

Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış*

MEMDUH CEMİL ŞİRİN**

“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun (yüksek) yararı temel düşüncedir”: Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin meşhur ilkesi. Yazıldığı günden bu yana hukuk düzenine ciddi etkileri olan ilkenin atası çocuğun yararı ilkesi ortaya çıktığında aile hukuk kurumlarını muğlak hale getirecek bir ilke olarak yorumlanmıştır¹. Çocuk Hakları Sözleşmesi ise ilkeyi aile hukuku ile sınırlı görmeyen ve başta idare hukuku olmak üzere kamu hukuku alanını da kapsayan bir çerçevede ortaya koymuştur. Sözleşme ile birlikte, çocuğu ilgilendiren bütün kararlarında çocuğun yüksek yararı idareye rehberlik etmelidir. Buna karşın idare hukuku teorisyenleri ve uygulayıcıları ilkeye karşı çekimser kalmakta ve bu da ilkenin kamu hukuku alanındaki görünümünü sınırlandırmaktadır. Oysa bir değişim kaçınılmazdır ve bunun teorik altyapısının kurulması gerekir. Çıkış noktası son derece basittir: Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun yüksek yararı ilkesini idareyi bağlayan temel bir ilke olarak görmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, çocuğun bir hukuk öznesi olarak idarenin gündeminde olmasını sağlaması yönüyle çocuğun özgünlüğünün göz önünde bulundurulmasına imkan oluşturmaktadır.

İlkenin önemi herkes tarafından kabul edilmesine karşın, uygulamada bazen ilkenin amacının aksine yani çocuk haklarının gerçekleştirilmesi hilafına kullanılabilirdiği ve bu şekilde çocuk haklarını sınırlandıran bir ilkeye

* Bu çalışma, Memduh Cemil Şirin tarafından 15.06.2017 tarihinde Paris 1 Panthéon-Sorbonne Üniversitesi’nde Prof. Dr. Gérard Timsit (tez danışmanı), Prof. Dr. Aydın Gülan, Prof. Dr. Pascale Gonod, Prof. Dr. Michel Borgetto ve Prof. Dr. Diane Roman’dan oluşan jüri önünde savunularak yazarına hukuk doktoru ünvanı verilmesi ile sonuçlanan “Fransa ve Türkiye’de Çocuk Koruma İdaresi” isimli tezden kısa bir bölümdür. Metni Fransızca’dan Türkçe’ye Memduh Cemil Şirin çevirmiştir. Metnin plan, dipnot ve kaynakça metoduna dokunulmamış, tezdaki metot aynen korunmuştur.

1 CARBONNIER J., Note sous C.A. de Paris 10 avril 1959, D. 1960, s. 673.

dönüştürdüğü gözlemlenmektedir. Bunun yanında, çocuk koruma idaresinin organizasyonu ve uygulamaları sırasında yeterince göz önüne alınmadığı ve etkisiz bir ilke görüntüsü verdiği görülmektedir. Bu sorunlar, çocuğun yüksek yararı ilkesinin var oluş amacına aykırı ve dolayısıyla çocuğun yararına uygun olmayan bir uygulama alanı olduğunu göstermektedir. Çocuk koruma idaresinin oluşum ve işleyişinde çocuğun yararına uygun bir çocuğun yüksek yararı ilke uygulaması problematiği, doğru ve adil bir çözüm gerektirmektedir. Bu çözüm arayışında, önce ilkenin hukuki analizi yapılacak (§1), devamında ise çocuğun yararına uygun iyi uygulama şartları ortaya konulacaktır (§2).

§1. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Hukuki Analizi

Çocuğun yüksek yararı halen gelişimi ve kökleşmesi devam eden bir ilkedir (A). Bundan dolayı ilkenin uygulanması çok sayıda sorun barındırmaktadır (B).

A. Çocuğun Yüksek Yararının Hukuki Çerçevesi

Çocuğun yüksek yararının anlamı (1) ve Fransız ve Türk hukuk sistemlerindeki görünümü (2) ilkenin hukuki çerçevesini belirlemektedir.

1. Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. madde 1. fıkrasının Analizi

Çocuğun yüksek yararının soyut bir kavram olması tutarlı bir analizi zorlaştırmaktadır. Bundan dolayı, ilkenin anlamı beslendiği her bir hukuk kültürü ve geleneği içerisinde farklı yorumlara yol açmaktadır. Tutarlı bir yorum inşa edebilmek için önce “yüksek yarar” (a) ve “öncelikli düşünce” (b) ifadelerinin anlamını analiz etmek gerekir.

a. “Yüksek Yarar”ın Anlamı

Sözleşme’nin İngilizce orijinalinde yarar çoğul olarak kullanılır (the best interests of the child) ve “çocuğun en iyi yararları” gibi bir anlama sahiptir². Bu, Sözleşme’nin tek bir yarar aramadığı, çocuğu ilgilendiren aynı veya farklı yönde çok sayıda yarar arasından en iyilerinin bulunmasını arzuladığını göstermektedir. Sözleşme’nin Türkçe versiyonunda “yüksek” kelimesi kullanılmamış ve “çocuğun yararı” denilmekle yetinilmişken

2 “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Fransızca versiyonda “çocuğun yüksek yararı” ifadesi (l'intérêt supérieur de l'enfant) yer almaktadır³.

Yüksek sıfatının çocuğun yararına eklenmesi çocuğun yararının diğer bütün yararlardan üstün olduğu anlamına mı gelir yoksa sadece bir önemini vurgulama anlamı mı taşır? İlke, dönem ve yer özelliklerine bağlı olarak; çocuğa, anne-babaya ve topluma göre inşa edilmektedir⁴. Bu değişken bağlılık ve görecelik karakterleri ilkenin üstün bir ilke olarak kabulünde tereddütlere yol açmıştır. Bir yandan, “yüksek yarar” ifadesi çocuğun yararını güçlendiren bir vurguyla ilkeyi, niyetini daha açık ortaya koyan bir hale getirmiştir. Diğer yandan ise bu vurgu niyet beyanı ile sınırlı kalarak bağlayıcı nitelikte değildir⁵.

b. “Öncelikli Bir Düşünce” nin Anlamı

Aslında tartışmanın özü “yüksek yarar” ifadesinin anlamından ziyade “öncelikli bir düşünce” olarak göz önüne alınmasıdır. Çünkü, çocuğun yüksek yararının bağlayıcı bir ilke olup olmadığını ve diğer yararlarla arasındaki üstünlük ilişkisini bu belirleyecektir. Sözleşme'nin yazım sürecine bakmak, “öncelikli bir düşünce” ifadesine verilmek istenen anlamı anlamak adına faydalı olur. Yazım sürecinde kelime seçimleri konusunda yaşanan tartışmalar ilkenin önceliği meselesine ışık tutmaktadır.

Yazım çalışmaları sırasındaki tartışmalar “üstün düşünce” (paramount consideration) ve “öncelikli düşünce” (primary consideration) formülleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Çalışmalara katılan ülke temsilcilerinin büyük çoğunluğu “üstün” (paramount) kelimesinin çocuğun yararına çok geniş bir anlam yüklediği düşüncesiyle “öncelikli” (primary) kelimesini tercih etmiştir⁶. “Üstün düşünce” kesin bir üstünlük anlamına gelirken, “öncelikli düşünce” ise diğer düşünceler hesaba katılmadan önce ilk akla gelmesi gereken düşünce anlamındadır⁷.

3 “Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.”

4 FULCHIRON H., Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, Gazette du Palais , 8 décembre 2009, n°342, s. 15.

5 ZERMATTEN J., L'intérêt supérieur de l'enfant, de l'analyse littérale à la portée philosophique , Institut international des droits de l'enfant , Working report 3-2003, s. 10.

6 OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, Legislative History of the Convention on the rights of the child , Volume I, 2007, s. 339.

7 VAN BUEREN G., Les droits des enfants en Europe, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, s. 35.

“Öncelikli düşünce” görüşü ağırlık kazandıktan sonra tartışmalarda “bir” (a/the) kelimesi üzerinde durulmuştur. “Öncelikli düşünce”, çocuğun yararının diğer yararlar göre daha yüksek bir değere sahip olduğu anlamına gelirken, “öncelikli bir düşünce” formülü çocuğun yararını diğer yararlardan biri gibi konumlandırmaktadır. Yazım çalışmaları başladığında “öncelikli düşünce” (the primary consideration) olan ifade zamanla “öncelikli bir düşünce” (a primary consideration) ifadesine dönüşmüştür. Ülke temsilcilerinin büyük kısmı adalet ve toplum eksenli farklı yararların öneminde ısrar ederek “öncelikli düşünce” denmesinin çocuğun yararına çok büyük bir anlam yükleyeceğini dile getirmiştir⁸. Sözleşme’nin Fransızca versiyonunda “öncelikli bir düşünce” ifadesi kullanılırken Türkçe versiyonda “temel düşünce” ifadesinde “bir”e yer verilmemiştir. Keza, görüldüğü üzere Türkçe versiyonda öncelik kelimesi de tercih edilmemiş ve “temel” kelimesi kullanılmıştır. Aslında Türkçe versiyon, yüksek kelimesini içermemesine rağmen bir kelimesini de kullanmayarak çocuğun yüksek yararını diğer yararlardan üstün gören yorumu daha fazla yansıtmaktadır. Bu muhtemelen bilinçli bir tercih değildi ama yine de bu noktayı vurgulamak gerekir.

Yazım çalışmaları çocuğun yüksek yararına üstün bir konum verilmemesi yönünde bir irade olduğunu göstermektedir. Sonuç olarak, karar aşamasında çocuğun yüksek yararına özel bir önem verilmeli ancak bu diğer yararlardan otomatik bir üstünlük anlamına gelmemelidir⁹. Fransız Yargıtayı da aynı yönde düşünmektedir: “(hakim) bütün yararları ama özellikle çocuğun yüksek yararını göz önüne alarak karar vermelidir”¹⁰. Buna karşın ilke, basit bir yarar gibi düşünülerek otomatikman göz ardı edilecek bir ilke olarak da kabul edilemez.

2. 3.madde 1. fıkranın Hukuki Rejimi

Fransız Anayasası’nın 55. maddesine göre imzalanmış ve onaylanmış uluslararası sözleşmeler kanunlardan üstündür¹¹. Aynı şekilde, Türk Anayasası’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler kanunlardan üstündür¹². İki ülkede de kural olarak

8 OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, op.cit. , p. 345.

9 ZERMATTEN J., op.cit. , s. 8.

10 Cass. française, avis, 13 sept. 2010, n°10-00004.

11 “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.”

12 “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle:

uluslararası sözleşmelere üstünlük tanınarak sözleşmeler onaylanıp resmi gazetelerinde yayınlanması ile uygulanır hale gelmektedir. Buna karşın, yargı organları direkt uygulanabilirlik konusunda farklı düşünebilmektedir **(a)**. Ayrıca, iki ülke yargı organları Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. madde 1. fıkraya farklı işlevler yüklemektedir **(b)**.

a. Maddenin Uygulanabilirliği

Adli ve idari yargı hakimleri önlendeki davaya ilişkin bir uluslararası sözleşme ile karşılaştıklarında bir çalışma yaparlar. Bu çalışma, sözleşmenin hangi maddelerinin sadece devlete ödevler yüklediği, hangi maddelerinin ise insanlar üzerinde direkt hak doğurucu etkisi olduğuna yöneliktir. Bu ikinci grupta kabul edilenler, direkt uygulanabilir maddeler olarak kabul edilmektedir. Direkt uygulanabilirlik, idari yargıda birel işlemler gibi genel düzenleyici işlemlere ilişkin davalarda da tartışılır¹³.

Fransız hakimler, çocuğun yüksek yararı ilkesini düzenleyen Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi 1. fıkrası hakkında bu çalışmayı yapmıştır. Fransız Danıştay, 22 Eylül 1997 tarihli Çınar kararında maddenin direkt uygulanabilirliğine hükmetmiştir. Fransız Yargıtay ise çocuğun yüksek yararının direkt uygulanmasının iç hukukun dengesini bozucu etkileri olacağı görüşüyle uzun süre olumsuz bir politik yargı mücadelesi yürütmüştür¹⁴. Nihayet 2005 yılında verdiği iki kararla çocuğun yüksek yararının direkt uygulanabilirliğini kabul etmiştir¹⁵.

Türk hakimleri 3. madde 1. fıkranın direkt uygulanabilirliği konusunda benzer bir süreç geçirmemiştir. Yargıtay uzun yıllardan beri çocuğun yüksek yararını özellikle anne-baba, çocuk ilişkileri konulu kararlarında uygulamaktadır¹⁶. Türk Danıştay ise çocuğun yüksek yararı ilkesini görmezden gelmektedir. Mahkeme'nin bu ilkeye referans yapılarak verilmiş hiç bir kararı yoktur. Bu yaklaşım ilkenin direkt uygulanabilirliği

7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

- 13 GOUTTENOIRE A., L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant, Petites affiches , 9 mars 2012, n°50, s. 17.
- 14 BONNET B., Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan, Recueil Dalloz , 2010, n°17, s. 1032.
- 15 Cass. française, 1re Civ., 18 mai 2005, Bull . 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1re Civ., 18 mai 2005, Bull . 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336.
- 16 Yargıtay 2. HD, 22.05.2006 tarih ve E.2006/6137, K. 2006/7948; Yargıtay 2. HD., 08.06.2016 tarih ve E. 2015/18857, K.2016/11310 sayılı kararlar.

tartışmasından değil idari yargının ilkeye duyarsız ve ihmalkar yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi ise ilkeye kararlarında 2009 yılından itibaren yer vermektedir¹⁷.

b. Hukuki İşlevler

(Tezin idareye odaklanması bakımından) özellikle Türk idari yargısının üretken olmaması bu analizi ağırlıklı olarak Fransa üzerinden yapmayı gerektirmektedir.

Çocuğun yüksek yararı, bir taraftan mahkemenin karar verirken dayanması gereken bir kriter, diğer taraftan işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme kriteridir. Çocuğun yüksek yararı ilkesine dayanmak, bazen bu ilkeye aykırı bir hukuk kuralını göz ardı etmek anlamına dahi gelebilir. Bu işlev, mahkemelerin önlerinde bir hukuk kuralı varken onu uygulamaktan çocuğun yüksek yararı gereğince imtina etmemesi gerektiği düşüncesiyle eleştirilmektedir¹⁸.

Bu noktada, çocuğun yüksek yararı ilkesinin iki uygulama alanına değinmek gerekir. Birincisi, ilke bütün çocuklara hitap eden soyut ve genel bir kural olarak yasaların, düzenleyici işlemlerin gerekçesi, hukuka uygunluk veya iptal sebebi olabilir. Örneğin, 7 Haziran 2006 tarihli kararında Fransız Danıştay, düzensiz (kaçak) biçimde ülkeye giriş yapan yabancı çocukların sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için kesintisiz en az 3 ay ülke topraklarında bulunma şartını çocukların sağlık hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle çocuğun yüksek yararı ilkesine aykırı bularak 28 temmuz 2005 tarihli kararnamenin ilgili maddelerini iptal etmiştir¹⁹. Danıştay bir başka kararda, 21 mart 2006 tarihli tutukluların tecridine dair kararnamenin çocuklarla ilgili maddelerini tecridin çocuğun özgünlüğüne uygun olmadığı gerekçesiyle çocuğun yüksek yararına aykırı bularak iptal etmiştir²⁰. İlke bazen hukuka uygunluk sebebi de olabilir yaklaşımına örnek bir kararda ise Türk Anayasa Mahkemesi, suça sürüklenmiş çocuklara yetişkinlerden farklı hukuk kuralları öngörülmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenen Ceza Kanunu maddelerini, çocukların özgünlüğü göz önüne

17 Anayasa Mahkemesi, 29.01.2009 tarih ve E.2005/124, K.2009/13; Anayasa Mahkemesi, 15.03.2012 tarih ve E. 2011/26, K.2012/41 sayılı kararlar.

18 RUBELLIN-DEVICHI J., Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises , RFAS , octobre-décembre 1994, n°4, s. 163.

19 CE français, 7 juin 2006, n°285576, Association Aides, GISTI, Ligue des droits de l'homme, Médecins du Monde, MRAP.

20 CE français, 31 octobre 2008, n°293.785, Section française de l'Observatoire international des prisons.

alınarak yetişkinlerden farklı kurallar uygulanmasının çocuğun yüksek yararı ilkesine uygun olduğuna hükmetmiştir²¹.

İlkenin ikinci uygulama alanı, sadece bir çocukla ilgili kararın alınması, alınan kararın ilkeye uygun olup olmaması bakımlarından hukuki denetime tabi tutulmasıdır. Örneğin 22 Eylül 1997 tarihli Çınar kararında Fransız Danıştay, düzensiz (kaçak) biçimde ailesi tarafından ülkeye getirilmiş bir çocuğun ülkede bulunan oturum iznine sahip annesinin, aile birleşmesi gerekçesiyle çocuğunun ülkede kalmasına yönelik talebini reddeden valilik işlemini çocuğun yüksek yararına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir²².

Her ne kadar Fransız yargısı çocuğun yüksek yararı ilkesine kararlarında daha çok başvurursa da bu daha çok ikincil bir gerekçelendirme aracı biçiminde olmaktadır²³. Diğer bir ifade ile, çocuğun yüksek yararı ana gerekçe olma rolü oynamamakta, kararın asıl dayanağı olan bir başka gerekçenin yanında, onu destekleyici nitelikte kalmaktadır. Buna benzer bir tespit, uluslararası sözleşme hükümlerine yönelik yargının genel yaklaşımı bağlamında ve ayrıca çocuğun yüksek yararı özelinde Türk Anayasa Mahkemesi kararları için de geçerlidir²⁴.

B. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Uygulanması

İlkenin uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunların (1) temel kaynağı “yüksek” ve “öncelikli bir düşünce” ifadelerinin yanlış anlaşılması ve bunun ilkenin hiç göz önüne alınmaması ile sonuçlanmaktadır (2).

1. İlkenin Çocuğun Yararına Aykırı Olarak Uygulanması

Çocuğun yüksek yararı ilkesi ya çocuk haklarını ihlal (a) ya da otomatik kullanım (b) sebepleriyle çocuğun yararına aykırı olarak uygulanabilmektedir.

a. Çocuk Haklarını İhlal Gerekçesi Olarak Uygulanması

Çocuğun yüksek yararının Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin bir rehber ilkesi olması, bazen ilkenin yanlış yorumlanmasıyla çocukların bir

21 Anayasa Mahkemesi, 15.03.2012 tarih ve E. 2011/26, K.2012/41 sayılı kararı.

22 CE français, 22 septembre 1997, n°161364, Cinar.

23 DEKEUWER-DEFOSSEZ F, L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse, Petites affiches , 7 octobre 2010, n°200.

24 CAN H., Turk hukuk duzeninin milletlerarası hukuka açıklığı, Yasama Dergisi , 2009, n°12, s. 38.

hakkının sınırlanması sonucunu doğurabilmektedir. İlkenin genellik ve esneklik özellikleri ilkeyi hakların üzerine çıkarmakta ve özgün bir hakkın orijinalliğini zayıflatan biçimde yorumlanmasına sebebiyet verebilmektedir²⁵. Oysa, çocuğun yüksek yararı ilkesi her bir çocuk hakkının en etkin ve güçlü biçimde hayata geçmesi için vardır.

Çocuk koruma hukuku uzmanı Pierre Verdier'nin tespitine göre: “*Kanunun çocuğun yararından her bahsedışı çocuğu bir hakkından mahrum etmek içindir*”²⁶. Örneğin, Fransız Sosyal Hizmet ve Aile Kanunu'nun 226-2-2 maddesinde Çocuk Sosyal Yardım Servisi'nin elindeki bir bilginin paylaşılması çocuğun yararına aykırı ise bu bilgiyi bilgi edinme hakkını sınırlayarak çocuk veya ailesi ile paylaşmayabileceğini düzenlemektedir. Türkiye’de ve Fransa’da bir çocuğun koruma altına alındığı durumda ailesi ile birlikte yaşayarak koruma hizmetlerinden yararlanması mümkün olsa bile, çocuğun ailesi yanında yetişme hakkı ihlal edilerek çocuğun aileden alındığı sıklıkla görülmektedir. Oysa, çocuğun yüksek yararı ilkesi çocuğun aile yanından alınmasının başvurulacak ilk değil son çare olmasını gerektirir. İdare, çocuğu ailesi yanında tutmak için bütün çabayı sarf etmesi gerekirken uygulamada somut olay gerektirmese bile çocuğun yararı ilkesi ileri sürülerek çocuk ailenin yanından bu gerekçeyle alınabilmektedir. Bu zihniyetin değişebilmesinin ilk adımı çocuğu koruma nesnesi olarak gören anlayıştan uzaklaşmaktır²⁷.

b. İlkenin Otomatikman İleri Sürülmesi

Önüne çocukla ilgili dosya gelen idare veya yargı organları verecekleri kararları oluştururken çocuğun durumunu dikkatli bir şekilde incelemeyen, çocuğun yüksek yararı gerekçesini otomatikman başvurdukları bir sihirli araç gibi kullanmaktadır. Karar sürecinde çocuğun durumunun iyi incelenmemesi dolayısıyla karar için çocuğun durumuna uygun özel bir gerekçe bulunamamakta ve çocuğun yüksek yararı basmakalıp bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir²⁸.

Uygulamada çocuğun yararı değerlendirmesini yapan profesyoneller çocuğun ve ebeveynlerinin görüşünü yeterince almadan çocuk için neyin

25 NEIRINCK C., A propos de l'intérêt de l'enfant, in NEIRINCK C., BRUGGEMAN M. (dir.), La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, Paris, Dalloz, 2014, s. 32.

26 VERDIER P., Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant, JDJ-RAJS, décembre 2008, n°280, p. 38.

27 Ibid., s. 37.

28 ATIBACK A., L'intérêt de l'enfant dans les procédures d'assistance éducative, Droit de la famille, 2006, n°4, étude 18, s. 3.

yararlı olduğuna karar verebilmektedir²⁹. Çocuğun yüksek yararının tespit edilmesi, çocuğun görüşünü hesaba katmayan bir uzmanlık işi olarak görülmektedir ve bu yönüyle çocuğun katılım hakkını sınırlandıran temel bir hukuki perspektiften yoksundur.

2. İlkenin Somut Olaya Uygulanması

Çocuğun yüksek yararı ilkesi diğer yararlar üzerinde mutlak bir üstünlük sağlamaz. Bu yüzden idare her kararında ilgili bütün yararları değerlendirmelidir. Çocuklar, idarenin dengesini bozan veya diğer yararları saf dışı bırakan bir tehlike değildir. Çocukların derdi diğer gruplar gibi toplumsal statüsünün kabul edilmesidir. Bu çerçevede çocuğun yüksek yararı, çocuğun kararın ana hedefi olup olmadığı noktasından hareketle iki yönlü değerlendirilmelidir. Çocuğun kararın birincil muhatabı olduğu durumlarla (a) çocuğun diğer bazı kimselerle birlikte kararın muhatabı olduğu durumlar (b) arasında ayırım yapmak gerekir. Bir kararın bir çocuğa yönelik birel işlem veya bütün çocuklara yönelik genel düzenleyici işlem şeklinde olabileceğini hatırlayalım.

a. Kararın Birincil Muhatabı-Etkileneni Olarak Çocuk

Bir kararın birinci derecede muhatabı, sonuçlarının ilgilendirdiği temel kişi çocuk ise, bu durumda çocuğun yararı “öncelikli yarar” olmalıdır³⁰. Bu durumda çocuğun yararı diğer yararlar göre öncelikli temel yarar olarak kabul edilmelidir. Örneğin, ilk ve ortaöğretimde eğitim hizmetlerinin birinci derecede muhatabı çocukların anne babaları, öğretmenler veya kamu düzeni değil çocuklardır. Okul müfredatı, eğitim ortamlarının nicelik ve nitelik yönünden kapasiteleri, okul saatleri gibi düzenlemeler yapılırken çocukların yararı öncelikli olarak gözetilmelidir. Özgürlüğünden yoksun bırakılan çocukların bulunduğu kurumlarda, idarenin birel veya genel düzenleyici işlemlerinden birinci derecede etkilenecekler çocuklar olduğundan, kararlar verilirken güvenlik gibi yararlardan önce çocukların yararı önceliklidir.

Çocuk koruma idaresi bakımından da verilen kararların tamamında karardan en çok etkilenecek, kararın üzerinde en fazla sonuç doğuracağı kişi çocuk olduğundan çocuğun yararı önceliklidir. Çocuğun ailesi ile görüşmesi, çocuğa yönelik koruma tedbirinin ailesi yanında mı, koruyucu aile yanında mı yoksa bir kurum bakımı şeklinde mi olacağı gibi konularda idare karar

29 VERDIER P., Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant, op.cit., s.38.

30 YOUFF D., Penser les droits de l'enfant , Paris, PUF, 2002, s. 133.

verirken çocuğun yararı öncelikli düşünce olmalıdır³¹. Fransa'da İl Genel Meclisi Başkanı, çocukla ilgili koruma kararı verirken çocuğun yararı öncelikli düşünce olmalıdır. Türkiye'de Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, koruma kararı verecek Çocuk Mahkemesi'ne sunduğu dosyada çocukla ilgili değerlendirmelerinde çocuğun yararını öncelikli olarak göz önünde bulundurmalıdır.

Fransız Danıştay'ın yakın zamanlı bir kararı çocuğun birincil muhatap olması halinde çocuğun yararının öncelikli olmasına güzel bir örnektir. Adalet Bakanlığı refakatsiz çocukların koruma altına alınması, incelemelerinin yapılması ve yönlendirilmesi konulu 31 Mayıs 2013 tarihli bir sirküler yayınlamıştır. Sirkülerde ülkeye refakatsiz olarak giriş yapan çocukların ağırlanmak üzere il özel idareleri arasında dağıtılması öngörülmüştür. Hangi il özel idaresine kaç refakatsiz çocuk gönderileceği ise her ildeki çocuk nüfusuna göre belirlenecektir. Bir ilde çok çocuk varsa o ile daha az refakatsiz çocuk gönderilecek, böylece il özel idaresinin çocuklara yönelik hizmet yükü fazla artmamış olacaktır. Danıştay, çocuğun ağırlanmak üzere gideceği ilin bu kurala göre dağıtımında il özel idarelerinin yararının öncelendiğini, oysa çocuğun ağırlanacağı il seçilirken çocuk için en uygun olan ilin tercih edilmesinin çocuğun yararına uygun olduğuna hükmederek söz konusu sirkülerin ilgili maddesini iptal etmiştir³².

b. Karardan Başkaları İle Birlikte Etkilenenlerden Biri Olarak Çocuk

Çocuğun karardan birinci etkilenen olmadığı durumlarda çocuğun yüksek yararına dair farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer karardan birincil derecede etkilenen bir başka kişi ise, o kişinin yararı ile birlikte çocuğun yararı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumda çocuğun yüksek yararı diğer yararlardan öncelikli veya üstün değildir ancak aşağı bir seviyede de değildir. Bu yorumun olumsuz yanı çocuğun yararının öncelikli olmaması, buna karşın olumlu yanı ise çocuğun yararının görmezden gelinemeyecek olmasıdır. Fransız Danıştay'ın bir kararında bu yorumu teyit etmiştir.

Mahkemeye göre, *“idare değerlendirme yaparken çocuğa yönelik kararlarında çocuğun yüksek yararına öncelikle dikkat göstermeli, bu anlayış sadece çocuğa dair kararlarda değil, çocuğun durumunu belli oranda etkileyecek diğer kararlarda da gözetilmelidir”*³³.

31 HAMMARBERG T, le Principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes, CommDH/Speech(2008)10, Strasbourg, 30 mai 2008, s. 3.

32 CE français, 30 janvier 2015, n° 371415.

33 CE français, 25 juin 2014, n°359359.

İmar planları, çocukların diğer kişilerle birlikte etkilendiği kararlara iyi bir örnektir. İmar planı hazırlanırken çevrenin korunması, idarenin mali gücü, insanların mülkiyet hakkı, ulaşım hakkı, engelli kimselerin, yaşlıların durumu gibi bir çok yarar alanı söz konusudur. Bunların yanında imar planı çocukların da hayatını etkilemektedir. Bundan dolayı çocuğun yüksek yararı, diğer yararlarla birlikte göz önünde tutulmalıdır. İmar planı yapılırken çocuğun yararı sadece parklar ve benzeri çocuk alanları bakımından değil şehir hayatının çocuğu da ilgilendiren bütün gerekleri bakımından göz önünde tutulmalıdır. Plan, çocuğun güncelik hayatını kolaylaştıracak biçimde yapılmalıdır³⁴.

İdare böyle çok sayıda kişi ve durumu ilgilendiren yararları karar sırasında göz önüne alırken bazı yararları diğerlerine göre öne çıkarabilmektedir. Her halükarda, idarenin çocuğun yüksek yararını göz ardı etmeyecek biçimde davranması gerekir.

§2. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Çocuğu Yararına Uygun Yorumlanması İçin Tedbirler

Bilinirliğinin ve öneminin artması ile birlikte ilke idari ve yargısal kararlarda daha sık kullanılmaktadır. Bu noktada, çocuğun yüksek yararı gibi soyut bir kavramın çocuğun yararına uygun olarak nasıl kullanılabileceği üzerinde durmak gerekir.

Çocuğun yüksek yararı özellikle kamu hukuku alanında kamu yararı kavramı ile karşılaşmaktadır. Kamu yararı, idarenin bütün kararlarında gözetmesi gereken temel bir unsurdur. İdare karar verirken kamu yararını gözetmekle yükümlü olduğundan çocuğun yüksek yararının etkin kullanımı ancak kamu yararı ile arasında pozitif bir ilişki kurulabilmesi ile mümkündür **(A)**. Bu ilişkinin kurulması tek başına yeterli değildir ve çocuğun yüksek yararı ilkesinin çocuğun gerçekten yararına kullanılabilmesi için uyulması gereken prensipler de belirlenmelidir **(B)**.

A. Çocuğun Yüksek Yararının Kamu Yararı ile Uzlaştırılması

İlk olarak iki kavram arasındaki ilişki **(1)**, devamında ise çocuğun yüksek yararının bir kamu yararı olduğu **(2)** üzerinde durulacaktır.

34 GÜLAN A., Sehirciligin çocuk merkezli hukuki boyutu hakkında düşünceler, in SIRIN M. R., SAYITA S. U. (dir.), 1. İstanbul çocuk kurultayı bildiriler kitabı, İstanbul, 2000 s. 2.

1. Kamu Yararı ile Çocuğun Yüksek Yararı Arasındaki İlişki

Fransız idare hukukunun temel kavramlarından biri kamu yararadır. Kamu yararı, idare hukuku ve idari yargı alanının tayininde belirleyici olan kamu gücü ve kamu hizmetinin meşruiyetini sağlar³⁵. Bu tespit, tarihsel olarak Fransız idare hukukundan beslenen Türk idare hukuku için de geçerlidir.

İdarenin bir parçası olan çocuk koruma idaresi de kamu yararı amacıyla hareket etmekle bağlıdır. Böylece, çocuğun yüksek yararı ve kamu yararı karşı karşıya gelmektedir. Kamu yararı kavramını kısaca inceleyip **(a)**, iki kavramın ortak yönleri üzerinde durmak **(b)** ile başlamak iyi olacaktır.

a. Kamu Yararı Kavramı

Kamu yararı hem idarenin işleyişini meşrulaştıran hem de onu sınırlandıran bir ilkedir³⁶. Sadece idare değil, yürütme ve yasama organları da kamu yararı ile bağlıdır. İdarenin bütün işlemleri kamu yararından doğar ve kamu yararını amaçlar. Diğer bir ifadeyle, kamu yararı kamusal gücün kaynağı, amacı ve sınırır³⁷.

Kamu yararının ne olduğuna dair iki farklı yaklaşım vardır. Birincisi, bütün insanların bireysel yararlarının toplamını kamu yararı olarak görürken, ikincisi bireylerin yararları toplamını aşan, bu toplamdan daha üstün bir yararı kamu yararı olarak görmektedir³⁸. Fransa, ikinci yaklaşımın kaynak ülkesi olarak bu yaklaşımın en iyi örneğidir. Fransız idare hukukunu takip eden Türkiye de kamu yararını bireysel yararlar toplamının üzerinde gören anlayışı benimsemiştir.

Kamu yararı, her bir durumun şartlarına göre çerçevesi belirlenebilecek tanımlanamaz bir kavramdır. Genellikle kamu yararı olduğu düşünülen konularda kanun çıkarılır ve idarelerin de bu kanunları kamu yararına uygun biçimde uygulaması gerekir³⁹. Kamu yararının özünde toplumun ihtiyaçları yatar. Hangi toplumsal ihtiyaçların giderilmesinde kamu yararı olduğu ise politik bir tercihtir ve zamana ve yere göre değişkenlik gösterir⁴⁰.

35 COHEN-TANUGI L., Le droit sans l'Etat , Paris, PUF, 2007, s. 159.

36 CHEVALLIER J., L'intérêt général dans l'Administration française, RISA, 1975, n°4, s. 326.

37 RANGEON F., L'idéologie de l'intérêt général , Paris, Economica, 1986, s. 21.

38 CONSEIL D'ETAT, L'intérêt général, Rapport public, La documentation française, 1999, s. 257.

39 DUPUIS G, GUEDON M.-J., CHRETIEN P., Droit administratif , 12e édition, Sirey université, , 2011, s. 5.

40 TRUCHET D., Droit administratif , op.cit. , s. 44.

Kanun, kamu yararının birinci kaynağıdır ve idarenin düzenleyici işlemleri ile yargı kararlarına göre de üstün bir kaynaktır. Yargı organları, mevcut farklı yararlar arası hakemlik yapar ve kamu yararı kavramının hukuki niteliğinin belirlenmesine katkı sağlar. Kavramın soyut ve müphem oluşu, yargının kavramı belirleme konusundaki rolünü önemli hale getirmektedir. Toplumun ihtiyaçları ve kamu gücünü elinde bulunduranların politik tercihleri yargının kamu yararının ne olduğunu belirleme konusunda göz önünde bulundurduğu unsurlardır⁴¹.

b. Ortak Özellikler

Kural olarak hukuk objektif ve net kavramlara dayanırken çocuğun yüksek yararı da kamu yararı da çok genel ve sübjektif olmakla eleştirilmektedir. Fransız ve Türk hakimler iki kavramı da tanımlamaktan uzak durmaktadır.

Bu tanımlanamazlık, soyutluk halleri sanki kavramların değerini zayıflatır gibi görünse de gerçek tam aksidir. Öngörülemelikleri ve müphemlikleri sayesinde günün şartlarına göre uyarlanabilirler. Zaman ve mekanla bağıntılı halleri uyarlanma kapasitelerini arttırmaktadır. Örneğin, iki kavram neoliberal akımın veya sosyal devlet anlayışının hakim olduğu dönemlerde aynı şeye tekabül etmez. Sosyal devlet anlayışının hakim olduğu dönemlerde devletin sosyal politika alanına müdahalesi kamu yararı ile açıklanırken neoliberal akımın hakim olduğu dönemde sosyal politikaların piyasa kurallarına açılmasında kamu yararı olduğu düşünülmektedir. Çocuklara yönelik koruma ve cezalandırma arasında gelip giden bakış açıları da ideolojilere göre değişkenlik gösterir. Hatta, hakimlerin ideolojik düşünceleri bile çocuğun yararının tespitinde etkili olabilmektedir⁴².

İki kavramın da çok genel ve soyut olması bazen varlık sebeplerini ihlal etmelerine yol açabilmektedir. Diğer bir ifade ile, kamu yararı bazen öyle bir kullanılır ki kamu yararını saf dışı bırakabilir; çocuğun yüksek yararı öyle bir kullanılır ki çocuğun yüksek yararını göz ardı edebilir. Mesela devlet yararı, kamu yararı yerine ikame edilebilmektedir. Bu durum, kamu yararının toplum lehine uygulanma ihtimalini zayıflatmaktadır. Aynı şekilde, çocuğun yüksek yararı kavramının soyut, sübjektif ve genelliği çocuk haklarının içini boşaltabileceği gibi devlet veya aile yararının çocuk yararının zararına öne çıkabilmesine sebebiyet verebilir⁴³.

41 TRUCHET D., Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat , LGDJ, 1977, s. 265.

42 VERDIER P., Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant, « L'intérêt supérieur de l'enfant » en questionS, 20 novembre 2010, DEI-France/AFJK, s. 3.

43 ZERMATTEN J., op.cit ., s. 12-13.

Yargı bakımından da iki kavramı yakınlaştıran durumlar vardır. Hakimler, karar verirken dayandıkları temel gerekçe kamu yararı veya çocuğun yüksek yararı olmamaktadır. Genelde bu ikisini ikincil gerekçe olarak kullanmaktadırlar. Ayrıca, hakimler her iki kavramı değerlendirirken geniş bir yorumlama sahasına sahiptirler.

2. Çocuğun Yüksek Yararının Öncelikli Kamu Yararı Olarak Kabul Edilmesi

Çocuğun yüksek yararı kamu yararının bir görünümü olabilir (a) ve çocuk korumada kamu yararı olarak uygulanması mümkündür (b).

a. Çocuğun Yüksek Yararının Kamu Yararı Karakteri

Çocukla ilgili bütün yasama, yürütme ve idari işlemlerinde çocuğun yüksek yararı ve kamu yararı karşılaşır. Bu karşılaşma çocuk koruma alanı ile sınırlı değildir ve çocuk üzerinde direkt veya dolaylı etkisi olan sosyal, kültürel, eğitim, güvenlik, hatta ekonomik alanları kapsar.

İdari faaliyetlerin yapı taşı olan kamu yararı ile çocukla ilgili her türlü faaliyetin yapı taşı olan çocuğun yüksek yararı arasında bir uzlaşma bulmak gerekir. Böyle bir uzlaşma sağlanamazsa çocuğun yüksek yararı kamu yararı karşısında eriyebilir ve bütün değerini kaybedebilir. Bundan dolayı iki kavramı farklı dünyaların unsurlarıymış gibi birbirinden ayırmak değil, birbiri ile yakınlaştırmak gerekir. Bunun tek yolu ise, çocuğun yüksek yararına kamu yararı niteliği tanımaktır. Kamu yararı niteliği tanınmayan çocuğun yüksek yararı etkin bir hukuki değere sahip olamayacaktır.

Çocuğun yüksek yararı, diğer kamu yararlarından öncelikli bir hukuki niteliğe sahiptir⁴⁴. Çocuğun yüksek yararının öncelikli kamu yararı olması saf teorik bir görüş değildir ve bu görüşün hukuki temelleri vardır. İlk olarak, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi idareyi çocukları ilgilendiren bütün kararlarında çocuğun yüksek yararını öncelikli bir düşünce olarak kabul etmeye mecbur etmektedir. Bunun çocuğun yararı dışında başka yararların söz konusu olduğu durumları da kapsadığı açıktır.

İkinci olarak, farklı kamu yararları arasında öncelik ilişkisi kurulması Fransız ve Türk idare hukuklarında yeni bir durum değildir⁴⁵. Fransız

44 GÜLAN A., çocuklara yönelik idari faaliyetlere hakim olması gereken ilkeler, in SIRIN M. R., SAYITA S. U. (dir.), 1. İstanbul çocuk kurultayı bildiriler kitabı , İstanbul, 2000, s. 435.

45 KAYA C., Kamu yararı kavramına Danıştay'ın bakışı (Vision du Conseil d'Etat sur la notion d'intérêt général), İstanbul, Editions XII Levha, 2011, s.52.

Danıştayı 18 Haziran 1973 tarihli kararında kamu yararı gereğince hazırlanan imar planında öngörülen kurallara aykırı bir imar izni işlemi için, “bu aykırılığın kamu yararına verdiği zarar aykırılığın sağladığı kamu yararından üstün değilse hukuka uygun olur” değerlendirmesini yaparak farklı kamu yararları arasında öncelik, üstünlük ilişkisi olabileceğini göstermiştir⁴⁶. Türk Danıştayı’nın da çevrenin korunması, toplum sağlığının korunması gibi konuların üstün kamu yararı olduğuna dair kararları vardır⁴⁷. Yüksek yargı organlarının farklı kamu yararları arası derecelendirme yapması yorum gücüyle çıkardıkları sonuçlardır. Çocuğun yüksek yararının önceliği ise Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde açıkça öngörüldüğü için yargıçların yorum gücünden daha meşru bir kaynağa dayanmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında çocuğun yüksek yararını açıkça kamu yararı olarak nitelendirmiş ve öncelikli bir kamu yararı olarak kabul etmiştir. Mahkeme’ye göre: “ (...) olayda yarışan menfaatlerden birinin de çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri konusunda kamu yararı olduğu gözetilmelidir. Kamusal makamların bireyin menfaati ile kamu yararı arasında dengeleme yaparken gözönünde bulundurulması gereken menfaatlerden birinin çocukların üstün yararı olması durumunda takdir yetkisinin daha geniş olacağı açıktır”⁴⁸.

Görüldüğü üzere, çocuğun yüksek yararının hem Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde hem de idare hukukunda hukuki temelleri olan bir önceliği vardır.

b. Çocuğun Yüksek Yararının Çocuk Koruma Lehine Uygulanması

Çocuk koruma idaresinin teşkilatı, hangi hizmetleri sağlayacağını belirlenmesi ve bunlarda değişiklik yapılırken yasama organı ve yürütme organı tarafından çocuğun yüksek yararı ilkesi göz önüne alınmalıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi yanında Fransız Sosyal Hizmet ve Aile Kanunu’nun 112-4. maddesi ve Türk Çocuk Koruma Kanunu’nun 4. maddesinde çocuğun yararı temel bir ilke olarak kabul edilmiştir.

Buna karşın iki ülkede de çocuk koruma idaresi bilgisizlikten veya onda bir kamu yararı görmediği için ilkeyi uygulamayı ihmal etmektedir. İdare, kamu yararını sağlamakla görevli ama sanki çocuğun yüksek yararını sağlamakla görevli değilmiş gibi davranmaktadır.

46 CE français, 18 juillet 1973, n°86275, Ville de Limoges.

47 Örnek Kararlar: Danıştay 6.D., 18.12.2009 tarih ve E. 2007/8058, K. 2009/12254; Danıştay 6.D., 24.1.2014 tarih ve E.2010/6492, K. 2014/361 sayılı kararlar.

48 Anayasa Mahkemesi, GK, B. 2013/2928, T. 18.10.2017.

Çocuğun yüksek yararı genelde kamu düzenine takılmaktadır. Kamu düzeninin sağlanması kamu yararının bir gereğidir. Kamu düzeni temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma gereğesidir. Fransız idari yargısında Çocuk Hakları Sözleşmesi ve çocuğun yüksek yararı daha çok kolluk faaliyetlerine ilişkin uyumsuzluklarda karşımıza çıkmaktadır⁴⁹. Kolluk, kamu düzenini korumak için bireylerin davranış özgürlüğüne toplum halinde yaşamının gerektirdiği disiplini vermektir⁵⁰. Aile birleşmesi, yabancılara yönelik ve kapalı ceza kurumlarındaki faaliyetler, çocuklarla ilgili ilk akla gelen kolluk faaliyeti örneklerdir.

Kolluk faaliyetleri çerçevesinde çocukların hakları kamu düzeni gereğesiyle sınırlanabilirken, kolluk faaliyetlerinin daha çok devletin ve toplumun çocuğun yol açacağı risklerden korunması amacıyla kullanıldığı görülmektedir. Böylece kamu düzeninin korunması, çocuğun yararının korunmasına tercih edilebilmektedir. Fransa'da Belediye başkanlarına çocukları korumaya yönelik edim sunan hizmetler sağlamak yerine çocukların suçtan korunması adı altında kolluk yetkileri tanınmıştır. Bu yetkiler doğrultusunda Belediye başkanları kamu düzenini bozma riski taşıdığı düşünülen çocukları belediyeye çağırıp öğüt verme, ihtarda bulunma gibi kolluk tedbirleri alabilmektedir⁵¹. Ayrıca, Belediye başkanlarının bir genel kolluk yetkisi olan sokağa çıkma yasağının çocukların suçtan korunması gereğesiyle çocuklar için uyguladığı çok sayıda örnek karar vardır. Keza Türkiye'de toplumsal olaylara karışan çocuklara yönelik sosyal koruma hizmetleri yerine ceza tedbirlerinin yasalarla ağırlaştırılması da aynı mantığın bir yansımasıdır.

Çocuğun yüksek yararının kamu yararı olarak kabul edilmesi çocuklar lehine bir değişim olacaktır. İdare, artık çocukları kamu düzenini bozma riski olan hukuk nesnelere gibi değil temel hakları korunması gereken hukuk özneleri olarak görebilecektir. Çocuğun yararı perspektifinden bakınca kamu düzeninin korunması çocuğu sınırlandırıcı tedbirler alınması ile değil, çocuğun sosyal ve entelektüel gelişimi öncelenirse mümkündür.

B. İyi Uygulama Tedbirleri

Çocuğun yüksek yararının kamu yararı olması tek başına yeterli değildir ve çocuğun yararına uygun biçimde uygulanabilmesi için sağlanması gerekli

49 SCHWARTZ R., La jurisprudence du Conseil d'État et les droits de l'enfant, JDJ-RAJS, n°296, juin 2010, s. 39.

50 WALINE J., Droit administratif, 24e édition, Paris, Dalloz, 2012, s. 351.

51 Article L.141-1 du CASF; 1er alinéa de l'article 132-7 du Code de la sécurité intérieure.

şartlar (1) ve uygulamanın hukuki denetiminin nasıl olması gerektiği üzerinde (2) durmak gerekmektedir.

1. Çocuğun Yararına Uygun Uygulama Şartları

Belirsizliğin yol açacağı riskleri kaldırmak ve sağlıklı bir uygulama sağlayabilmek için çocuğun yüksek yararının uygulama şartlarını belirlemek gerekir⁵². Çocuğun yararına uygun uygulama çocuğu ilgilendiren bütün alanlarda ilkenin uygulanması (a) ve bu uygulama sırasında bazı prensiplere uyulması (b) ile mümkündür.

a. Şartların Uygulama Alanı

Çocuğun yüksek yararının çocuk koruma idaresi işleyişinde tutarlı ve etkin bir şekilde uygulanması ancak koruma alanı dışında çocuğu ilgilendiren diğer alanlarda da idare tarafından uygulanması ile mümkündür. İlkenin uygulanma alanını sadece korumaya ihtiyacı olan çocuklar ile sınırlandırmak bütün çocukların aleyhine olacaktır çünkü korumaya ihtiyacı olan çocuk sayılarının giderek artmasının sebebi idarenin topluma yönelik diğer faaliyetlerinde çocukların özgünlüğünü yeterince göz önüne almamasıdır.

Devletin asli görevi, çocukların korunmaya ihtiyaç duyar hale gelmesine engel olmaktır. Bundan dolayı idare bütün faaliyetlerini yerine getirirken çocukları ilgilendiren boyutları itibariyle çocuğun yüksek yararı ilkesini rehber edinerek çocukların korunmaya ihtiyaç duyar hale düşmesine engel olmalıdır. Başta eğitim, sağlık, güvenlik faaliyetlerini sağlayan idareler yanında ülke idaresinin merkezi teşkilatı, yerel yönetimler aldıkları kararların çocuklar üzerindeki etkisi nispetinde çocuğun yüksek yararını gözetmekle yükümlüdür.

b. Uygulama Şartları

İlk şart, çocuğun görüşünün idari ve adli bütün prosedürlerde alınması ve göz önünde bulundurulmasıdır. Çocuğun görüşünü almak basit bir fikrini sorma hali değil, karar verme prosedürünün zorunlu bir usul şartı olarak kabul edilmelidir⁵³. İdare personeli veya hakim çocuğun yararına tek başına

52 ZERMATTEN J., op.cit. , p. 14 ; CANTWELL N., La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant , « L'intérêt supérieur de l'enfant » en questions, 20 novembre 2010, DEI-France/AFJK, Paris, s. 6.

53 Bu noktada Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesini hatırlamakta fayda var: “ 1.Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun

karar veremez. Çocuk ve ailenin katıldığı bir görüş alışverişi, çocuğun yararının belirlenmesi için temel bir gerekliliktir⁵⁴. İlkenin soyutluğu dolayısıyla ancak her bir olayda detaylı inceleme yapılması ve bunun için de çocuğun, ailesinin, diğer ilgililerin ve uzman görüşünün alınması halinde çocuğun yüksek yararının tespiti mümkündür.

İkinci şart, çocuğun katılımıdır. İdarenin bir kararının kamu yararına uygun olup olmamasına toplumsal meşruiyet katan şey toplumun bu karara rıza göstermesidir. Geleneksel düşünce, idare edilenlerle ilgili en doğru kararı meseleye objektif yaklaşabileceği gerekçesiyle idarenin vereceği şeklindedir. Bu düşünce, karar idare tarafından verilince bu kararın farklı yarar grupları tarafından etkilenmesinin önüne geçilmiş olacağı esasına dayanır⁵⁵. Sosyal devletin yaşadığı kriz idari faaliyetlere ve kararlara karşı toplumsal kabulün azalmasına sebebiyet vermiştir. Tam da bu noktada gelişim gösteren neoliberal akım toplum için neyin iyi olduğuna yani kamu yararına ancak toplumun katılımı ile birlikte karar verilebileceği anlayışını hakim kılmıştır. Artık idarenin meşruiyeti topluma açıklığına bağlı hale gelmiştir⁵⁶. Çocuklar da kendilerini ilgilendiren konularda karar süreçlerine katılma, görüşlerinin sorulması haklarına sahiptir. Bu bakımdan, çocuğun yüksek yararı ilkesine uygun bir idare, çocukların görüşünü paylaşabilmek için idareye erişimini kolaylaştıran sistem uyarlamasını yapan idaredir.

Üçüncü şart, çocuğun fiziksel, duygusal, sosyal ve entelektüel gelişimi ile ilgilidir. Çocuğun fiziksel, duygusal, sosyal ve entelektüel gelişimi çocuğun bugünü, geleceğini şekillendirir ve bu yönüyle çocuğun yararının belirlenmesinde önemli bir unsurdur⁵⁷. İdare karar verirken vereceği kararın çocuğun gelişimi üzerinde nasıl etkisi olacağına dikkat etmek zorundadır. Çocuğun gelişimini olumsuz etkileyeceği anlaşılan veya çocuklar arasında ayrımcılığa yol açabilecek bir karar vermekten imtina edilmelidir. Bu bağlamda, korumaya ihtiyacı olan bir çocukla ilgili verilen kararın çocuğun korunma ihtiyacını ortadan kaldırmaya, sorunlarını gidermeye imkan sunması, çocuğu daha da korumaya ihtiyaç duyacak bir hale sürüklememesi gerekir.

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

54 YOUNG D., op.cit. , s. 132 et 133.

55 CHEVALLIER J., Science administrative, 5e édition, Paris, PUF 2013, s. 560.

56 Ibid., s. 581.

57 FERMAUD L., L'intérêt de l'enfant, critère d'intervention des personnes publiques en matière de protection des mineurs, RDSS , 2011, n°6, s. 1136.

2. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesinin Uygulanmasının İdari Yargı Denetimi

Önce yargı organlarının kamu yararını denetleme yetkisi (a), devamında ise öncelikli kamu yararı olarak çocuğun yüksek yararının denetimi (b) üzerinde durulacaktır.

a. Kamu Yararının Yargı Denetimi

İdari işlemler şekil, usul, yetki, sebep ve konu unsurları bakımından hukuki denetime tabi tutulurlar⁵⁸. Yargı, kural olarak yerindelik denetimi yapamaz. Açık ve bariz bir takdir hatası var ise bu durumda denetim yapılabilir⁵⁹. Bu dar bir yargısal denetimdir. Daha geniş bir denetim imkanı, hukuki nitelendirme hatasının tespitine yöneliktir. Yargı, olgularla karar arasında ölçülülük olup olmadığını da denetler.

Kamu yararını gerçekleştirmek için kullanılan araçların etkin olup olmadığını ve bir başka kamu yararına zarar verip vermediğini de yargı denetler⁶⁰. Bu denetim için geliştirilen hesap teorisi iki ülkede de yargı organlarıncı kullanılmaktadır⁶¹. Bu teori gereğince Türkiye’de verilen iptal kararları Fransa’ya göre daha çoktur ve buna tedbir olarak 2010 yılında Anayasa’ya yerindelik denetimini yasaklayan açık bir hüküm eklenmiştir⁶².

b. Çocuğun Yüksek Yararının Kamu Yararı Olarak Yargısal Denetimi

İdareye çocuğun yüksek yararını göz önüne almasını emreden Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesinden hareketle yargı organı, idarenin karar verirken kararın çocuk üzerindeki olası etkilerini göz önüne alıp almadığını denetleyebilir. Mahkeme idarenin kararının yerinde olup olmadığını denetlemez.

58 FRIER P.-L., PETIT J., Droit administratif , LGDJ, 7e édition, 2012, p. 531 ; GÖZLER K., İdare hukuku, tome 1, Bursa, Editions Ekin, 2009, s. 743.

59 CHAPUS R., op.cit. , s. 1061 ; DUPUIS G., GUEDON M.-J., CHRETIEN P., op.cit. , s.669; FRIER P.-L., PETIT J., op.cit. , s. 539.

60 TRUCHET D., Les fonctions de la notion d’intérêt général, op.cit. , s. 339 et 340.

61 CE français, 28 mai 1971, n°78825, Ville nouvelle Est et la Décision du 18 juillet 1973, n° 86275, Ville de Limoges ; CE turc, Décision n° E.1979/1915, K.1981/1426 du 05.05.1981 et Décision n° E.1986/901, K.1986/1032 du 26.11.1986.

62 m.125/4: “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”

Mahkemenin yaptığı denetim, çocuğun yüksek yararı ilkesinin idarenin kararını oluşturan argümanlardan biri olup olmadığını ve kararın çocuk üzerindeki etkilerini analiz edip etmediğini tespit etmektir. Karar hazırlık sürecinde çocuğun yüksek yararının idare tarafından değerlendirildiğine dair bir bulgu yoksa kararın usul unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu kabul edilmeli ve işlem iptal edilmelidir. Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında benzer bir yaklaşım sergilemiştir: “(...) anne ve çocuk arasındaki ilişkinin tamamen ortadan kaldırılmasını öngören kararların, anne ve çocuk arasında uzman raporlarında yer verilen tedbirler alınmak suretiyle tesis edilebilecek olan ilişkinin, çocuğun üstün yararı bağlamında nasıl bir menfi etkisi olacağı hususunda bir açıklamaya yer vermediği gibi bu ilişkiyi temin edebilecek olan alternatif tedbirlerin de değerlendirilmediği görülmektedir.(...) söz konusu kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı, ayrıca kararın icra sürecinde yer alan ilgili idare tarafından özellikle çocuğun üstün yararı dikkate alınarak aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve muhtemel bir yeniden bütünleşmenin temini amacıyla uygun olan adımların atılmadığı görülmektedir”⁶³.

Bunun dışında açık ve bariz takdir hatası denetimi yapılabilir veya farklı kamu yararları aynı anda söz konusu ise idarenin dayandığı kamu yararı yerine önceliği gereğince çocuğun yüksek yararının olması gerektiğini değerlendirebilir ve idarenin işlemini bu gerekçe ile iptal edebilir.

Çeviri İçin Sonsöz

Tezden bir parça alıp çevirisini sunmanın riskleri vardır. Bütün görülemediği için çevirisi sunulan bölümde geçen kavram ve bilgilerin tezde işlenen farklı boyutlarını görme imkanı sunmaz. Çocuğun yüksek yararı çocukla ilgili her meselenin merkezidir. Tezin çevirisini sunduğum bölümünde ilkenin genel çerçevesi çocuk koruma idaresi özelinde çizilmektedir. Tezin farklı bölümlerinde ilkenin çocuk koruma idaresi üzerindeki farklı etkileri incelenmiştir. Dilerim tamamını çevirip kitap olarak sunma imkanı olduğunda bu boyutlar da görülecektir.

Çocuğun yüksek yararına ilişkin bu tezden bölüm çevirisini okurken başlıktan itibaren çocuğun yararına uygun çocuğun yüksek yararından bahsedildiği göze çarpmıştır. Çocuğun yüksek yararından başka bir çocuk yararı ilkesi mi var da böyle bir nitelendirme yapılmaktadır sorusu akla gelebilir. Hayır! Başka bir çocuk yararı ilkesi yok. Ama metinde de anlatılmaya çalışıldığı üzere bu ilkenin varlığı tek başına çocukların lehine

uygulandığı anlamına gelmemektedir. Çocuğu nesne olarak gören hakim anlayış, gerektiğinde bu ilkeyi bile çocukların aleyhine kullanılabilir bir enstrümana dönüştürmekten geri kalmamaktadır. Çocuğun yararına uygun çocuğun yüksek yararı demek; çocuğun iyiliğini, haklarının hayata geçmesini, kendine özgü ihtiyaçlarının karşılanmasını ve kişisel gelişimine imkan sunan şartların sağlanmasını amaç edinen bir felsefenin hakim kılınmasıdır. Diğer bir ifadeyle çocuğun yüksek yararına teorik olarak yüklenen anlamların pratikte de var olmasını sağlamaktır.



**** Memduh Cemil Sirin**
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı
memduhcemil@gmail.com

Kaynakça

- ATIBACK A., L'intérêt de l'enfant dans les procédures d'assistance éducative, Droit de la famille , 2006, n°4, étude 18.
- BONNET B., Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan, Recueil Dalloz , 2010, n°17, s.1031-1037.
- CAN H., Turk hukuk duzeninin milletlerarasi hukuka açıkligi, Yasama Dergisi , 2009, n°12, s.5-65.
- CANTWELL N., La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant , «L'intérêt supérieur de l'enfant» en questions, 20 novembre 2010, DEI-France/AFJK, Paris.
- CHAPUS R., Droit administratif, C.1, Paris, Montchrestien, 2001.
- CHEVALLIER J., L'intérêt général dans l'Administration française, RISA, 1975, n°4, s.325-350.
- CHEVALLIER J., Science administrative, 5e édition, Paris, PUF, 2013.
- COHEN-TANUGI L., Le droit sans l'Etat , Paris, PUF, 2007.
- CONSEIL D'ETAT, L'intérêt général, Rapport public, La documentation française, 1999.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., L'effectivité de la CIDE: rapport de synthèse, Petites affiches , 7 octobre 2010, n°200, s.35-42.
- DUPUIS G, GUEDON M.-J., CHRETIEN P., Droit administratif , 12e édition, Sirey université, , 2011.
- FERMAUD L., L'intérêt de l'enfant, critère d'intervention des personnes publiques en matière de protection des mineurs, RDSS, 2011, n°6, s.1136-1145.
- FRIER P.-L., PETIT J., Droit administratif, LGDJ, 7e édition, 2012.
- FULCHIRON H., Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, Gazette du Palais , 8 décembre 2009, n°342.
- GOUTTENOIRE A., L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant, Petites affiches, 9 mars 2012, n°50.
- GÖZLER K., İdare hukuku, C.1, Bursa, Editions Ekin, 2009.
- GÜLAN A., Çocuklara yönelik idari faaliyetlere hakim olması gereken ilkeler, in SIRIN M. R., SAYITA S. U. (dir.), 1. İstanbul çocuk kültürü bildiriler kitabı, İstanbul, 2000, s.429-436.

- GÜLAN A., Sehirciligin çocuk merkezli hukuki boyutu hakkında düşünceler, in SIRIN M. R., SAYITA S. U. (dir.), 1. İstanbul çocuk kurultayı bildiriler kitabı, İstanbul, 2000, s.195-196.
- HAMMARBERG T., le Principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes, CommDH/Speech(2008)10, Strasbourg, 30 mai 2008.
- KAYA C., Kamu yararı kavramına Danıştay'ın bakışı, İstanbul, Editions XII Levha, 2011.
- NEIRINCK C., A propos de l'intérêt de l'enfant, in NEIRINCK C., BRUGGEMAN M. (dir.), La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, Paris, Dalloz, 2014, s. 25-35.
- OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, Legislative History of the Convention on the rights of the child, Volume I, 2007.
- RANGEON F., L'idéologie de l'intérêt général, Paris, Economica, 1986.
- RUBELLIN-DEVICHI J., Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises, RFAS, octobre-décembre 1994, n°4, s.157-193.
- SCHWARTZ R., La jurisprudence du Conseil d'état et les droits de l'enfant, JDJ-RAJS, n°296, juin 2010, s.37-41.
- TRUCHET D., Droit administratif, Paris, PUF, 2015.
- TRUCHET D., Les fonctions de la notion l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, LGDJ, 1977.
- VAN BUEREN G., Les droits des enfants en Europe, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.
- VERDIER P., Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant, «L'intérêt supérieur de l'enfant» en questionS, 20 novembre 2010, DEI-France/AFJK.
- VERDIER P., Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant, JDJ-RAJS, décembre 2008, n°280, s.34-40.
- WALINE J., Droit administratif, 24e édition, Paris, Dalloz, 2012.
- YOUF D., Penser les droits de l'enfant, Paris, PUF, 2002.
- ZERMATTEN J., L'intérêt supérieur de l'enfant, de l'analyse littéraire à la portée philosophique, Institut international des droits de l'enfant, Working report 3-2003.