Kilkelly, "The CRC in Litigation under the ECHR", s. 201.

etmediğini ifade etmiştir. Çocuk Koruma Kurumu'nun psikologları M.A'nın ifadelerini değerlendirmişlerdir. Buna göre, M.A. babasıyla görüşmeyi reddetmiştir çünkü babasının onunla iletişim kurmaya çalışma biçimi çocuğu hayal kırıklığına uğratmıştır. Psikologlar, başvuran ve kızının arasında yeniden bir bağ kurulabilmesi için M.A'nın değil, anne-babanın psikolojik destek almasını tavsiye etmişlerdir³⁷³. Her ne kadar kararda buna ilişkin değerlendirme yapılmasa da psikologların çocuğun tutumunu değerlendirmesiyle ulusal mahkeme süreci kapanmış, AİHM ise ulusal mahkemelerin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiğine karar vermiştir. Uzman raporlarında çocuğun görüşlerinin etki altında olduğu gibi bir tespitle bulunulsaydı, AİHM'nin değerlendirmesi değişebilirdi.

Yukarıda geçen *Plaza v. Poland* vakasında Mahkeme, yerel makamların defalarca çocuğun en üstün yararını belirlemek için uzmana başvurduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, kararını verirken, uzman raporlarına atıf yapmıştır. Uzman raporlarında, çocuğun babasıyla görüşmeye zorlanmasından korku ve gerginlik duyduğu, babasına karşı düşmanca bir tavır sergilediği ve onu görmek istemediği belirtilmiştir³⁷⁴.

Başvuranın, çocuğuyla kişisel ilişki kurması kararının ertelenmesi ve uzman raporu istenmemesi sebebiyle özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia ettiği *Moog v. Germany* vakasında³⁷⁵ AİHM, güncel uzman raporu alınmaması sebebiyle ihlal kararı vermiştir. Buna göre, aile mahkemesinin dayandığı raporun sekiz yıllık olması, anaokulu müdürünün çocuğun babasıyla görüşmesinin faydalı olduğuna yönelik ifadeleri, Gençlik Bürosu'nun uzman görüşüne ihtiyaç duyulduğuna dair görüşü dikkate alındığında, Mahkeme, ulusal mahkemenin, uzman görüşüne başvurmaması sebebiyle yeterli delile dayanmadan kişisel ilişkinin durdurulması kararı verdiği sonucuna ulaşmıştır. Aile mahkemesinin dayandığı özel tıp belgesindeki, Bayan K'nın çocuğu kişisel ilişkiye hazırlayamadığı bilgisi de göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, uzman raporuna başvurmanın kaçınılmaz bir biçimde gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, çocuğun on altı ay önceki

³⁷³ Nita v. Romania app. no. 30305/16, 12.06.2018, para. 20-22.

³⁷⁴ Plaza v. Poland, app. no. 18830/07, 20.06.2011, para. 82, 86.

³⁷⁵ Moog v. Germany, app. no. 23280/08, 2334/10, 06.03.2017, para. 43.

beyanına göre karar verilerek, çocuğun ifadesine yeniden başvurulmayarak yerel mahkemenin takdir yetkisini aştığını ifade etmiştir³⁷⁶. Vakada çocuk, babasıyla görüşmek istemediğini mahkeme önünde birden fazla kez ifade etmesine rağmen³⁷⁷, AİHM güncel uzman raporunun somut olayın koşulları altında gerekli olduğuna karar vermiştir.

Yukarıda yer verilen *Malinin v. Russia* vakasında ise Mahkeme, çocuğun ikametine karar verildiğinde, her zaman uzman raporu alınmasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Fakat bu tabi ki somut olayın koşullarını bağlıdır. Mahkeme, karar vermek için yeteri kadar delil olduğu, bu sebeple yeni bir uzman raporu için ısrar etmenin gereksiz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, her ne kadar ulusal mahkeme, yaşları sebebiyle çocukların doğrudan görüşünü almasa da, çocukların hem anne hem de babayla olan ilişkileri çocuk koruma yetkilileri tarafından değerlendirilmiştir. Çocuk koruma yetkililerine göre, bu meselede uzman raporuna ihtiyaç yoktur. Bu sebeple Mahkeme, ulusal mahkemenin uzman raporunu istememesinin yargılama sürecinde bir eksiklik yaratmadığı sonucuna ulaşmıştır³⁷⁸. Olay sırasında çocuklar sırasıyla altı ve sekiz yaşındadırlar. Ulusal mahkeme, çocukların yaşları küçük olduğu için onları duruşmada doğrudan dinlememiştir. Babanın ısrarla çocukların kendi yanında kalmak istediklerini iddia etmesine, bazı psikolog raporlarında da bunun teyit edilmesine rağmen AİHM³⁷⁹, ulusal mahkemenin kararının Sözleşme'ye uygun olduğuna karar vermiştir. AİHM, yalnızca, Çocuk Koruma yetkililerinin çocukların anneleriyle kalmalarının uygun olacağı yönündeki görüşüne itibar etmiştir. Diğer psikolog raporlarına değerlendirme bölümünde yer vermemiştir. Çocukların yaşının çok küçük olması, doğduklarından beri anneleriyle kalmaları, annenin çocuklarla ilgilenebilmek için daha fazla vaktinin olması AİHM'nin bu yönde bir karar vermesinde etkili olmuştur diyebiliriz³⁸⁰. AİHM, bu kararında çocuğun görüşü meselesini pek tartışmamıştır.

³⁷⁶ Moog v. Germany, app. no. 23280/08, 2334/10, 06.03.2017, para. 78, 81.

³⁷⁷ Moog v. Germany, app. no. 23280/08, 2334/10, 06.03.2017, para. 13, 26.

³⁷⁸ Malinin v. Russia, app. no. 70135/14, 12.03.2018, para. 74, 75.

³⁷⁹ Malinin v. Russia, app. no. 70135/14, 12.03.2018, para. 18, 22.

³⁸⁰ Malinin v. Russia, app. no. 70135/14, 12.03.2018, para. 13.

IV) ÇOCUĞUN TUTUMU

A. Çocuğun İcraya Direnmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocukların anne veya babasına geri dönmesinin bir hazırlık sürecini gerektirdiğini ve zora başvurma'nın özellikle çocukların yararları dikkate alındığında sınırlı olması gerektiğini pek çok kararında yinelemiştir³⁸¹.

Ulusal mahkemenin velayet hakkını anneye vermesine rağmen çocukların babaları yanında kalmaya başladıkları *G.B. v. Lithuania* vakasında, icra memuru üç kez teşebbüste bulunmuş, birincisinde çocukları evde bulamadığından, ikincisinde başvuran bir ceza soruşturması nedeniyle yakalandığından başarısız olmuştur. Üçüncüsünde ise icra memuru çocukları ve babayı evde bulmuş fakat çocuklar evi terk edip anneleriyle yaşamak istemediklerinden, icra memuru bir psikolojik travmaya sebebiyet vermemek ve çocukların yararlarını korumak için icrayı gerçekleştirmemiştir. İcra memuru, ulusal mahkemeden, çocukların icrasının, çocukların menfaatlerini tehlikeye düşürmeden nasıl mümkün olabileceğinin incelenmesini talep etmiştir. 20 Haziran 2012'de kızların babalarıyla kalmasına karar verildiğinden icra memuru işlemi sonlandırmıştır³⁸². AİHM de ulusal makamların bu tavrını onaylar biçimde çocuk ve ebeveynin birleşmesi için zora başvurma yükümlülüğünün sınırlı olması gerektiğini belirtmiştir³⁸³.

Fakat *Malec v. Poland* vakasında AİHM, çocuğun babasıyla görüşmek konusundaki artan isteksizliğini de göz önünde bulundurmasına rağmen, ulusal makamların görüşme çizelgesini icra etmemeleri, başvuran icra sırasında polis bulundurulmasını istemesine rağmen bu talebinin yerine getirilmemesi sebebiyle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁸⁴. Uzman görüşünün çocuğun babasıyla görüşmesinde bir sakınca olmadığı aksine çocuğun menfaati gereği sürdürülmesi gerektiği yönünde olması da Mahkeme'nin bu yönde karar vermesinde etkili

³⁸¹ Z.J. v. Lithuania, app. no. 60092/12, 01.04.2014, para. 99: "Koruyucu aileyle yaşayan çocukların, biyolojik ailelerine geri dönmeleri bir hazırlık sürecini gerektirebilir. Ulusal makamlar en üstün çabayı göstermekle yükümlüdür, fakat zora başvurma yolu özellikle çocukların yararları dikkate alındığında sınırlı olmalıdır".

³⁸² G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 15.12.2015, para. 46-50.

³⁸³ G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 15.12.2015, para. 93.

³⁸⁴ Malec v. Poland, app. no. 28623/12, 28.09.2016, para. 72.

olmuştur³⁸⁵.

B. Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu

Ebeveyne yabancılaşma sendromu (**parental alienation syndrome**) başlıca velayet davalarında gündeme gelen psikolojik bir rahatsızlıktır. Bu sendromda, meşru bir sebep yokken, anne veya babanın çocuğa karşı diğerini aşağılaması, diğerine iftirada bulunması yoluyla çocuğun diğerini sevmemesi sağlanıp çocuğun beyni anne veya baba tarafından bu yolla yıkanır. Fakat çocuğun diğerini sevmemesi için meşru bir sebep varsa orada ebeveyne yabancılaşma sendromu yoktur³⁸⁶.

Çocukların ne zaman kendi görüşleri hilafına kişisel ilişki kurmaya zorlanması gerektiği, ne zaman velayeti altında olduğu anne veya babasından etkilenerek diğerleriyle kişisel ilişki kurmayı reddettiği içinden çıkılmaz bir meseledir. Bu sorun, genellikle, çocuk anne-babasıyla görüşmek istemediğinde, bunun gerçekte kendi görüşü olup olmaması, başkasının (bakıcı ya da diğer ebeveyn) etkisinde kalmış olabileceği ya da görüşmeye zorlanmasının kendi yüksek yararı için daha uygun olması durumlarında karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme, başvurular tarafından ileri sürülen ebeveyne yabancılaşma sendromu iddiasına karşı çekingen durmaktadır, bu sendromu ele alarak bir değerlendirme yapmaktan kaçınmaktadır. Mahkeme, *Elzholz* vakasında bu sendromu değerlendirmekten kaçınmış fakat çocuğun görüşlerinin onun gerçek görüşleri olmayabileceğini belirtmiştir. Mahkeme burada çocuğun annesinden etkilenmiş olabileceğine işaret etmiştir³⁸⁷.

Süss v. Germany vakasında Mahkeme, *Elzholz* vakasındaki yaklaşımına çelişen bir karar vermiştir. Bu vakada çocuk on yaşından beri babasıyla görüşmek istemediğini söylemektedir ve uzman görüşünde de çocuğu babasıyla görüşmeye zorlamanın çocuğa zarar verebileceği belirtilmektedir³⁸⁸. Bu vakada başvuran, çocuğun görüşlerinin annesi tarafından yönlendirildiğini ve yargılamanın

³⁸⁵ Malec v. Poland, app. no. 28623/12, 28.09.2016, para 71.

³⁸⁶ Richard A. Gardner, "The Parental Alienation Syndrome, Creskill, New Jersey: Creative Therapeutics, Inc, aktaran: Richard A. Gardner, "Introduction", **The International Handbook of Parental Alienation Syndrome – Conceptual, Clinical and Legal Considerations**, ed.: Richard Gardner, Richard Sauber, Demosthenes Lorandos, Charles C. Thomas Publisher, 2006, s. 5.

³⁸⁷ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 451.

³⁸⁸ Süss v. Germany, app. no. 40324/98, 12.04.2006, para. 39, 48.

ertelenmesinin ve kişisel ilişki kurma kararının uygulanamamasının da çocuğun kendisine karşı yabancılaşmasına sebep olduğunu iddia etmiştir³⁸⁹. Mahkeme, *Elzholz* kararının aksine, her ne kadar çocuğun babasını görmek istememesinde annesinin etkisi söz konusu olsa da çocuğun görüşünün baskın geldiği sonucuna ulaşmıştır³⁹⁰. Daly'e göre, Mahkeme'nin bu değerlendirmesinden, her ne kadar çocuk ebeveyninden etkilenmiş olsa da o görüş kendi görüşü sayılabilir sonucu çıkmaktadır. İki karar arasındaki bu farklılığın nedeninin çocuklar arasındaki yaş farkı olduğu söylenebilir. Fakat Mahkeme'nin bunu açıkça belirtmesi gerekirdi³⁹¹. Uzman raporlarında çocuğun babasıyla kişisel ilişki kurmaya zorlanmasının çocuk üzerinde ciddi psikolojik hasara yol açabileceği uyarısı da Mahkeme'yi böyle bir karar vermeye sevk etmiş olabilir.

Sommerfeld v. Germany vakasında da Mahkeme, bu sendromu telaffuz etmekten çekinmiştir. *Sommerfeld v. Germany* kararına yazılan karşı oyda, usuli yükümlülüklerin çocuğun gerçek görüşlerinin belirlenmesini gerektirdiği, bu usuli yükümlülüğün, çocukta ebeveyn yabancılaşma sendromunun var olup olmadığının değerlendirilmesini de içerdiği belirtilmiştir. Karşı oy, bu hususun da karar verilirken değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hakimler, *Elzholz* kararındaki içtihadı ekleme yaptıklarını ifade etmişlerdir³⁹². Bu kararda karşı oy, ebeveynlerin arasında bir çekişme olduğunda, çocuğun görüşünü “özgürce” ifade edip etmediğinin sorgulanması gerektiğini ima etmiştir³⁹³.

Mahkeme'nin, çocukların görüşlerinin hilafına ebeveyniyle ilişki kurmaya zorlanmamaları gerektiğine dair verdiği kararlar da vardır. Bu kararlar, genellikle, devletin yükümlülüklerine ilişkindir ve devletin nereye kadar çocuğun görüşünün hilafına onu ebeveynle ilişki kurmaya zorlayabileceği ile ilgilidir. *Hokkanen v. Finland* vakasında, çocuğun babasıyla görüştürülmesine velayeti altında bulunduğu anneannesi ve dedesi riayet etmemiş, çocuk da sekiz yaşında beri babasıyla

³⁸⁹ Süss v. Germany, app. no. 40324/98, 12.04.2006, para. 75.

³⁹⁰ Süss v. Germany, app. no. 40324/98, 12.04.2006, para. 91.

³⁹¹ Daly, “The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights”, s. 452.

³⁹² Sommerfeld v. Germany, app. no. 31871/96, 11.10.2001, Partly Dissenting Opinion of Judge Ress Joined By Judges Pastor Ridruejo and Türmen.

³⁹³ Kilkelly, “The CRC in Litigation under the ECHR”, s. 201.

görüşmek istemediğini beyan etmiştir. Çocuk, on bir yaşındayken bir uzmanla görüşmüş ve uzman, çocuğun babasıyla görüşmeye zorlanmamasını tavsiye etmiştir. Mahkeme, bu vakada, ulusal makamların üzerlerine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirdikleri, yeterince olgun olan çocuğun rızası hilafına babasıyla görüşmeye zorlanamayacağı yönünde karar vermiştir. Bu karardan anlaşılmaktadır ki bir ebeveyn 8. madde çerçevesinde mutlaka çocuğuyla zorlama yoluyla görüşme hakkına sahip değildir. Bu kararlar Mahkeme, çocuk başkalarının etkisinde olsa da, on bir yaşındaki bir çocuğun görüşlerinin ulusal mahkeme tarafından belirleyici kılınmasını Sözleşme'ye uygun bulmuştur. *C. v. Finland* vakasında da Mahkeme, istikrarlı bir şekilde babasıyla görüşmeyi reddeden çocuğun babasıyla görüşmeye zorlanamayacağı yönünde karar vermiştir³⁹⁴.

Yukarıda yer alan *G.B. v. Lithuania* vakasında, bir psikiyatri uzmanı, kızların anneye mi yoksa babayla mı kalmalarının daha uygun olacağını incelemiştir. Kızların babalarıyla olan ilişkilerini olumlu, sıcak ve güçlü bulmuş, anneleriyle olan ilişkilerinin ise karışık ve kopuk olduğunu gözlemlemiştir. Fakat annenin de kızlar için önemli bir insan olduğuna dair tereddüt bulunmamaktadır. Uzmanla göre, kızların yaşı, olgunluğu ve psikolojik özellikleri dikkate alındığında, kiminle yaşamaları gerektiğine dair kendi görüş ve fikirlerini ifade etme ve oluşturma yeteneğine sahip değillerdir. Uzman, çocukların babalarıyla kalmak istemelerinin sebebini ise bir yılı aşkın babalarıyla yaşamaları, bu süreçte anneleriyle olan iletişimlerinin yetersiz kalması, kızların babalarından etkilenmeleri olarak sıralamıştır. Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu olabileceğini de eklemiştir³⁹⁵. Çocuk Koruma Hizmetleri temsilcisi ise kızların akıllarının yaşlarıyla orantılı bir şekilde geliştiğini, kızların annelerine karşı olan davranışlarının sebebini onları pek fazla ziyaret etmeyen annelerinin kendi tutumundan kaynaklandığını ifade etmiştir. Mahkeme kızları bir yıl önce dinlemiştir. Çocuk Koruma Hizmetleri temsilcisi, Çocuk Hakları Komitesi'nin 2006 yılında çocukları yeterince dinlemediği ve görüşlerine ağırlık vermediği için Litvanya'yı uyardığını hatırlatmış, mahkemenin

³⁹⁴ Hokkanen v. Finland, app. no. 19823/92, 23.09.1994, C. v. Finland, app. no. 18249/02, 09.08.2006, Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 453, 454.

³⁹⁵ G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 15.12.2015, para. 25.

çocukların görüşlerini dikkate alması gerektiğini söylemiştir³⁹⁶. 8 Kasım 2011 tarihinde Marijampole Mahkemesi boşanma ve velayet hakkında karar vermiştir. 9 Mayıs 2010 tarihinde kızların annelerinin yanında ikamet etmelerine dair bir karar olsa da 5 Haziran 2010 tarihinden beri kızlar babalarıyla ikamet etmişlerdir. Çocuklar babalarıyla kalmak istedikleri söylemişlerdir. Ulusal mahkemeye göre, bu konuda her ne kadar babaları çocuklarını etkilemiş olsa da bu aldatıcı bir biçimde olmamıştır. Çocuklar 11 Haziran 2010'da babalarıyla kalmak istediklerini söylemişlerdir, yedi gün çocukların babanın etkisinde olduklarını söyleyebilmek için yeterli bir süre değildir. Çocukların nerede yaşamak istedikleri ancak kendi menfaatlerine aykırı ise göz ardı edilebilir. Böyle bir durum da söz konusu olmadığından çocukların babaları yanında kalmalarına karar verilmiştir. 7 Aralık 2011'de başvuran bu kararı temyiz etmiştir. Yüksek mahkeme de kızların babalarıyla kalmalarının en üstün yararlarına uygun olduğunu onaylamıştır³⁹⁷. AİHM, değerlendirmesinde ulusal mahkemenin, yedi günün çocukların annelerinden yabancılaştırılabilmesi için kısa bir süre olduğu tespitine dikkat çekmiştir³⁹⁸. AİHM, 8. maddenin ihlal edilmediği kararını verirken karşı oy farklı görüştedir. Karşı oya göre, velayete ilişkin mahkeme kararının icra edilememesi sebebiyle çocuklar annelerine yabancılaştırmıştır. Annenin kızlarıyla iletişim kurmak için çaba göstermediği fikrine karşı çıkmışlardır. Mahkemenin çoğunluğu, çocukların ebeveyne yabancılaşıma sendromuna maruz kaldığına dair psikolojik değerlendirmeyi dikkate almamıştır. Bu kararla çoğunluk, Mahkeme'nin önceki kararlarını, özellikle büyük daire kararları olan *Elsholz v. Germany* ve *Kutzner v. Germany* kararlarını takip etmemiştir. Yetkililerin ebeveyn yabancılaşıma sendromunu önlemek üzere pozitif yükümlülüklerinin olduğu belirtilmiştir. Karşı görüş 8. maddenin ihlal edildiği kanaatindedir³⁹⁹.

C. Çocuğun Görüşünün İstikrarlı Olması

Aradan uzun bir süre geçmesine rağmen çocuğun anne veya babayla görüşmemekte direnmesi veya anne veya babayla kalmakta ısrar etmesi de AİHM tarafından dikkate alınmaktadır.

³⁹⁶ G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 15.12.2015, para. 31.

³⁹⁷ G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 15.12.2015, para. 35.

³⁹⁸ G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 15.12.2015, para. 93.

³⁹⁹ G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 15.12.2015, Dissenting Opinion of Judges Sajó And Motoc.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun konuya dair ilk kararlarından biri olan *Hendriks v. The Netherland* vakasında başvuran, çocuğuyla kişisel ilişki kuramamaktan şikayetçiydi. Başvuranın çocuğu dava sürecinde dokuz yaşındadır. Çocuk, üç yaşından beri babasıyla görüşmemiş, görüşme ihtiyacı hissetmemiştir. Annesinin kocasını babası olarak görmektedir. AİHK, bu vakada babanın özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁰⁰. Çocuğun olgun olduğunun kabul edilmesine ve çocuğun görüşünde ısrarcı olması rağmen Komisyon, çocuğun görüşünü dikkate almamıştır⁴⁰¹.

Sommerfeld v. Germany vakasında Alman mahkemeleri yakın tarihli bir bilirkişi raporundan hareketle ve çocuğun istikrarlı olarak babasıyla kişisel ilişki kurmak istememesi sebebiyle çocuğu baba ile görüşmeye zorlamamıştır. Mahkeme bu vakada, 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁴⁰².

AİHM'nin taraf devletin alınması gereken tüm önlemleri aldığı gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verdiği *Nita v. Romania* vakasında, çocuğun ilk defa görüşü alındığında on bir yaşındadır. İkinci kez görüşü alındığında ise on dört yaşındadır. Aradan üç yıl geçmesine rağmen çocuk babasıyla görüşmek istemediğini tekrarlamıştır⁴⁰³.

Plaza v. Poland vakasında, çocuk, on bir yaşından on altı yaşına kadar babasıyla görüşmeyi sürekli reddettiği için başvuran baba, kızıyla herhangi bir ilişki kuramamıştır. Mahkeme kararını verirken çocuğun beş yıl boyunca istikrarlı bir biçimde babasıyla görüşmeyi reddetmesine dikkat çekmiştir⁴⁰⁴.

Başvuranın, kızı ile kendisi arasındaki kişisel ilişkinin belirsiz süreyle durdurulmasının 8. maddede düzenlenen aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini iddia ettiği *Buchleiter v. Germany* vakasında, başvuranın kızı yedi yaşından dokuz yaşına kadar hem uzmanlara hem de mahkemede hakime babasıyla görüşmek istemediğini beyan etmiştir⁴⁰⁵. AİHM, bu vakada temyiz mahkemesinin vermiş

⁴⁰⁰ Hendriks v. The Netherland, app. no. 8427/78, Report of the Commission, 08.03.1982, para. 47, 126.

⁴⁰¹ Kilkelly, "Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach", s. 343.

⁴⁰² Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 448.

⁴⁰³ Nita v. Romania app. no. 30305/16, 12.06.2018 para. 8, para.20.

⁴⁰⁴ Plaza v. Poland, app. no. 18830/07, 20.06.2011, para. 86.

⁴⁰⁵ Buchleiter v. Germany, app. no. 20106/13, 17.10.2016, para. 13, 17.

olduğu kararın “şimdi” için geçerli olduğunu, çocuğun yaşı ve olgunluğunun ilerlemesiyle isteği değişikçe kararın da değişebileceğini de hesaba katıp 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁰⁶.

Sangoi v. Germany vakasında AİHM, temyiz mahkemesi ve anayasa mahkemesi kararını verirken çocuğun 14 yaşında olduğunu, isteklerini yansıtacak ve bunları açıkça ifade edebilecek olgunlukta ve yaşta olduğunu belirtmiştir. Çocuk, iki yıl boyunca istikrarlı bir şekilde aynı görüşü ifade etmiştir. AİHM, yerel mahkemelerin çocuğun en üstün yararına uygun karar verdiği görüşündedir. Mahkeme, ulusal makamların kişisel ilişki kurmayı engellemediğini, sadece bunu belli tarihlere bağlamadığını belirtmiştir. Dolayısıyla ulusal makamların takdir yetkilerini aşmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir⁴⁰⁷.

V. MEDENİ YARGILAMADA ÇOCUĞUN KATILIM HAKKININ GÜNDEME GELDİĞİ UYUŞMAZLIK KONULARI

A. Velayet – Çocuğun İkameti

Aslında, paternalist bir yaklaşımın ürünü olarak kabul edilebilecek velayet kavramı, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde geçmemektedir. Velayet kavramı yerine, ebeveynin hakları ve sorumlulukları ibaresi geçmektedir. Çocuğun katılım hakkı da velayetin bir hak değil, çocuğa karşı görev ve sorumlulukları içerdiğinin bir göstergesidir⁴⁰⁸. Kararlarda çocuğun velayetine karar verilmesi ile kastedilen aslında, karara konu olan devletin iç hukukuna göre farklılık göstermektedir. Bu bazen çocuğun ikametine karar verilmesi, bazen de çocuğun haklarını kimin temsil edeceğine karar verilmesi olmaktadır.

Malinin v. Russia vakasında görüldüğü gibi AİHM, çocukla görüşme hakkı-kişisel ilişki kurma hakkı meselelerindeki tavrının aksine çocuğun velayeti, yaşayacağı yer meselelerinde taraf devlete daha fazla takdir yetkisi tanımaktadır. Bu vakada çocukların babalarıyla görüşmesine anneleri engel olmadığından, çocukların

⁴⁰⁶ Buchleiter v. Germany, app. no. 20106/13, 17.10.2016, para. 53.

⁴⁰⁷ Sangoi v. Germany, app. no. 43976/17, 03.04.2018, para. 19-23.

⁴⁰⁸ Gülay Arslan Öncü, **Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, 2. Baskı, Ankara, Avrupa Konseyi, 2019, s. 104.

yaşadıkları yere karar verirken, görüşlerine ulusal mahkemenin itibar etmemesi ihlal kararını gerektirmemiştir⁴⁰⁹. Çocukların yaşı da bu kararın verilmesinde etkili olmuştur.

Çocuğun velayetine veya kimle yaşayacağına karar verilirken sosyal araştırma yönteminin kullanılmaması, velayet hakkı verilmeyen ebeveyn bakımından, 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmesine sebep olabilir⁴¹⁰.

Mahkeme, çocuğun velayetine karar verilirken, bu kararın çocuğun sosyal çevresinde bir değişikliğe sebep olup olmayacağını da hesaba katmaktadır. *M. and M. Croatia* vakasında Mahkeme, hem anne hem de babanın aynı şehirde yaşadığını, velayetin babadan alınmasının çocuğun okulunda ve sosyal çevresinde bir değişiklik yapmayacağını belirtmiştir⁴¹¹.

B. Kişisel İlişki Kurma

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS md. 8'in çocuk ve ebeveynin birleşmesi hakkını içinde barındırdığını belirtmiştir. Bu yalnızca çocuğun devlet korumasında olduğu durumlar için değil aynı zamanda anne-babanın çatışma içinde olduğu görüşme (**contact**) ve yerleşme (**residence**) meselelerinde de geçerlidir. Ulusal yetkililerin boşanmadan sonra velayet sahibi olmayan ebeveynle çocuğun görüşmesini sağlama görevi tartışmasıdır. Yetkililer, somut olayın koşullarına göre, görüşmeyi (**contact**) sağlamak için gereken tüm adımları atmalıdır. Yargılamadaki herhangi bir gecikme meselenin **de facto** olarak çözülmesine neden olabilir. Karar verme süreçlerinde ebeveynin menfaatlerine gereken koruma sağlanmalıdır⁴¹². Taraf devletlerin yükümlülükleri, kişisel ilişki kurmayı engelleyen tarafın tazminata mahkum edilmesi veya cezalandırılmasıyla sınırlı değildir. Ebeveyn ve çocuk arasındaki bağın sürdürülebilmesi için sosyal hizmetler ve benzeri kurumlar da devreye sokulmalıdır⁴¹³.

Taraf devletlerin çocuk ve ebeveynin birleşmesini sağlama yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülük, uyuşmazlık konusu ebeveynler arasında ya da ebeveyn ve

⁴⁰⁹ Malinin v. Russia, app. no. 70135/14, 12.03.2018, para. 12.

⁴¹⁰ Palau Martinez v. France, app. no. 64927/01, 16.03.2004, para. 42.

⁴¹¹ M. and M. v. Croatia, app. no. 10161/13, 03.12.2015, para. 186.

⁴¹² Plaza v. Poland, app. no. 18830/07, 20.06.2011, para. 73, 74.

⁴¹³ Onodi v. Hungary, app. no. 38647/09, 30.08.2017, para. 41.

çocuğun diğer bir aile üyesi arasında olsa da geçerlidir. Fakat bu, devletin, birbirlerine karşı sevgilerini yitirmiş tarafların tekrar birbirlerine karşı olumlu tutum göstermelerini sağlama yükümlülüğü olduğu anlamına gelmez. Ulusal makamların bu yükümlülüğü mutlak değildir. Somut olayın koşullarına göre taraf devletin üzerine düşen sorumluluğu gerçekleştirmesi beklenmektedir⁴¹⁴.

C. Alternatif Bakım

Çocukların görüşlerine, koruma altında olduklarında, ebeveynin ayrı olduğu durumlara göre daha fazla ağırlık verildiği anlaşılmaktadır. *Hokkanen v. Finland* vakasında çocuk haklarına vurgu yapan bir dil kullanan AİHM, *C. v. Finland* vakasında çocuğun görüşmeye zorlanmasının anlamsız olacağına işaret etmiştir. Fakat bu iki vaka birbirine oldukça benzerdir⁴¹⁵.

Yukarıda yer alan, çocuğun koruyucu ailesinden ayrılıp biyolojik ailesine dönmek istemediğini birden fazla kere tekrarladığı *Bronda v. Italy* vakasında Mahkeme, çocuğun yararına özel bir ağırlık verildiğini belirtmiş, olayda çocuğun menfaatinin büyükanne ve büyükbabasının menfaatine ağır bastığına karar vermiştir. Mahkeme, 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Çocuğun görüşünün yıllar geçse de istikrarlı bir şekilde aynı oluşu bu kararın verilmesinde etkili olmuştur denebilir. Ayrıca annesinin zihinsel bir hastalığı vardır ve başvurular çocuğun anneannesi ve dedesidir⁴¹⁶. Başvuranlar çocuğun annesi veya babası olsaydı Mahkeme'nin tutumu değişebilirdi.

Mahkeme, her ne kadar ulusal makamların, çocuğun alternatif bakımına karar verirken geniş bir takdir yetkisinden faydalandığını kabul etse de, somut olayda çocuğun ailesinden alınmasını meşrulaştıracak sebeplerin olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca böyle bir tedbiri almadan önce ulusal makamların alternatif yolları da düşünmesi gerekmektedir⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Malec v. Poland, app. no. 28623/12, 28.09.2016, para. 66.

⁴¹⁵ Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 454.

⁴¹⁶ Bronda v. Italy, app. no. 40/1997/824/1030, 09.06.1998, para. 11, 62, 63.

⁴¹⁷ K. and T. v. Finland, app. no. 25702/94, 12.07.2001, para. 166.

D. Evlatlık Verme

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Pini and Others v. Romania* vakasında, evlatlıkla evlat edinen arasındaki ilişkinin, hukuken ve gerçek olması halinde aile yaşamı sayıldığını ve AİHS md. 8 çerçevesinde korunduğunu kabul etmiştir⁴¹⁸. Vakada, başvuran evlatlık çocukla yaşamaya başlamamış hatta yüz yüze hiç görüşmemişlerdir. Ulusal mahkemenin evlatlık ilişkisinin tesisine ilişkin verdiği kararın icra edilmemesi üzerine başvuran şikayetçi olmuştur⁴¹⁹. Mahkeme, her ne kadar evlat edinenle evlatlık arasında fiilen bir aile ilişkisi mevcut olmasa da, 8. maddenin potansiyel ilişkileri de içine alacak biçimde genişleyebileceğine karar vermiştir⁴²⁰. Mahkeme, bu sonuca varırken evlat edinmeye ilişkin meselelerin, Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ışığında değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir⁴²¹. Vakada, iki çocuk da evlat edinmeye dair mahkeme kararının geri alınması için kendi adlarına başvurmuş, kendi büyüdükleri, yaşadıkları ülkeden, ortamdan ayrılmak istememişlerdir. AİHM, başvuranların evlat edindikleri çocuklarla ilişkilerini geliştirme haklarının çocukların menfaatleri ile kısıtlandığını belirtmiştir. Her ne kadar AİHM, başvuranların iddiaları doğrultusunda aile yaşamının varlığını kabul etse de AİHS md. 8'in ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴²².

Mahkeme, evlatlık ilişkisi tesis edilirken çocuğun rızasının alınmamış olmasını bir eksiklik olarak görmemiştir. Zira çocuk dava sürecinde dokuz buçuk yaşındaydı. İç hukukta evlatlık ilişkisinin geçerli olması için çocuğun rızasının on yaşından itibaren alınması öngörülmüştür. Mahkeme, uluslararası sözleşmelerin ulusal makamlara, hangi yaştan itibaren çocuğun görüşlerinin dikkate alınacağını belirlemek konusunda takdir yetkisi verdiğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, on yaşın

⁴¹⁸ Pini and Others v. Romania, app. no. 78028/01 and 78030/01, 22.09.2004, para. 140, 148.

⁴¹⁹ Pini and Others v. Romania, app. no. 78028/01 and 78030/01, 22.09.2004, para. 3, 146.

⁴²⁰ Pini and Others v. Romania, app. no. 78028/01 and 78030/01, 22.09.2004, para. 143.

⁴²¹ Pini and Others v. Romania, app. no. 78028/01 and 78030/01, 22.09.2004, para. 139.

⁴²² Van Bueren, **a.g.e.**, s.128, 129.

makul olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur⁴²³. Fakat Mahkeme, somut olayda, çocukların nerede yaşamak istediklerine dair görüş beyan edecek olgunlukta olduklarını kabul etmiştir. Çocuklar evlat edinildikleri ailenin yanına yerleşmeyi reddetmiştir. Mahkeme, çocukların en üstün yararı gereği, görüş açıklayabilecek olgunlukta olduklarından, çocukların görüşlerinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir⁴²⁴.

Başvuranın, eşi ile ayrıldıktan sonra beraber evlat edindikleri çocuğun evlatlık ilişkisinin, eski eşiyle son bulması üzerine, çocuk ile başvuran arasındaki evlatlık ilişkisinin de ulusal makamlarca sonlandırılmasına dair olan *Kurochkin v. Ukraine* vakasında, 13 yaşındaki çocuk başvuranla kalmak istediğini beyan etmiştir. AİHM, çocuğun görüşünü de dikkate alarak, başvuranın özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁴²⁵.

E. Uluslararası Çocuk Kaçırma

AİHM, *Roche v. Malta* vakasında, uluslararası çocuk kaçırma ile ilgili olan kararlarda özel yaşama saygı hakkına dair pozitif yükümlölüklerin çocuğun en üstün yararı ilkesi ile bağlantılı olarak 26.10.2018 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi ve 20.11.1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁴²⁶.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: “*Adlî veya idarî makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddebilir.*”

Roche v. Malta vakasında ulusal mahkeme, çocuğun Malta'da daha mutlu olmasının çocuğun bakım ve velayetinin kimde olacağı hususunda karar verilirken kullanılabilecek bir argüman olduğunu belirtmiştir. Fakat olaydaki mesele Uluslararası Çocuk Kaçırma ile ilgilidir ve çocuğun mutad meskenine dönmesinin

⁴²³ Pini and Others v. Romania, app. no. 78028/01 and 78030/01, 22.09.2004, para. 145.

⁴²⁴ Pini and Others v. Romania, app. no. 78028/01 and 78030/01, 22.09.2004, para. 157, 159, 164.

⁴²⁵ Kurochkin v. Ukraine, app. no. 42276/08, 20.08.2010, para. 6, 9, 60.

⁴²⁶ Roche v. Malta, app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 90.

reddedilmesi ancak 13. maddede sayılan istisnalar gerçekleştiğinde mümkün olabilir⁴²⁷.

Çocuğun geri gönderilmesinin Lahey Sözleşmesi'ne uygun olduğu durumlarda çocuğun otomatik olarak geri gönderilmesi AİHS md. 8'e uygun düşmez.⁴²⁸

VI. ÇOCUĞUN TEMSİLCİSİ VEYA AVUKATI

Çocuğun yargılama sürecinde bir temsilciden faydalanmaması, çocuğun mahkemeye etkili katılımına engel olur. Çocuğun, adil yargılanma hakkı çerçevesinde bir temsilciden faydalanma hakkı vardır⁴²⁹.

Airey v. Ireland vakası⁴³⁰ dikkate alındığında, velayet, kişisel ilişki ve bakım gibi çocuğun medeni haklarını ilgilendiren konularda, devletin pozitif yükümlülüğü olarak çocuğa hukuki destek sağlanması tartışılabilir. Bu kararlar beraber devletler, hukuk davalarında, mahkemeye etkili erişim için gerekli olduğu durumlarda hukuki yardım sağlamak zorundadır. Bazı sözleşmeciler devletler, birtakım hukuk davalarında, bu konuların karmaşık olması sebebiyle yasal temsili zorunlu kılmıştır. Bu yorumdan hareketle, yetişkinler için karmaşık sayılmayacak bir davanın ya da hukuki sürecin çocuklar için karmaşık sayılabileceği, bu sebeple çocuklar için kayyım, vasi gibi, daha başka hukuki destek müesseselerinin geliştirilmesi gerektiği söylenebilir. *T. v. United Kingdom* vakasında⁴³¹ Mahkeme, çocuk ceza yargılaması için özel yargılama hükümlerinin kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna göre, her ne kadar çocuk yetenekli bir avukat tarafından savunulsa da çocuğun çekingenliği ve toyluğundan ötürü, kayyım ve vasi gibi ek başka hukuki destek müesseselerinin harekete geçirilmesi gerekir. Bu yorumu hukuk davalarına da uyarlamak mümkündür⁴³².

Başvuranın çocuğa yerel mahkemeler tarafından avukat tayin edilmemesinin 6. maddenin ihlaline neden olduğu iddiasında bulunduğu *Roche v. Malta* vakasında, AİHM, ikinci başvuran olan çocuğun menfaatlerinin onun yasal temsilcisi olan

⁴²⁷ Roche v. Malta app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 95.

⁴²⁸ Roche v. Malta app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 95.

⁴²⁹ Kil Kelly, **a.g.e.**, s. 121.

⁴³⁰ Airey v. Ireland, app. no. 6289/73, Chamber, 09.10.1979.

⁴³¹ T. v. United Kingdom, app. no. 24724/94, 16.11.1999.

⁴³² Daly, "The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights", s. 445.

annesi tarafından da korunduğunu, iç hukuka göre de çocuğun menfaatleri avukatın yokluğunda da korunabiliyorsa avukata başvurulmasının Sözleşme çerçevesinde zorunlu olmadığına karar vermiştir⁴³³.

N.T.s. and Others v. Georgia vakasında hükümet, çocukların sosyal hizmetler temsilcisi vasıtasıyla hem yargılamaya katıldıkları hem de dinlenildiklerini iddia etmiştir. Fakat, dava dosyasından anlaşıldığı üzere sosyal hizmetler temsilcileri yalnızca temyiz sürecinde bulunmuşlar, ilk derece yargılaması süresince bulunmamışlardır. Temyiz süresince de sosyal hizmet görevlileri, ilgili taraf statüsünden yararlanmışlardır. Mahkeme, temsilcilerin bu şekilde çocukların haklarını nasıl koruyacağı sorusunu sormuştur. Mahkeme, sosyal hizmetler tarafından görevlendirilen temsilcilerin ne gibi yetki ve görevlerinin olduğunun ne medeni kanunda ne de sosyal hizmetlerle ilgili kanunlarda açıkça belirtilmediğine dikkat çekmiştir. İki yıldan fazla süren dava süresince temsilciler çocuklarla yalnızca birkaç defa görüşmüştür. Bu görüşmelerde de yalnızca çocukların hayat koşullarını ve duygusal durumlarını araştırmışlardır. Çocuklarla yeterli sıklıkla bir araya gelinmediğinden sağlam bir ilişki de tesis edilememiştir. Her ne kadar Gürcistan taraf olmasa da Mahkeme Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesine atıf yapmıştır. Buna göre, temsilci, çocuk adına uygun bir şekilde hareket etmeli, çocuğu bilgilendirmeli ve gerekli açıklamaları yapmalı, çocuğun görüşünü belirleyerek bunu adli yetkiliye sunmalıdır. Aynı şekilde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalet Rehberi'nde de çocuk ile ebeveynleri ya da diğer kanuni temsilcileri arasında menfaat çatışması olduğu durumlarda çocuğa bağımsız bir temsilci atanması ve bu temsilcinin çocuğun görüşlerini ve menfaatlerini temsil etmesi ve çocuğu yargılama süreci ile ilgili bilgilendirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Mahkeme somut olaydaki temsilcilerin bu yetkilerle donatılmadığını gözlemlemiştir⁴³⁴.

⁴³³ Roche v. Malta, app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018, para. 99.

⁴³⁴ N.T.s. and Others v. Georgia, app. no. 71776/12, 02.05.2016, para. 74-77.

VII) ÇOCUĞUN KATILIM HAKKI VE EBEVEYN HAKLARININ ÇATIŞMASI-YARIŞMASI

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin metninde velayet hakkı kavramına yer verilmemiştir. Çocuğun katılım hakkı, velayetin, ebeveyn bakımından sadece bir hak değil aynı zamanda çocuğa karşı sorumluluklar ve ödevler de içerdiğinin bir göstergesidir⁴³⁵. AİHM, *Nita v. Romania* vakasında, dava konusu olay çocuğun görüşlerinin dikkate alınmasını gerektirse de, bu görüşlerin illa ki ebeveynin menfaatlerini, özellikle de çocuğuyla düzenli ilişki kurma hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Çocuğun kendi görüşlerini ifade etme hakkı, koşulsuz olarak veto gücüne sahip olarak yorumlanamaz. Diğer etkenlerin dikkate alınması ve çocuğun en üstün yararını belirlemek için bir inceleme yapılması gerekir. Bu menfaatler, çocuğun sağlığına ve gelişimine zararlı olmadığı müddetçe aile bağlarının sürdürülmesini gerektirir⁴³⁶.

Mahkeme, çocuğun özel yaşama saygı hakkı ile ebeveynin görüşme hakkı (kişisel ilişki kurma hakkı) çatıştığında ebeveynin çocuk yerine başvuru olamayacağına karar vermiştir⁴³⁷.

Yukarıda yer alan *Süss v. Germany* vakasında Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvuranın çocuğuyla kişisel ilişki kurma hakkının ertelenmesi kararının, çocuğun en üstün yararına uygun bir karar olarak değerlendirmiştir. Çocuğun yararı önemi gereği başvuranın çıkarına üstün gelmiştir. Mahkeme, her ne kadar çocuğun babasını görmek istememesinde annesinin de etkisi söz konusu olsa da çocuğun görüşünün baskın geldiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM, yerel mahkemenin anneyi, çocuğun babasına karşı olan olumsuz tutumunu düzeltmekle yükümlü kıldığından da hareketle, kişisel ilişkinin reddini ilgili nedenlerle meşrulaştırdığı kanaatindedir⁴³⁸. AİHM, bu kararda olgun çocuğun görüşlerine saygı duyulması gerektiğini kabul etmiştir⁴³⁹.

⁴³⁵ Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s. 272.

⁴³⁶ *Nita v. Romania* app. no. 30305/16, 12.06.2018, para. 35.

⁴³⁷ *Furman v. Slovenia and Austria*, app. no. 16608/09, 05.05.2015, para. 84.

⁴³⁸ *Süss v. Germany*, app. no. 40324/98, 12.04.2006, para. 91.

⁴³⁹ *Merckx, a.g.m.*, s. 4.

Başvurucu babanın, anne ve babalarının ayrılmasından sonra anneleriyle yaşamaya başlayan ve anneleri öldükten sonra annelerinin partneri L ile yaşamaya devam eden çocuklarının velayetinin kendisine verilmemesinden ve çocuklarıyla çok sınırlı ilişki kurmasından şikayetçi olduğu *C. v. Finland* vakasında⁴⁴⁰, başvuranın çocukları L ile kalmaya devam etmek istemektedir. AİHM'ye göre, ulusal mahkeme, diğer etkenleri özellikle başvuranın bir baba olarak haklarını değerlendirmeksizin çocukların görüşüne özel bir önem atfetmiştir. Bu kararı tarafları duruşmada dinlemeden, bir delil veya uzman görüşüyle olayı açıklığa kavuşturmayla çalışmadan vermiştir. Bu kararlar çocuklar L'nin yönlendirmesine açık hale gelmiş, başvuran, babalık rolünden yoksun kalmıştır. Mahkeme, tüm bu sebeplerle karar verme sürecinde adil bir denge kuramadığı sonucuna varıp 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁴¹. Çocuklar, yargılama süresince sosyal görevliler ve psikologlar tarafından görüşleri alındığı sırada 12 yaşından büyük olmalarına rağmen⁴⁴² ve bu görüşlerini iki yıl boyunca tekrar etmelerine rağmen AİHM, babanın aile yaşamına saygı hakkını üstün bulmuştur. Çocuklar olgun sayılabilecek bir yaşta olmasına ve görüşlerini açıkça ifade etmelerine rağmen Mahkeme, bütün hususları ve yarışan hakları göz önünde bulundurmuş, çocuğun görüşünün koşulsuz veto hakkı verdiğini reddetmiştir⁴⁴³. Bu noktada karşı tarafın ebeveyn değil bir yabancı olması Mahkeme'nin bu sonuca ulaşmasında etkili olmuştur denebilir.

Wetjen and Others v. Germany vakasında çocukları dini öğretileri gereği bedensel ceza ile eğiten cemaatin çocukları ailelerinden alınıp koruyucu aileye yerleştirilmiştir. Çocuklar hakim önünde ailelerine dönmek istediklerini beyan etmişlerdir⁴⁴⁴. Yerel mahkeme bir çocuk hariç (yaşı çok küçük olduğundan) bütün çocukları dinlemiştir. En zor durumlarda dahi olsa Sözleşme, her türlü işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklamıştır. Mahkeme ebeveynlerden bazı haklarının alınmasına dair ilgili ve yeterli sebep olduğuna kanaat getirmiş, ebeveyn hakları ile çocuğun en üstün yararı arasında adil bir denge kurulduğuna hükmetmiştir. Yerel makamların takdir yetkilerini aşmadığına

⁴⁴⁰ C. v. Finland, app. no. 18249/02, 09.08.2006, para. 3-19.

⁴⁴¹ C. v. Finland, app. no. 18249/02, 09.08.2006, para. 58, 59.

⁴⁴² C. v. Finland, app. no. 18249/02, 09.08.2006, para. 17, 36.

⁴⁴³ Merckx, **a.g.e.**, s. 4.

⁴⁴⁴ Wetjen and Others v. Germany app. no. 68125/14, 72204/14, 22.06.2018, para. 7-20.

hükmetmiştir. 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁴⁵. Bu vakada çocuğa karşı şiddet söz konusu olduğu için her ne kadar çocuklar kendi ailelerine ve cemaatlerine geri dönmek isteseler de, kötü muamelenin uluslararası insan hakları sözleşmelerinde mutlak olarak yasaklanmasından dolayı, çocuğun üstün yararı gereği çocukların görüşlerine itibar edilmesi mümkün olmamıştır. Çocuğun en üstün yararı ilkesi, çocuğun katılım hakkının önüne geçmiştir diyebiliriz.



⁴⁴⁵ Wetjen and Others v. Germany app. no. 68125/14, 72204/14, 22.06.2018, para. 81-87.

SONUÇ

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşüne başvurulmasını ve bu görüşün, çocuğun yaşı ve olgunluğu ölçüsünde dikkate alınmasını güvence altına almıştır. Ebeveynin, devletin ya da çocuklardan sorumlu olan kişilerin, çocuk adına karar verdiği, çoğu zaman çocuğa isteklerinin, duygu ve düşüncelerinin sorulmadığı dünya düzeninde, Çocuk Hakları Sözleşmesi, radikal bir düzenlemeye imza atmıştır. Fakat Çocuk Hakları Sözleşmesi, 1989 yılında kabul edilmesine ve dünya üzerindeki devletlerin büyük bir kısmının ÇHS'ye taraf olmasına rağmen, çocuğun katılım hakkı dünyada hala görmezden gelinmektedir. ÇHS'ye taraf devletlerin bir kısmı, çocuğun katılım hakkını yasal düzlemde güvence altına almamıştır. Taraf devletlerin bir kısmı ise çocuğun katılım hakkını yasal olarak güvence altına almış olmasına rağmen uygulamamaktadır. Bunun nedenlerinden biri olarak, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin denetim organı olan Çocuk Hakları Komitesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kadar etkili bir denetim mekanizmasına sahip olmaması sayılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kararların icra edilebilirliği bakımından en etkili insan hakları denetim organı olduğu söylenebilir. İnsan hakları hukukunun bütünselliği ilkesi gereği AİHM, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne atıf yaparak, ÇHS'de korunan birtakım hakları AİHS'nin bazı maddeleri ile ilişkilendirmiştir. AİHM, çocuğun katılım hakkını, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde ve özel ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8. madde çerçevesinde ele almaktadır. AİHM, çocuğun ceza adaletine katılımını daha çok 6. madde, medeni yargılamalara katılımını ise daha çok 8. madde çerçevesinde incelemiştir. AİHM, 8. madde çerçevesinde inceleme yaparken devletin pozitif yükümlülüklerini esas almıştır. Buna göre, her ne kadar 8. maddenin metninden devletlerin bu hakkı korumak için yalnızca negatif yükümlülüğü bulunduğu anlamı çıksa da, AİHS'nin 1. maddesi gereği taraf devletler Sözleşme'de tanınan hakları etkili bir şekilde korumakla yükümlüdür. Pozitif yükümlülükler, devletlerin, bireyleri, diğer bireylerin müdahalesinden de korumayı gerektirir. Pozitif yükümlülüklerin usuli boyutu, özel hukuk uyuşmazlıklarında, tarafların menfaatlerinin yargılama süreci boyunca etkili bir şekilde korunmasını gerektirir.

AİHM, devletin usuli yükümlülüklerinden hareketle, çocuğun medeni (özel hukuk) işlemlere/yargılamalara katılımını incelemiştir.

Çocuk Hakları Komitesi'nin 12 No'lu Genel Yorum'undan hareketle çocuğun katılım hakkının hukuki analizine geldiğimizde ise, çocuğun katılım hakkı, her çocuğun hakkıdır. Taraf devletler, bu hakkı güvence altına almakla yükümlüdürler. Çocuklar, bu haklarını özgürce, kimsenin baskısı altında kalmadan kullanabilmelidirler. Çocuğun, kendisini etkileyen her konuda görüşlerini ifade etme hakkı vardır. Çocuk, kendisini etkileyen bütün adli ve idari işlemlerde görüşünü ifade edebilmelidir. Çocuğun katılım hakkını kullanabilmesi için görüş oluşturma yeteneğine sahip olması gerekir. Çocuğun bu yeteneğe sahip olduğu ön kabulünden hareket etmek gerekir. Görüş oluşturabilme yeteneğine sahip çocuğun ifade ettiği bu görüşün, yaşı ve olgunluğu ölçüsünde dikkate alınması gerekir. Çocuğun görüş oluşturabilme yeteneğine sahip olması çocuğun görüşlerinin mutlak olarak dikkate alınacağı anlamına gelmez. Çocuğun görüşüne yaşı ve olgunluğu ölçüsünde ağırlık verilmelidir.

Çocuğun katılım hakkının AİHM içtihatlarına nasıl yansıdığına bakacak olursak; AİHS organları, çocuğun medeni yargılamalara katılım hakkını ilk önce, bir ebeveyn hakkı olarak tanımıştır. Buna göre, çocuğun velayetine veya ebeveyniyle kişisel ilişki kurması hakkına karar verildiğinde, ebeveynin özel ve aile yaşamına saygı hakkı gereği, çocuğunun görüşünün alınması hakkı vardır. AİHM, *Şahin v. Germany* vakası ile beraber çocuğun mahkemede dinlenilmemesinin çocuğun babası olan başvuranın menfaatlerinin yeterli olarak korunamamasına sebep olduğunu ifade edip ulusal makamların takdir yetkisinin sınırını aştığına karar vermiştir. Böylece AİHM ilk defa ebeveynin AİHS md. 8 çerçevesinde dava sürecinde çocuğunun görüşünün alınması hakkının olduğunu tanımıştır. *Plaza ve Poland* kararıyla beraber AİHM, mahkemelerin, anne veya babasıyla görüşme/kişisel ilişki kurma konusunda kendi görüşlerini oluşturabilen çocukların, görüşlerine ve duygularına, özel yaşama saygı haklarına olduğu kadar gereken ağırlığı vermeleri gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca bu kararda Mahkeme, kararın ilgili ulusal hukuk ve uygulamalar bölümünde, ÇHS md. 12'ye yer vermiştir. Mahkeme, her zaman tekrarladığı ebeveynin hakları ile çocuğun en üstün yararı arasında adil bir denge kurulması gerektiği içtihadına çocuğun tercihlerini de eklemiştir. Fakat vakada çocuk başvuru değildir.

M. and M. Croatia vakasında (2015) Mahkeme, çocuklara dinlenilme ve görüşlerini ifade etme fırsatı verilmezse, kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip çocuğun karar verme süreçlerine etkin katılımından söz edilemeyeceğini kabul etmiştir. Çocuğun da başvuru olduğu vakada Mahkeme, çocuğun hangi ebeveyniyle yaşamak istediğine dair görüşüne saygı duyulmadığı gerekçesiyle, çocuğun özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

N.T.s. and Others v. Georgia vakasında (2016) AİHM, ÇHS md. 12 ve ÇHK'nin 12 No'lu Genel Yorum'u uyarınca, AİHS md. 8 çerçevesinde, kendi görüşlerini oluşturabilen çocukların, kendilerini etkileyen adli veya idari yargılamaların karar verme süreçlerine katılma, dinlenilme ve görüşlerini ifade etme hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir.

AİHM, çocuğun görüşünün dinlenilip dikkate alınmasının AİHS'ye uygun olup olmadığına karar verirken birtakım hususları dikkate almıştır. Bunlardan ilki çocuğun yaşı ve olgunluğudur. AİHM, 1988 tarihli *Nielsen v. Denmark* kararında 13 yaşındaki çocuğun görüşünün hilafına olarak yatılı hastanede tutulmasının çocuğun en üstün yararına aykırı olmadığına karar vermiştir. ÇHS'nin de kabulünden sonra AİHM, zamanla içtihadını değiştirmiştir. Örneğin, 2016 yılında verdiği *Buchleiter v. Germany* kararında Mahkeme, dokuz yaşındaki çocuğun görüşlerine itibar edilmesini haklı bulmuştur.

AİHM'nin dikkate aldığı diğer bir husus ise vakadaki uzman raporlarının değerlendirmesidir. *Şahin v. Germany* kararıyla, çocuğun ebeveynle görüşmeye direndiği durumlarda, ebeveynin uzman görüşüne başvurma hakkı da tanınmıştır. AİHM, çocuğun görüşünün alınmasının gerekip gerekmediği noktasında uzman görüşlerine ulusal mahkemece itibar edilip edilmemesine önem vermektedir. Uzman raporları, çocuğun görüşünü özgürce ifade edip etmediği konusunda da önem taşır.

Çocuğun tutumu, AİHM'nin aile meselelerine ilişkin karar verirken dikkate aldığı hususlardan birisidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocukların anne veya babasına geri dönmesinin bir hazırlık sürecini gerektirdiğini ve zora başvurmanın özellikle çocukların yararları dikkate alındığında sınırlı olması gerektiğini pek çok kararında yinelemiştir. Buna göre, çocuğun icraya zorlanmaması gerekir.

Ebeveyne yabancılaşma sendromu tespit edilip edilmemesi de AİHM'nin içtihadını etkileyen hususlardır.

AİHM kararlarında da, çocuğun, yargılama süreçlerinde bir temsilciden yararlanma hakkı tanınmıştır. Mahkeme. *N.T.s. and Others v. Georgia* vakasında, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesine atıf yapmıştır. Buna göre, temsilci, çocuk adına uygun bir şekilde hareket etmeli, çocuğu bilgilendirmeli ve gerekli açıklamaları yapmalı, çocuğun görüşünü belirleyerek bunu adli yetkiliye sunmalıdır.

Çocuğun katılım hakkının ebeveynin kişisel ilişki kurma veya herhangi bir hakkıyla çatışması da AİHM'nin karar verirken göz önünde bulundurduğu hususlardandır. AİHM, çocuğun görüşlerinin illa ki ebeveynin menfaatlerini, özellikle de çocuğuyla düzenli ilişki kurma hakkını ortadan kaldırmayacağını kabul etmiştir. Buna göre, çocuğun kendi görüşlerini ifade etme hakkı, koşulsuz olarak veto gücüne sahip olarak yorumlanamaz. Diğer etkenlerin dikkate alınması ve çocuğun en üstün yararını belirlemek için bir inceleme yapılması gerekir. Bu menfaatler, çocuğun sağlığına ve gelişimine zararlı olmadığı müddetçe aile bağlarının sürdürülmesini gerektirir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen bireysel başvurular yoluyla bir değerlendirme yapmakta ve bu değerlendirmeyi şikayet konusuyla sınırlı tutmaktadır. Çocuk Hakları Komitesi'nin bireysel başvurulara ilişkin verdiği kararların aksine AİHM, halen çocuğun katılım hakkını, devletlerin takdir marjına atıf yaparak dar yorumlamaktadır. AİHM, Çocuk Hakları Komitesi'nin geliştirdiği standartları kararlarında sınırlı bir şekilde kullanmaktadır. Mahkeme, çocuğun aile meselelerine katılımı ile ilgili kararlarında devletlerin takdir yetkisi olduğunu ve kendisinin ikincil konumda olduğunu tekrarlamaktadır. Çocuğun yargılama sürecinde görüşünün alınmasını ise taraf devletin usuli yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından değerlendirmektedir. AİHM, Çocuk Hakları Komitesi'nin bireysel başvurulara ilişkin verdiği kararların aksine çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin doğrudan standartlar geliştirmemiştir. Çoğu zaman AİHM'nin çocuğun katılım hakkına yönelik görüşü, önüne gelen vakada, ulusal makamların verdiği kararı yorumlarken anlaşılmaya çalışılmaktadır. ÇHK ise önüne gelen sınırlı bireysel başvuru kararlarında, çocuğun yaşı ve olgunluğuna dair veya taraf devletin çocuğun

katılım hakkının gerektiği gibi uygulanabilmesi için yerine getirmesi gereken ykmllklere dair kesin ifadeler kullanabilmektedir.

Aslında AİHM, kararlarında doğrudan çocuğun katılım hakkını mesele yapmamıştır. AİHM'nin önüne gelen, çocuğun velayeti veya ebeveyniyle kişisel ilişki kurması ile ilgili bir vakada, başvuranlar, çocuğun görüşünün alınmasını veya alınmamasını ya da çocuğun görüşünün dikkate alınmasını veya alınmamasını şikayet konusu yapmışlarsa, AİHM ancak o şekilde çocuğun katılım hakkına değerlendirmesinde yer vermiştir. Bazı kararlarında ise AİHM, ocuğun katılım hakkını hiç zikretmemiştir. AİHM'nin, ulusal makamların çocuğun görüşünü almasının veya almamasının yerinde olup olmadığına yönelik değerlendirmesi, AİHM'nin çocuğun katılım hakkına yönelik kıstaslarını tespit etmekte yol gösterici olmuştur.

KAYNAKÇA

- Akyüz, Emine: **Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması** Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara, Pegem Akademi, 2018.
- Alderson, Priscilla: **Young Children's Rights: Exploring Beliefs, Attitudes, Principles and Practice**, London, Jessica Kingsley Publishers, 2000.
- Alderson, Priscilla: "Younger Children's Individual Participation in all Matters Affecting the Child", ed.: Barry Percy Smith, Nigel Thomas, **A Handbook of Children and Young People's Participation: Perspectives from Theory and Practise**, part 2:7, London/Newyork, Routledge, 2010, sa. 88-95.
- Arslan, Öncü, Gülay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta, 2011.
- Arslan, Öncü, Gülay: **Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, 2. Baskı, Ankara, Avrupa Konseyi, 2019.
- Bentley, Kristina Anne: "Can There Be Any Universal Children's Rights?" **International Journal of Human Rights**, Vol. 9, No. 1, March 2005, sa. 107–123.
- Bilson Andy, White Sue: "Representing Children's Views and Best Interests in Court: An International Comparison", **Child Abuse Review**, Vol. 14, 2005, sa. 220-239.
- Bosisio, Roberta: "Children's Right to Be Heard: What Children Think", **International Journal of Children's Rights**, S: 20, 2012, sa. 141–154.
- Brock, Dan W: "Children's Competence for Health Care Decisionmaking", **Children and Health Care - Moral and Issues**, ed.: Loretta M. Kopelman, John C. Moskop, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1989, sa. 181-211.
- Bueren, Van Geraldine: **Child Rights in Europe**, Belgium, Council of Europe Publishing, 2007.

- Callus, Anne Marie, Ruth Farrugia: **The Disabled Child's Participation Rights**, Routledge, 2016.
- Cantwell, Nigel: "Are Children's Rights still Human?", **The Human Rights of Children From Vision to Implementation**, ed.: Antonella Invernizzi, Jane Williams, UK, Ashgate, 2011.
- Cederborg, Ann Christin: "Children's Right to be Heard from Their Unique Perspective", **Child-friendly Justice, A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child**, Ed: Said Mahmudi, Pernilla Leviner, Anna Kaldal, Katrin Lainpelto, Stockholm Studies in Child Law and Children's Rights, Volume 1, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.
- Chan, Merry Jean: "The Authorial Parent, An Intellectual Property Model of Parental Rights", **New York University Law Review**, Vol. 78: 1186, 2003, sa. 1186-1226.
- ...
- Child-friendly justice, Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States", France, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017.
- ...
- "Children and Young People's Views and Experiences of Children's Hearings – a Summary, Children's Hearings Scotland", Edinburgh, 2014, (Çevrimiçi), <http://www.chscotland.gov.uk>, 15.07.2019.
- Daly, Aoife: **Children, Autonomy and the Courts, Beyond the Right to be Heard**, Stockholm Studies in Child Law and Children's Rights, Volume 3, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2017.
- Daly Aoife, Rap Stephanie: "Children's Participation in the Justice System", **International Human Rights of Children**, ed.: Ursula Kilkelly, Ton Liefwaard, Springer, 2019, sa. 299-321.
- Daly, Aoife: "Hearing Children in Proceedings – What we Can Learn from Global Practice", 26, **Seen and Heard** 42, 2016.

- Daly, Aoife: “The right of children to be heard in civil proceedings and the emerging law of the European Court of Human Rights”, **The International Journal of Human Rights**, C:XV, S: 3, 2011, sa. 441-461.
- Duchesne, Juliette: “The Child’s Right To Be Heard in South Africa And The United States Of America: Analysis Of The Hague Abduction Convention”, Thesis International Children’s Rights, University of Leiden Faculty of Law, 2014-2015.
- Elçin, Evgen Gülçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, **Çocuk Hakları Çalışmaları I**, S: 1-25 ed.: Evgen Gülçin Elçin, Arzu Genç Arıdemir, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Florescu, Simona, Liefwaard Ton, Bruning Marielle: “Children’s Rights And The European Convention On Human Rights” **NTM|NJCM-Bull. jrg**, 40, nr. 4, 2015, sa. 451-453.
- Fortin, Jane: **Children’s Rights and the Developing Law**, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Françoise, Marie, Babel, Lücker: “The Right of the Child to Express and to be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child”, **International Journal of Children’s Rights**, S:3, 1995, sa. 391-404.
- Franklin, Bob: **Çocuk Hakları**, Çev: Alev Türker, İstanbul, Ayrıntı, 1993.
- Freeman Michael: “Rethinking Gillick”, **The Interntional Journal Of Children Rights**, Vol. 13, 2005, sa. 201-207.
- Freeman, Michael: “The Value and Values of Children’s Rights”, **The Human Rights of Children From Vision to Implementation**, Ed. by. Antonella Invernizzi, Jane Williams, Swansea University, Wales, UK, Ashgate, 2011, sa. 21-36.

- Gardner, Richard A.: “Introduction”, **The International Handbook of Parental Alienation Syndrome – Conceptual, Clinical and Legal Considerations**, ed.: Richard Gardner, Richard Sauber, Demosthenes Lorandos, U.S.A., Charles C.Thomas Publisher, 2006, sa. 5-12.
- Gemalmaz, H. Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri - I. Cilt - Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal, 2011.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt - Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2011.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 1**, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 2**, 8. Bası, İstanbul, Legal, 2012.
- Gilligan, Robbie: “Enhancing resilience of children and young people in public care by mentoring their talents and interests”, **In Child and Family Social Work**, Vol. 4 No: 3, 1999, sa. 187 – 196.
- Harrison, Christine, Kenny, Nuala, Sidarous, Mona, Rowell, Mary: “Bioethics for clinicians: 9. Involving Children in Medical Decisions”, **Canadian Medical Association**, 156 (6), 1997, sa. 824-828.
- Hart, Jason, Newman, Jesse, Ackermann, Lisanne, Feeny, Thomas: **Children Changing Their World: Understanding and Evaluating Children’s Participation in Development**, London, Plan, 2004.
- Hart, Roger A.: **Children’s Participation from Tokenism to Citizenship**, Unicef, Innocenti Essays, No: 4, Florence, 1992.
- Hill, Malcolm, Davis John, Prout, Alan, Tisdall, Kay: “Moving the Participation Agenda Forward”, **Children and Society**, Vol: 18, 2004, sa. 77-96.
- Hodgkin, Rachel, Newell, Peter: **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child**, 3. Baskı, Geneva, Unicef, 2007.

- İnan, Ali Naim: **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 3, 1968.
- İnceoğlu, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, ed.: Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, sa. 209-286.
- İnceoğlu, Sibel: “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, ed: Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, sa. 23-52.
- Jančić, Olga Cvejić: “Rights of the Child in a Changing World”, **Rights of the Child in a Changing World, 25 Years after the UN Convention on the Rights of the Child**, ed.: Olga Cvejić Jančić, Switzerland, Springer, 2016, sa. 1-36.
- Khazova, Olga A: “International Children’s Rights Law: Child and the Family”, **International Human Rights of Children**, ed.: Ursula Kilkelly, Ton Liefwaard, Springer, 2019, sa. 162-182.
- Kilkelly, Ursula: “Effective Protection of Children’s Rights in Family Cases: An International Approach”, **Transnational Law Contemporary Problems**, 12(2), 2002, sa. 335-354.
- Kilkelly, Ursula: “Protecting Children’s Rights Under the ECHR: The Role of Positive Obligations”, **Nilq**, 61(3), 2010, sa. 245-261.
- Kilkelly, Ursula: “The Best of Both Worlds for Children’s Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child”, **Human Rights Quarterly**, 23, 2001, sa. 308–326.
- Kilkelly, Ursula: “The CRC in Litigation under the ECHR”, ed: Ton Liefwaard and Jaap E Doek, **Litigating the Rights of the Child**, Springer, 2014, sa. 193-211.

- Kilkelly, Ursula: **The Child and the European Convention on Human Rights**, London, Routledge, 1999.
- Krappmann, Lothar: “The Weight of the Child View, Article 12 of the Convention on the Rights of the Child”, **International Journal of Children’s Rights**, S: 18, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2010, sa. 501-513.
- Lansdown, Gerison: **Every Child’s Right to be Heard, A Resource Guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment No.12**, Unicef, The Save the Children Fund, 2011.
- Lansdown, Gerison: **Promoting Children’s Participation in Democratic Decision Making**, Unicef, Innocenti Research Center, Florence, Italy, 2001.
- Lansdown, Gerison: **The Evolving Capacities of the Child**, Florence, Italy, Unicef Innocenti Research Centre, 2005.
- Merckx, Evelyn: “The interaction between the UN CRC and the ECHR in Belgian custody and access rights proceedings”(Çevrimiçi), <https://biblio.ugent.be/>, 20.08.2019.
- 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**, Florence, Italy, Unicef Innocenti Working Paper, 2009.
- Pais, Manta Santos: “Child Participation”, **Documentação e Direito Comparado**, nos 81/82, 2000, sa. 92-101.
- Pais, Manta Santos: “The Convention on the Rights of the Child”, , **Manual on Human Rights Reporting**, UN, Geneva, 1997, sa. 393-503.
- Parkes, Aisling: **Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to Be Heard**, Newyork, Routledge, 2013.
- ... Rights, Remedies & Representation: Global Report On Access To Justice For Children, CRIN, 2016, (Çevrimiçi), <https://archive.crin.org>, 08.08.2019.

- Serozan, Rona: **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Shanahan, Suzanne: “Lost and Found: The Sociological Ambivalence Toward Childhood”, **Annual Review of Sociology**, 33, 2007, sa. 407-428.
- Shier, Harry: “Pathway to Participation: Openings, Opportunities and Obligations”, **Children and Society**, Vol. 15, 2001, sa. 107-117.
- Sinclair, Ruth: “Participation in Practice: Making It Meaningful, Effective and Sustainable”, **Children and Society**, Vol. 18, 2004, sa. 106-118.
- Soo Jee Lee: “A Child's Voice vs. a Parent's Control: Resolving a Tension Between the Convention on the Rights of The Child and U.S. Law”, **Columbia Law Review**, Vol. 117: 687, sa. 687-727.
- Stalford, Helen: **Children and the European Union – Rights, Welfare and Accountability**, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Thomas, Nigel: “Towards a Theory of Children’s Participation”, **International Journal of Children’s Rights**, 5(2), June 2007, sa. 199-218.
- Thorburn Stern, Rebecca: **Implementing Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child-Participation, Power and Attitudes**, Stockholm, Brill Nijhoff, Volume 2, 2017.
- Willow, Carolyn: **Children Right to be Heard and Effective Child Protection: A Guide for Governments and Children’s Rights Advocates on Involving Children and Young People in Ending All Forms of Violence**, Sweden, Save the Children, 2010.

ULUSLARARASI BELGELER

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle İlişkin Rehber

CCPR General Comment No. 17: Article 24 (Rights of the child) Adopted at the Thirty-fifth session of the Human Rights Committee, on 7 April 1989.

CCPR General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29.03.2004.

European Commission , “Children Right as They See Them, Luxembourg”, European Union, 2011.

UN Committee on the Rights of the Child, Days of General Discussion – The Right of the Child to be Heard, 29 September 2006.

UN Committee on the Rights of the Child, Day of General Discussion on Implementing Child Rights in Early Childhood, Final Recommendations, 37th Session, Geneva (17 September 2004).

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 1 (2001), Article 29 (1), The aims of education, 17 April 2001, CRC/GC/2001/1.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 2 (2002): The Role of Independent National Human Rights Institutions in the Promotion and Protection of the Rights of the Child, 15 November 2002, CRC/GC/2002/2.

UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 3, HIV/AIDS and the Rights of the Child, 17 March 2003, CRC/GC/2003/3.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 4 (2003): Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child, 1 July 2003, CRC/GC/2003/4.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 5 (2003), General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), 27 November 2003, CRC/GC/2003/5.

UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7, (2005), Implementing Child Rights in Early Childhood, 20 September 2006, CRC/C/GC/7/Rev.1.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 9 (2006):

The rights of children with disabilities, 27 February 2007, CRC/C/GC/2009.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, 20 July 2009, CRC/C/GC/12.

UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013) on the Rights of the Child to Have His or Her Best Interests taken as a Primary Consideration (Art 3, para 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14.

UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 20 (2016) on the Implementation of the Rights of the Child During Adolescence, 6 December 2016, CRC/C/GC/20.

UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 21 (2017) on Children in Street Situation, 21 June 2017, CRC/C/GC/21.

UN Committee on the Rights of the Child (1994) Report on the seventh session, CRC/C/34.

UN Committee on the Rights of the Child, Report on the 43rd Session, September 2006, “The Right of the Child to be Heard”.

UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2008.

UN Doc. 41/128, General Assembly, 04.12.1986.

UN Doc. A/36/40/1981, Report of the Human Rights Committee.

UN Committee on the Rights of the Child, Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 12/2017 CRC/C/79/D/12/2017.

UN Committee on the Rights of the Child, Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 15/2017, CRC/C/80/D/15/2017.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE KOMİSYONU KARARLARI

Airey v. Ireland, app. no. 6289/73, Chamber, 09.10.1979.

Bronda v. Italy, 40/1997/824/1030, 09.06.1998.

Buchleiter v. Germany, 20106/13, 17.10.2016.

C. v. Finland, app. no. 18249/02, 09.08.2006.

Elsholz v. Germany, app. no. 25735/94, 13.07.2000.

Fernandez Martinez v. Spain, app. no. 56030/07, 12.06.2014.

Furman v. Slovenia and Austria, app. no. 16608/09, 05.05.2015.

G.B. v. Lithuania, app. no. 36137/13, 15.12.2015.

Gineitiene v. Lithuania, app. no. 20739/05, 27.10.2010.

Gnahoré v. France, app. no. 40031/98, 17.01.2001.

Handyside v. UK, app. no. 5493/72, 07.12.1976.

Hendriks v. The Netherlands, app. no. 8427/78, Report of the Commission, 08.03.1982.

Hokkanen v. Finland, app. no. 19823/92, 23.09.1994.

Jucius and Juciuvienė v. Lithuania, app. no. 14414/03, 25.02.2009.

K. and T. v. Finland, app. no. 25702/94, 12.07.2001.

Kurochkin v. Ukraine, app. no. 42276/08, 20.08.2010.

Kutzner v. Germany, app. no. 46544/99, 26.02.2002.

M. and M. v. Croatia, app. no. 10161/13, 03.12.2015.

Malec v. Poland, app. no. 28623/12, 28.09.2016.

Malinin v. Russia, app. no. 70135/14, 12.03.2018.

Marckx v. Belgium, app. no. 6833/74, Court, 13.06.1979.

McCann v. United Kingdom, app. no. 18984/91, 27.09.1995.

Moog v. Germany. app. no. 23280/08, 2334/10, 06.03.2017.

N.T.s. and Others v. Georgia, app. no. 71776/12, 02.05.2016.

Neulinger and Shuruk v. Switzerland, app. no. 41615/07, 06.07.2010.

Nielsen v. Denmark, app no. 10929/84, 28.11.1988.

Nita v. Romania, app. no. 30305/16, 12.06.2018.

Onodi v. Hungary, app. no. 38647/09, 30.08.2017.

Palau Martinez v. France, app. no. 64927/01, 16.03.2004.

Pini and Others v. Romania, app. no. 78028/01 and 78030/01, 22.09.2004.

Plaza v. Poland, app. no. 18830/07, 20.06.2011.

Roche v. Malta, app. no. 42825/17, 66857/17, 12.06.2018.

Sangoi v. Germany, app. no. 43976/17, 03.04.2018.

S.C. v. United Kingdom, app. no. 60958/00, 10.11.2004.

Sommerfeld v. Germany, app no. 31871/96, 11.10.2001.

Söderman v. Sweden, app. no. 5786/08, 12.11.2013.

Süss v. Germany, app. no. 40324/98, 12.04.2006.

Şahin v. Germany, app. no. 30943/96, 08.06.2003.

Tlapak and Others v. Germany, app. no. 11308/16, 11344/16, 22.06.2018.

Tyrer v. United Kingdom, app. no. 5856/72, 25.04.1978.

Wetjen and Others v. Germany, app. no. 68125/14, 72204/14, 22.06.2018.

Young, James and Webster v. United Kingdom, app. no. 7601/76, 7806/77, Court, 13.08.1981.

Z.J. v. Lithuania, app. no. 60092/12, 01.04.2014.