



Hukukî Dinlenme Hakkı ve Çocuğun Katılma Hakkı Bağlamında Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesi^(*)



*Hearing of the Child in Proceedings in the Context of the Right to Be Heard
and the Child's Right to Participate*

İdil TUNCER KAZANCI



Doktor Öğretim Üyesi

*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*Katılma Hakkı,
Hukukî Dinlenme
Hakkı,
Çocuk
Dava Ehliyeti,
Sınırlı Ehliyetsiz,
Çekişmeli Yargı,
Çekişmesiz Yargı,
Babalık Davası,
Velayet.*

Keywords

*The Child's Right to
Participate,
The Right to Be Heard,
Child,
Capacity to Sue,
Limited Capacity,
Contentious Jurisdiction,
Non-Contentious
Jurisdiction,
Paternity Suit,
Custody.*

Öz

Çocuğun katılma hakkı, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde güvence altına alınmıştır. Çocuğun taraf ya da üçüncü kişi olarak hukuki durumunun etkilendiği yargılamalar hakkında bilgi edinmesi, görüşlerini ifade etmesi ve açıklamasına imkân verilmesi ve verilecek kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Çocuğa ilişkin yargılamalarda hukuki dinlenme hakkı, çocuğun katılma hakkı biçimde tezahür eder. Katılım hakkının kullanılması bakımından çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olması aranır. Kendi görüşlerini oluşturma becerisi, ayırt etme gücüne kıyasla daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu beceriye sahip olan çocuk katılma hakkını bizzat kullanabileceği gibi kanuni temsilcisi aracılığı ile de kullanabilir. Sınırlı ehliyetsiz olan ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun dava ehliyetine sahip olmaması, çocuğun katılma hakkını bizzat kullanamayacağı biçiminde de yorumlanamaz. Yargılamayı kanuni temsilcisi aracılığı ile takip eden çocuğun da yargılama hakkında görüşünü bildirmesi ve bu çerçevede dinlenmesi hem hukuki dinlenme hakkının hem de katılma hakkının bir gereğidir. Görüşlerini açıklama becerisine sahip olmayan çocuk ise katılma hakkını kanuni temsilcisi aracılığı ile kullanabilecektir. Çocuğun hem çekişmeli hem de çekişmesiz yargıda dinlenilmesi ve katılım hakkını kullanabilmesi mümkündür. Bu bağlamda her iki yargı türünün gösterdiği özellikle dikkate alınır. Resen harekete geçme ve resen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamalarda da çocuğun görüşünü ifade etmesine imkân verilmelidir.

Abstract

The right to participate of the child is guaranteed in the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on the Exercise of the Rights of the Child. The child, as a party or a third party, should be informed about the proceedings in which his/her legal status is affected, be given the opportunity to express his/her views and opinions, and be informed about the possible consequences of the decision to be rendered. The right to be heard in proceedings concerning the child is manifested in the form of the child's right to participate. In order to exercise the right to participate, the child must have the ability to form his/her own opinions. The ability to form his/her own opinions is a broader concept than the discernment. The child who has this ability can exercise his/her right to participate personally or through his/her legal representative. The fact that the child with limited capacity, who has the power of discernment, does not have the capacity to sue cannot be interpreted as that the child cannot exercise the right to participate in person. It is a requirement of both the right to be heard and the right to participate that the child who follows the proceedings through his/her legal representative expresses his/her opinion about the proceedings and is heard within this framework. The child who does not have the ability to express his/her views may exercise his/her right to participate through his/her legal representative. It is possible for the child to be heard and to exercise the right to participate in both contentious and non-contentious proceedings. In this context, the characteristics of both types of jurisdictions are taken into account. In proceedings where the principle of ex officio action and ex officio investigation prevails, the child should also be allowed to express his/her opinion.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.12.2022, Kabul Tarihi: 15.01.2023.

GİRİŞ

Hukukî dinlenilme hakkı, ergin kişiler gibi çocukların da usûlî temel hakkıdır. Hatta çocukların yargılamada dinlenilmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS) ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde (ÇHKAS) ayrıca katılma hakkı olarak teminat altına alınmıştır. Bu kapsamda katılma hakkı kısaca çocuğu ilgilendiren her konuda, çocuğun bilgilendirilmesi, görüşünün alınması ve bu görüşün değerlendirilmesini ifade eder. Katılma hakkı, çocuğun günlük hayatında anne babasının kendisi ile ilgili olarak verdikleri kararlar kadar, kendisinin taraf olduğu ya da sonucundan etkileneceği bir yargılama bakımından da söz konusu olur. Yargılama sürecinde çocuğun katılma hakkı ise yargılama hukukunda karşımıza hukuki dinlenilme hakkı olarak çıkar. Çocuğun katılma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkı çok yakın bir irtibat içindedir. Bununla birlikte çocuğun hukuki dinlenilme hakkı, katılma hakkının gösterdiği özellikler de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Çalışmamızda çocuğun taraf ya da ilgili olduğu yargılamalarda dinlenilmesini, katılma ve hukuki dinlenilme hakkı kapsamında ele alacağımızdan, çocuğun tanık olarak dinlenmesi incelememizin kapsamı dışında kalmaktadır.

Çalışmamızda genel olarak hukuki dinlenilme hakkını açıkladıktan sonra, uluslararası sözleşmeler çerçevesinde çocuğun katılma hakkını ele alacağız. Çocuğun katılma hakkını nasıl kullanacağı, çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisi ile doğrudan ilintilidir. Çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisi ise çocuğun ayırt etme gücü esas alınarak fakat sadece ayırt etme gücü ile bağlı kalınmadan tespit edilmelidir. Çocuğun kural olarak yargılamada dava ehliyetine sahip olmaması, bununla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ile kanunda öngörülen istisnai durumlarda dava ehliyetine sahip olduğunun kabul edilmesi, çocuğun yargılamadaki konumu bakımından önemlidir. Katılma hakkı, çocuğun dinlenilmesine yönelik olduğundan, çocuğun yargılamada kanuni temsilci tarafından temsil edildiği durumlarda bu hakkın ne şekilde tezahür edeceği, hukuki dinlenilme hakkının ise kim tarafından kullanılacağı önem kazanmaktadır. Biz de yargılamaya konu edilen hakkın niteliğini ve çocuğun ayırt etme gücünü esas alarak, çocuğun katılma hakkını ne şekilde kullanacağını inceleyeceğiz.

Çekişmeli yargıda hükümden etkilenecek üçüncü kişi olma ile çekişmesiz yargıdaki ilgili kavramlarının karışabilmesi tehlikesine binaen ve yargı çeşitlerinin gösterdiği farklılıkları da göz önüne alarak incelememizi çekişmeli-çekişmesiz yargı ayrımını esas alarak yapacak ve bazı örnekler üzerinden çocuğun dinlenilmesini de inceleyeceğiz. Bu çerçevede çocuğa ait subjektif hakkın tartışıldığı, taraflar arasında uyuşmazlığın bulunduğu çekişmeli yargıda öncelikle babalık davası örneğini ele alacağız. Çocuğun taraf olmamakla beraber dava neticesinde verilen hüküm nedeniyle hukuki -ve fiili- durumunun etkileneceği boşanma davası bakımından da değerlendirme yapacağız. Bu son örnekte, yani çocuğun taraf olmamakta dava neticesinden verilen hükümden etkileneceği ihtimalde çocuk, çekişmesiz yargıdaki ilgiliden farklı bir konumda bulunmaktadır. Zira çekişmesiz yargıda çocuk gerek başvuruyu yapan gerekse çekişmesiz yargı işiyle doğrudan ilgili olması sebebiyle teknik anlamıyla şekli ya da maddi ilgili sıfatına sahip olacaktır.

I. ÇOCUĞUN HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKI

A. Genel Olarak Hukukî Dinlenilme Hakkı

Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasamızın 36. maddesinde yer alan iddia ve savunma hakkının medeni usûl hukukundaki görünümü olup bu yönüyle bir usûlî temel hak niteliğindedir¹. Anayasamızın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesi uyarınca herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anılan düzenleme hak arama hürriyeti yanında hukuki dinlenilme hakkının da dayanağını teşkil etmektedir. Zira anılan düzenleme, yargılamanın taraflarının iddia ve savunmalarını yargı merci önünde ileri

¹ PEKCANITEZ, Hakan: "Hukukî Dinlenilme Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 754.

sürebilme hakkını da bünyesinde barındırmaktadır². Hukukî dinlenilme hakkı, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına da hizmet eder. Uyuşmazlık konusu maddi vakıaların tam ve doğru olarak tespit edilip aydınlatılması ancak tarafların usûlüne uygun biçimde açıklama yapmalarına ve delil ibraz etmelerine imkân verilmesi ile mümkün olabilir³. Yargılama ile ilgili kişilere karşılıklı tartışma ortamı yaratmak ve karara etki edebilmelerini sağlayacak bir yargılama ortamı sunmak aynı zamanda hukuk devletinin de bir gereğidir. Yani hukuki dinlenilme hakkı hukuk devleti ilkesinin de gerçekleşmesini sağlayan ve onun ayrılmaz parçası olan bir haktır⁴. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı, yargılamanın süjesi olarak yargılama ile hukuki durumu etkilenebilecek kişilerin yargılama hakkında bilgi sahibi olma, açıklamada bulunma, yargılamaya etki edebilme ve yargı mercilerinin de bu açıklamaları dikkate alıp değerlendirerek gerekçeli biçimde karar vermelerine imkân sağlayan bir usûlî temel hak ve yargılama ilkesidir⁵.

Hak arama hürriyeti, yargılamanın başından sonuçlanmasına kadar geçen süreç boyunca dikkate alınmalıdır. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılama içinde ve yargılama devam ederken gözetilmesi gereken bir haktır. Bu durum, hukuki dinlenilme hakkının yargılama hakkında bilgi sahibi olma, açıklamada bulunarak yargılamaya etki edebilme ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi şeklinde ortaya çıkan unsurlarından kaynaklanır⁶. Farklı bir ifade ile yargı organlarına başvuru ve bunun sonuçlandırılması hukuki koruma ile ilgili iken hukuki dinlenilme hakkı yargılama süresince yargı organının uyacağı kurallarla ilgilidir⁷. Bu çerçevede hukuki dinlenilme hakkının, tarafın hakkı olmaktan çok yargı organına düşen bir yükümlülükler demeti olduğu da doktrinde savunulmaktadır⁸.

Anayasamızın 36. maddesi adil yargılanma hakkına da değinmektedir. Kanuni, tarafsız, bağımsız mahkeme önünde yargılanma, makul sürede yargılanma, açık ve aleni yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanma, adil yargılanma hakkının unsurlarını oluşturur⁹. Hakkaniyete uygun yargılama ise doğası itibarıyla hukuki dinlenilme hakkını da bünyesinde barındırır¹⁰. Adil yargılanma hakkı, imkânlar ölçüsünde, uyuşmazlığın tarafları arasında fiili veya hukuki bir fark gözetmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak¹¹ yapıldığı dürüst bir yargılama olarak tanımlanabilir¹².

² ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukuki Dinlenilme Hakkı), s. 30; ERDÖNMEZ, Güray: *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 862; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 199.

³ PEKCANITEZ, s. 755. Ayrıca bkz. HOFFMAN, David / LÜSCHER, Christian: *Le Code de Procédure Civile*, 2e Édition, 2015, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015, s. 39.

⁴ TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53 (Adil Yargılanma Hakkı), s. 205.

⁵ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 31; BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 76; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 199; AKTEPE ARTIK, Sezin: *Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 365.

⁶ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 51.

⁷ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 52.

⁸ UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 126-127; AKTEPE ARTIK, s. 365. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme çerçevesinde çocuğun hukuki dinlenilme hakkı, hakkın doğrudan uygulanması hususunda taraf devletlere açık ve kesin bir yükümlülük yükleyen sübjektif bir haktır. Bkz. CORBAZ, Matthieu: *Les Mineurs Non Accompagnés en Droit d'Asile, Étude du Droit Suisse à la Lumière du Droit International des Droits de l'Enfant*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2019, § 411.

⁹ ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usûl Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 145 vd.; KALABALIK, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 531 vd.; AKTEPE ARTIK, s. 171 vd.

¹⁰ TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 420; BUDAK / KARAASLAN, s. 76; AKTEPE ARTIK, s. 363; TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 204.

¹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun gerekçesinde hukuki dinlenilme hakkının iddia ve savunma hakkına nazaran daha geniş olduğuna işaret edilmiştir: “Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira, insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süreçlerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapip karar vermesi gereklidir. Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla “iddia ve savunma hakkı” olarak bilinmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.”

¹² KALABALIK, s. 529-530.

Bir yargılamada iddia ve savunmaların eşit ölçüde yapılması da yargılamanın taraflarının hukuki dinlenilme hakkının gözetilmesi ile mümkün olur. Hukukî dinlenilme hakkı bu yönüyle adil yargılanma hakkının en önemli unsurunu teşkil eder¹³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi de bir suç ile itham edilen herkesin, kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek ve savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak hakkına sahip olduğu düzenleyerek adil yargılanma hakkının bir ayağı olan hukuki dinlenilme hakkına vurgu yapmaktadır.

Hukukî dinlenilme hakkı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 27. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan düzenleme uyarınca davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Hükümün ikinci fıkrasında ise hukuki dinlenilme hakkının yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması, açıklama ve ispat hakkı ile mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini de içerdiği ifade edilmektedir. Bu düzenlemeden hareketle hukuki dinlenilme hakkının üç unsuru bulunduğu söylenebilir. Hukukî dinlenilme hakkı taraf bakımından bilgilendirme ve açıklama hakkını, mahkeme bakımından ise dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğünü bünyesinde barındırmaktadır¹⁴. Hukukî dinlenilme hakkının gereği gibi kullanılabilmesi ancak bu hakka sahip olanların yargılamanın başından sonuna kadar yargılamadan ve yargılamanın seyrinden haberdar olmasına bağlıdır¹⁵. İlgili kimselerin yargılama ile ilgili bilgi sahibi olması, mahkemenin yapacağı bildirimle mümkün olabileceği gibi bu kişilerin doğrudan bilgi sahibi olmaları da mümkündür¹⁶. Bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkının süjesi olan kişinin, yargılamadan haberdar olmaması hükümün kurulması ve hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesi bakımından önemli bir eksiklik¹⁷.

Hukukî dinlenilme hakkının ikinci unsuru olan açıklama hakkı ise hüküm verilmeden önce taraflara (veya ilgililere) iddia ve savunmalarını ileri sürebilme ve bunları ispata elverişli delillerini mahkemeye getirme fırsatının verilmesini ifade eder¹⁸. Açıklama hakkı bakımından önemli olan husus, taraflara bu hakkın yargılama sonucunda alınacak karara etki edebilecek şekilde tanınması gerektiğidir. Taraflardan her biri, diğer tarafın ileri sürdüğü vakıalar ile delilleri tartışabilmeli ve bu konuda irade belirtebilmeli, hükümün oluşmasına etki edebilmelidir¹⁹. Tarafların sadece yargılama hakkında bilgilendirilmesi ve fakat yargılamaya aktif katılma imkânı tanınmaması durumunda açıklama hakkının gerçekleştiğinden bahsedebilmek mümkün değildir²⁰. Açıklama hakkı sadece yargılamada yer alarak açıklama yapmayı değil, taraflardan birinin her açıklaması için diğer tarafa da açıklama hakkı verilmesini gerektirir²¹. Bununla birlikte hukuki dinlenilme hakkı taraf bakımından bir hak niteliğinde olduğundan tarafın mutlaka açıklama yapma ya da ileri sürülen iddia ya da savunmaya karşı koyma yükümlülüğü de bulunmamaktadır²².

¹³ PEKCANITEZ, s. 760. Benzer yönde bkz. RECHBERGER, Walter H.: "Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorunlar", (Çev.) YILDIRIM, M. Kamil: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 63.

¹⁴ POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY Sümer: *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 169; GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usûl Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 355; BUDAK / KARAASLAN, s. 76.

¹⁵ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 87; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 868; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 200.

¹⁶ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 207; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 86; BUDAK / KARAASLAN, s. 76-77

¹⁷ PEKCANITEZ, s. 770; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 86. Ayrıca bkz. UMAR, s. 127-128.

¹⁸ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 106 vd.; BUDAK / KARAASLAN, s. 77; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 200; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 874.

¹⁹ PEKCANITEZ, s. 775; TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 208; BUDAK / KARAASLAN, s. 77.

²⁰ BUDAK / KARAASLAN, s. 77.

²¹ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 107; TANRIVER, s. 428.

²² TANRIVER, s. 429.

Hukukî dinlenilme hakkının üçüncü unsuru ise dikkate alınma hakkıdır. Hâkimin taraflarca getirilen dava malzemesini dikkate alması ve bunları değerlendirerek sonuca ulaşması gerekir. Bu şekilde taraflar yargılamaya etki etme şansına sahip olacaktır²³. Tarafların iddia ve savunmalarının tartışılmış, değerlendirmeye tabi tutulmuş ve varılan sonucun ne gerekçe ile kısmen ya da tamamen diğerine üstün tutulduğunun kararın gerekçe bölümünde açıklanmış olması gerekir. Mahkemenin yürüteceği bu değerlendirme faaliyeti aynı zamanda mahkeme bakımından bir yükümlülük teşkil eder²⁴.

B. Katılma Hakkı ve Hukukî Dinlenilme Hakkı Arasındaki İlişki

Çocuğun katılma hakkı, hukuki dinlenilme hakkına nazaran daha geniş bir alanda ortaya çıkmaktadır. Katılma hakkı sadece çocuğun taraf veya ilgili olduğu yargılama süreçlerinde değil, çocukla ilgili tüm idari ve yargısal süreçlerde çocuğun bilgilendirilmesi ve uygun düştüğü ölçüde çocuğun dinlenmesi biçiminde somutlaşır. Nitekim katılma hakkının genel çerçevesini çizen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin²⁵ 12. maddesinde de bu husus düzenlenmiş, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının, ulusal yasanın usûle ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacağı ifade edilmiştir²⁶. Katılım hakkı kapsamında hukuki dinlenilme hakkı ise esasen yargılama sürecinde çocuğun dinlenilmesini ifade etmekte, dolayısıyla katılma hakkının yargılamadaki görünümünü oluşturmaktadır.

25 Ocak 1996 tarihinde Strazburg'da imza altına alınan, 9 Haziran 1999 tarihinde Türkiye tarafından da imzalanıp 18 Ocak 2001 tarihinde 4620 sayılı Kanun'la²⁷ onaylanarak yürürlüğe giren Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (ÇHKAS) ise çocuğun haklarının gerçekleştirilmesi için usûle ilişkin tedbirlere yer vermiştir. Bu çerçevede ÇHKAS'nin 3. maddesi çocuğun²⁸ davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkını, 4. maddesi menfaat çatışması nedeniyle ebeveynlerinin onu temsil etme olanağından yoksun olması hâlinde çocuğun özel bir temsilci atanmasını isteme hakkını, 5. maddesi ise çocuğun görüşlerini ifade etmesi için yardım almayı talep hakkı ve kendi temsilcisini tayin hakkı gibi diğer usûlî haklarını düzenlemektedir. ÇHKAS m. 1 uyarınca çocukların yüksek çıkarları için haklarını geliştirmek, onlara usûle ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir adli merci önündeki, kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırmak, anılan sözleşmenin amaçlarından biridir. ÇHKAS'nin kapsamı özellikle çocukların ikameti ve çocuklarla şahsi ilişki kurulması gibi velayet sorumluluklarına ilişkin davalar yanından bir adli merci önünde yürüyen çocukları ilgilendiren davalar olarak belirlenmiştir (ÇKHAS m. 1/III).

ÇHKAS bakımından katılım hakkına ve katılım hakkının kullanımına ilişkin bazı standartlar belirlendiğini söylemek mümkündür. Buna göre öncelikle çocukların kendilerini etkileyen tüm konular-

²³ BUDAK / KARAASLAN, s. 77; TANRIVER, s. 43; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 201; ERDÖNMEZ, *Pekcantez Usûl*, s. 879. Hukuki dinlenilme hakkının tarafların kendilerine etki edebilecek bir yargılamaya katılma hakkını da temin ettiği yönünde bkz. PC CPC-CHABLOZ Art. 53, § 2.

²⁴ PEKCANITEZ, s. 784-785; TANRIVER, s. 430; ÖZEKES, s. 248; ERDÖNMEZ, *Pekcantez Usûl*, s. 880.

²⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun'la uygun bulunmuştur. Sözleşme'nin uygun bulunduğuna ilişkin Kanun, 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁶ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1220; ÖCAL APAYDIN, Bahar / HIŞİM, Selin: "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı", (Ed.) MAKARACI BAŞAK, Aslı / ÖKTEM ÇEVİK, Seda / TEK, Gülen Sinem: *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 288.

²⁷ 01.02.2001 tarihli ve 24305 sayılı Resmî Gazete.

²⁸ Sözleşme'de yer verilen çocuk kavramı ÇKHS m. 1 uyarınca 18 yaşına ulaşmamış tüm çocukları kapsamaktadır. Çocuk, hukukumuzda hisimlik kavramı içinde ele alınmakta ve bir ana babadan türeyen evladı ifade etmektedir. Bunun yanında Türk Medeni Kanunu'nda çocuk hisimlik yanında, çocuğu yetişkinden ayırt etmek amacıyla küçük anlamında da kullanılmaktadır. Doktrinde erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağını hükme bağlayan TMK m. 11 ile ÇHKAS'nin birinci maddesinin birbiri ile uyumlu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 286-287.

da dinlenilme, görüşlerini özgürce ifade etme hakkı ile ifade, düşünce, örgütlenme ve bilgiye erişim özgürlüğü hakları bulunmaktadır. Katılım, çocuğun üstün yararını desteklemeli ve her çocuğun kişisel gelişimini sağlamalıdır. Katılım hakkı, ayırım yapılmaksızın tüm çocuklara tanınan bir haktır²⁹.

Çocuğun hukuki dinlenilme hakkını ve dolayısıyla yargılama bakımından katılma hakkını bizzat kullanabilmesi, çocuğun yargılamayı ve konusunu tam olarak idrak edebilmesi, bu konuda fikir geliştirebilecek durumda olmasına bağlıdır. Bu çerçevede ülkemizin de taraf olduğu ÇHS m. 12 çocuğun kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine vurgu yapmış, taraf devletlerin, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanıyacaklarını hükme bağlamıştır. ÇHS’de açıkça düzenlenen kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip çocuk kavramı, ÇHKAS m. 3’te düzenlemesini bulmaktadır. Anılan madde gereğince yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli mercide kendisini ilgilendiren davalarda, ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışma ve kendi görüşünü ifade etme, görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilme hakları verilir. Çocuk, bu haklardan bizzat yararlanmayı da talep edebilir. Özetle çocuğun katılma hakkını doğrudan kullanabilmesi, onun kendi fikirlerini oluşturabilme yeteneğine bağlıdır. Çocuk kendi fikrini oluşturabilecek zihinsel olgunlukta değilse çocuğun katılma hakkını bir temsilci, kurum yahut organ aracılığı ile de kullanabilmesi mümkündür³⁰. Bu kapsamda çocuğun katılma hakkının ÇHS bakımından kendisini ilgilendiren tüm konularda söz konusu olacağı söylenebilirken ÇHKAS, yargılama süreçlerinde çocuğun katılma hakkına ilişkindir. Hukukî dinlenilme hakkının yargılama içinde ve yargılama devam ederken kullanılan bir hak olduğu da dikkate alınırsa ÇHKAS, esasen, katılma hakkının bir usûlî temel hak olarak görünümü olan hukuki dinlenilme hakkını odağına almaktadır. Bununla birlikte katılma hakkının genel çerçevesinin ÇHS ile çizildiği de unutulmamalıdır.

Çocuğun katılım hakkı, ÇHS m. 12’de “*çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme*” hakkı olarak ifade edilmiştir. ÇHS ile çizilen bu geniş çerçeve, hukukumuzda gereği kadar yansıma bulmamıştır. Bu kapsamda hukukumuzda çocuğun kendisi ile ilgili her konuda bilgilendirilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamakta, bu imkân Türk Medeni Kanunu hükümleri ile kendisine tanınmamaktadır. Velayetin kapsamına ilişkin Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 339 hükmü uyarınca, velayet hakkını kullanırken ana babaya çocuğu bilgilendirme görevinin yüklenmemiş olması, çocuğa sadece olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme imkânı verilmesi de katılma hakkının iç hukukumuzda yetersiz düzenlenmiş olmasına örnek teşkil etmektedir³¹. Zira ÇHS, çocuğun sadece görüşünün alınmasını değil, çocukla ilgili her alandaki karar mekanizmasının işleyebilmesi için çocuğun konu ile ilgili olarak bilgilendirilmesinin sağlanması ve çocuğun (ya da çocukla yakından ilgili ve onun çıkarını koruyacak konumda olan bir temsilcinin) dinlenmesini öngörmektedir. ÇHS ve bu anlamda katılma hakkı, sadece yargılama süreçlerini değil, çocuk ile ilgili karar alınması gereken her durumda uygulama alanı bulmaktadır. Yargılama sürecinde çocuğun dinlenilmesi de katılma hakkının bir görünümüdür. Bununla birlikte katılma hakkı yargılamada, hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde ve çocuğun dinlenilmesi ve katılma hakkının yargılama hukukunda gösterdiği özellikler dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir.

Çocuğun katılma hakkını kullanması bakımından çocuğun kendi görüşlerini oluşturma gücüne sahip olduğunun baştan kabul edilmesi, çocuğun ayrıca bu durumu ispat etmesinin kendisinden beklenmemesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir³². Yine de çocuğun ayırt etme gücüne ne zaman sahip olduğunun kabul edileceği, farklı bir ifade ile kendi görüşünü oluşturma gücüne sahip olduğunun be-

²⁹ ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 288-289.

³⁰ CORBAZ, § 419. Çocuk tarafından ifade edilen görüşün hâkim tarafından dikkate alınacağına ilişkin olarak bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 1222.

³¹ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1223. Benzer biçimde ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 306.

³² Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi 12. Genel Değerlendirme, 25 Mayıs-12 Haziran 2009, Cenevre, §20; CORBAZ, § 413; ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 291.

lirlenmesi bakımından en azından bir sınır çizilmelidir. Bu sınırın belirlenmesinde çocuğun yaşı önem taşımakla beraber, tek kriter olarak da kabul edilebilmesi mümkün değildir. Doktrinde klasik anlamda ayırt etme gücünden hareketle bir çözüme ulaşılmaya çalışılmışsa da bu yaklaşımın küçük yaşlardaki çocukları ÇHKAS'nin koruması dışında bırakacağı da ifade edilmiştir. Keza çocuğun katılma hakkının kullanılması için belli bir yaş sınırının belirlenmesi de ÇHKAS'nin ruhuna uygun değildir. Zira TMK m. 13'te yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan kişilerin ayırt etme gücüne de sahip olduğu hükme bağlanmıştır³³. Bu kapsamda örneğin iki yaşında bir çocuk, yaşının küçüklüğü nedeniyle akla uygun davranma yeteneğine ve buna bağlı olarak ayırt etme gücüne sahip olmayacaktır. Bununla birlikte iki yaşındaki bir çocuğun da kendisini ilgilendiren ya da taraf olduğu bir davada hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir³⁴. Çocuğun kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olmadığı durumlarda hukuki dinlenilme hakkının temsilci veya çocuğu temsil eden bir kurum tarafından kullanılması mümkündür³⁵.

Her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması³⁶, ÇHKAS'nin amacına daha uygun gözükmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesinin de belirttiği üzere ayırt etme gücü ve yaş, çocuğun katılma hakkı bakımından bir sınırlama teşkil etmekten ziyade devletlerin çocuğun görüşlerini bağımsız biçimde oluşturma becerisini azami ölçüde değerlendirme yükümlülüğü şeklinde anlaşılmalıdır³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında altı yaşından önce çocuğun dinlenmemesi gerektiğine işaret etmiştir. Federal Mahkeme çocuğun dinlenilmesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunun altını çizmiş, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduktan sonra bu hakkını bizzat kullanacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte gerekli olduğu takdirde çocuğun altı yaşından önce dinlenmesi de mümkündür. Çocuk bu çerçevede katılma hakkını sadece taraf olduğu uyuşmazlıklarda değil, dolaylı da olsa sonucundan etkilendiği yargılamalarda da kullanılmalıdır. Velileri ise kendi ispat hakları çerçevesinde çocuğun görüşüne delil olarak başvurulmasını talep edebilir³⁸. Bu ihtimalde çocuğun dinlenilmesi, uyuşmazlığın çocuk ile ilgili olup olmamasına göre, çocuğun katılma ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde de gerçekleştirilebilir. Boşanma davası gibi uyuşmazlığın çocuk ile ilgili olduğu durumlarda çocuğun tanık olarak beyanına başvurulsa dahi, kanaatimizce katılma ve hukuki dinlenilme hakkının varlığının kabulü gerekir. Uyuşmazlığın çocuğu doğrudan ilgilendirmediği durumlarda çocuk tanık olarak sadece o konu hakkındaki bilgisini aktarmakla yetineceğinden çocuğun katılma hakkından ve buna bağlı olarak hukuki dinlenilme hakkından bahsedilmesi mümkün değildir³⁹.

Çocuğun hâkim tarafından bizzat dinlenmesinin, katılma hakkı bakımından zorunlu olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Yargıtayın çocuğun sadece uzman tarafından dinlenmesinin yeterli olmadığı, kararı verecek hâkimin de çocuğu bizzat dinlemesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁴⁰. Nite-

³³ CORBAZ, § 413. Yaş sınırının her somut olayda hâkim tarafından takdir edileceği yönünde bkz. ALFIERI, Anna Claudia: *Enlèvement International d'Enfants: Une Perspective Suisse*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016, s. 90.

³⁴ Çocuğun konu ile ilgili dinlenebilmesi ve görüşünü ifade edebilmesi için yaşı ve zihinsel gelişimi de dikkate alınarak içinde bulunduğu durumu gelişikiz, istikrarlı olarak ifade edebilmesi ve olayları idrak edebilme yeteneğinin gelişmiş olması gerekir. Bkz. ATICI, Cansu: *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 197.

³⁵ CORBAZ, § 419.

³⁶ Çocuğun idrak gücüne ve yeterli olgunluğa sahip olup olmadığının mahkeme tarafından, uzman yardımı da alınarak her somut olay özelinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. AKKAYA, Tolga: *Medeni Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 316.

³⁷ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi 12. Genel Değerlendirme, § 20. Hatta Komite taraf devletleri yaş sınır belirlememe konusunda uyarmıştır. Bkz. § 21.

³⁸ JdT 2006 I 83, özellikle 1.2.3. Ayrıca bkz. GAURON-CARLIN, Sabrina: "Les Procédures de Première Instance", (Ed.) REISER, Anne / GAURON-CARLIN, Sabrina: *La Procédure Matrimoniale, Regard Croisés des Praticiens sur la Matière - Tome 2*, Schulthess, Zürich, 2019, s. 169, 173.

³⁹ Tanığın, tanıklığı ile ilgili bir konuda yargılanmadığı sürece hukuki dinlenilme hakkının bulunmadığı yönünde bkz. ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 253.

⁴⁰ "Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden kişisel ilişki konusunda uzman raporları alındığı ancak 04/04/2008 doğumlu idrak çağındaki çocuğun mahkeme huzurunda dinlenmediği anlaşılmıştır. Bu itibarla idrak çağındaki çocuğun kişisel ilişki konusundaki görüşünün alınması ve tüm delillerle birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu hususta eksik incelemeyle hüküm

kim doktrinde çocuğun kararı verecek hâkim tarafından dinlenmesinin katılma hakkının bir gereği olduğu savunulmaktadır⁴¹. Çocuğun, uyuşmazlığı yakından bilen kararı verecek hâkim tarafından dinlenmesi, hâkimin çocuğun içinde bulunduğu duygu durumunu daha iyi sezmesi ve soracağı soruları buna göre şekillendirmesi açısından önemlidir. Kanaatimizce çocuğun, yargılamanın yapıldığı yerden başka bir yerde bulunması durumunda istinabe yoluyla dinlenmesi katılma hakkının tam olarak tezahür etmesini sağlamaz. Çocuğun SEGBİS ile dinlenilmesi, çocuğun katılma hakkının gerçekleştirilmesi bakımından daha uygun bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Hukukî Dinlenme Hakkının Süjesi Olarak Çocuk

Hukukî dinlenme hakkı, yargılamanın süjesi olan herkese aittir⁴². Tarafın karara etki edebilecek biçimde açıklama yapma ve dikkate alınma hakkını da barındıran hukukî dinlenme hakkı, bu yönüyle tarafı yargılamanın süjesi yapar. Bu bakımdan hukukî dinlenme hakkına riayet edilmesi mahkeme için bir yükümlülük iken taraf bakımından hukukî dinlenme hakkı bir hak niteliğindedir⁴³. Tarafının gerçek ya da tüzel kişi olması da hukukî dinlenme hakkının kullanılması bakımından önem taşımaz⁴⁴. Bununla birlikte hukukî dinlenme hakkının süjesi sadece davanın tarafları değildir. HMK m. 27 anlamında hukukî dinlenme hakkı müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri bakımından da öngörülmüştür⁴⁵. Fer'i müdahil de hukukî dinlenme hakkına sahip olmakla beraber iddia ve savunmalarını ancak yargılamaya katıldığı andan itibaren ileri sürebilir. Aksini kabul, yani fer'i müdahile yargılamaya katıldığı ana bakılmaksızın iddia ve savunmada bulunma imkânı verilmesi, karşı tarafı yargılamada zayıf konuma düşüreceklerinden silahların eşitliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir⁴⁶. Bununla birlikte yargılamaya fer'i müdahil olarak katılması mümkün olmayan kişinin hukuki dinlenme hakkı da yoktur⁴⁷. HMK m. 27'de yer alan diğer ilgililer ifadesi ise yargılamanın tarafları ve fer'i müdahiller dışında kalan kişileri ifade etmektedir. Bu çerçevede çekişmesiz yargı işlerinde, talepte bulunanlar yanında maddi ilgililerin, yani çekişmesiz yargı işi nedeniyle menfaati etkilenen kişilerin, hukuki dinlenme hakları bulunmaktadır⁴⁸.

Hukukî dinlenme hakkının kullanılması, yargılama süjesinin kendi hakkı ile orantılı ve bağlantılı olarak gerçekleşmelidir⁴⁹. Yargılama neticesinde ortaya çıkacak sonucun da hukukun genel ilkelerine, yargı kararlarına ve mevzuata aykırı olmaması gereği, sürpriz karar yasağının bir sonucudur⁵⁰.

Hukukî dinlenme hakkı yargısal bir temel hak niteliğinde olduğundan, bu hakkın kullanılmasının dava ehliyeti ile bir ilgisi yoktur. Farklı bir ifade ile dava ehliyeti bulunmayan kişiler de hukuki din-

tesisi usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." 2. HD, E. 2020/812, K. 2020/1921, T. 5.3.2020; "...mahkemeye yargılama boyunca alınan 02.06.2015 tarihli rapor ile davacı-davalı baba ile görüşülmeksizin tek taraflı alınan 02.06.2017 tarihli rapor arasında çelişki mevcut olduğu gibi, bu raporlar arasındaki çelişki giderilmeksizin sonradan alınan uzman raporu ve davacı-davalı babanın beraatiyle sonuçlanan ceza yargılamasına konu olan olayın hükme esas alındığı görülmektedir. Yargılama boyunca alınan her iki uzman raporu da bu halıyla hüküm tesisi için yeterli değildir. O halde idrak çağında olan 2010 doğumlu ...'nın da bizzat ya da istinabe yoluyla eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin hakim tarafından kendisinden sorulması (Yargıtay HGK16.03.2012 tarih E. 2011/2-884-K. 2012/197 ile 22.01.2014 tarih E. 2013/2-2085-K. 2014/30) ve yeniden psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı niteliğindeki uzmanlardan (4787 sayılı Kanun m.5) ortak çocukların hali hazırda yaşadıkları kurum ile anne ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının ya da ebeveynlerinden velayetlerinin kaldırılmasının çocukların üstün yararlarına bir başka deyişle menfaatlerine uygun olup olmayacağı tespit edilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile velayet yönünden yazılı şekilde karar verilmesi isabetli bulunmamıştır". Bkz. Yargıtay 2. HD, T. 25.12.2018, E. 2018/5267, K. 2018/15359.

⁴¹ ÖCAL APAYDIN / HIŞIM, s. 310.

⁴² ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 865.

⁴³ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 205.

⁴⁴ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 205; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 254; BUDAK / KARAASLAN, s. 76.

⁴⁵ TANRIVER, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 421, ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 865.

⁴⁶ PEKCANITEZ, Hakan / MERİÇ, Nedim: *Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 265; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 261-262.

⁴⁷ PEKCANITEZ, s. 763.

⁴⁸ ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 866; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 270.

⁴⁹ BUDAK / KARAASLAN, s. 76; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 355.

⁵⁰ GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 356

nilme hakkının süjesini oluşturabilir. Bu çerçevede dava ehliyetine sahip olmayan çocuk da hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Hukukumuzda çocukluk, kişiliğin kazanılması ile başlayıp (TMK m. 28) erginliğin kazanılmasına kadar devam eder. Bu çerçevede TMK m. 11/I, erginliğin on sekiz yaşın doldurulması ile başlayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla TMK m. 11/II'de yer verilen ve evlenme ile kazanılan erginlik bir kenara bırakılacak olursa, çocukluk tam ve sağ doğum ile başlayıp kişinin on sekiz yaşını doldurmasına kadar devam eden bir süreci ifade etmektedir. Çocuk da sağ ve tam doğumundan erginliğini kazanmış olduğu zamana kadarki dönemde bulunan gerçek kişidir⁵¹. Bununla birlikte çocuğun yaşına ve ayırt etme gücünü kazanmış olup olmamasına göre ehliyet durumu değişmektedir. Farklı bir ifade ile ayırt etme gücüne sahip olan çocuk sınırlı ehliyetsiz kabul edilmekteyken ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk tam ehliyetsizdir⁵².

Çocuğun hukuki dinlenilme hakkını temsilcisi aracılığı ile mi yoksa doğrudan mı kullanacağı ise çocuğun taraf olduğu davanın temelini oluşturan hakka göre belirlenebilir. Farklı bir ifade ile çocuğun hukuki dinlenilme hakkını ne şekilde kullanacağı sorusu bakımından dava ehliyetinin tespiti ve uyumsuzluğun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olup olmadığı önem taşımaktadır. Dava ehliyeti bulunmayan kişi, davasını kanuni temsilcisi aracılığı ile açıp yürüteceğinden hukuki dinlenilme hakkı da kanuni temsilci nezdinde ortaya çıkar. Bununla birlikte mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların⁵³ kullanılmasında temsil söz konusu olmayacağından⁵⁴ hukuki dinlenilme hakkı da dava ehliyeti olmayan kişi tarafından kullanılır⁵⁵. Nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar da sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılacaksa da yasal temsilcinin izni ya da işleme katılması gerekmektedir⁵⁶. Bu çerçevede nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında kanuni temsilcinin hukuki dinlenilme hakkını kullanacağı söylenebilir.

II. YARGILAMADA ÇOCUĞUN DİNLENİLMESİ

A. Çocuğun Yargılamada Dinlenilmesine ve Katılma Hakkına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış

ÇHKAS ve ÇHS iç hukukumuzun bir parçası olmakla beraber iç hukukumuzda da yargılama sırasında⁵⁷ çocuğun dinlenilmesi için özel düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin ceza yargılaması bakımından 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun⁵⁸ 15/II maddesinde çocuğun ifadesinin alınması veya

⁵¹ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 84; ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 310.

⁵² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 99.

⁵³ Mutlak/nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımında söz konusu hak bakımından kanuni temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı esas alınır. Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kanuni temsilcinin temsil alanına girmezken, nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kanuni temsilci aracılığı ile kullanılır, CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN-Art. 19 CC, §32-33.

⁵⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 94-95. Boşanma, evliliğin iptali, soybağının reddi ve evlat edinmeye rıza verme mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak gösterilebileceği yönünde bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 111.

⁵⁵ PEKCANITEZ, s. 762-763.

⁵⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 94-95. Doktrinde aile hukuku kapsamında tam ehliyetsize karşı açılan davalarda, tam ehliyetsiz mutlak yasal temsilci aracılığıyla temsil edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bu görüşe üstünlük verilmesi hâlinde, aile hukuku alanında tam ehliyetsize karşı açılan davalarda hukuki dinlenilme hakkı kanuni temsilci tarafından kullanılmalıdır. Bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 95; AKKAYA, s. 303. Benzer biçimde TOPAK, Süleyman: *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 199-200.

⁵⁷ Çocuğun katılma hakkı, yargılamada dinlenilmesi ile sınırlı değildir. Katılım hakkı, çocuğun kendisi hakkında karar alma süreçlerinin bir parçası olmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla sadece yargılamada değil, çocuğu ilgilendiren her süreçte çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı bulunmaktadır (karş. ÇHS m. 12). Bkz. ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 291 vd. Çalışmamız kapsamında yargılamada çocuğun hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde katılma hakkını ele almaktayız. Şüphesiz yargılama dışında da çocuğun katılma hakkına yönelik düzenlemeler mevcuttur. Örneğin TMK m. 339/III düzenlemesi uyarınca ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar. Yine TMK m. 450/I uyarınca vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür. Anılan düzenlemeler ışığında çocuğun katılma hakkının yargılama ile sınırlı olmaksızın kendisi ile ilgili tüm süreçleri kapsadığı sonucuna ulaşılabilir.

⁵⁸ 15.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Resmî Gazete.

çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un 22. maddesinde ise çocuğun velisinin, vasisinin, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisinin, çocuğun bakımını üstlenen ailenin ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisinin duruşmada hazır bulunabileceği; mahkeme veya hâkimin, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabileceği; duruşmalarda hazır bulunan çocuğun, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği, sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmebileceği düzenlenmiştir.

İsviçre hukukunda, aile hukukundan kaynaklanan davalar ile çocuğa ilişkin diğer davalarda uygulama alanı bulan İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (İsvHMK) 298. maddesine değinmekte fayda vardır. Anılan madde, yargılamada taraf ya da üçüncü kişi konumunda olan çocuğun dinlenmesi bakımından hâkime bir yükümlülük yüklemektedir⁵⁹. Yaşları uygun olmadığı yahut diğer gerektirici sebeplerle çatışmadığı müddetçe çocukların, mahkeme yahut onun tayin edeceği bir kişi tarafından usûlüne uygun biçimde dinleneceği hükme bağlanmıştır. Çocuğun dinlenmesi sırasında sadece hükmün kurulması için ihtiyaç duyulan bilgiler verilir, bu bilgiler veli ya da vasi ile de paylaşılır. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, hukuki dinlenilme hakkının ihlali hâlinde, bu konuyu kanun yoluna başvuru gerekçesi yapabilir. Doktrinde İsvHMK m. 298'nin ÇHS m. 12'de yer alan çocuğun hukuki dinlenilme hakkının bir yansıması olduğuna vurgu yapılmıştır⁶⁰. Çocuğun yaşı ya da diğer gerektirici sebeplerle çocuğu dinlenmemesi durumunda çocuğun talebi üzerine hâkimin çocuğu dinlemesi gerekir⁶¹. Çocuğun kendini bilinçli bir şekilde ifade edebilmesi ve yargılamaya etki edebilmesi için duruşmanın başında çocuğa, uyuşmazlığa ilişkin olarak hangi hususların sorulacağını bildirilmesi gerekir. Bununla birlikte çocuğun beyanının tamamı değil sadece kendisine bildirilen ve karara etki edebilecek hususların duruşma tutanağında yer alacağı, çocuğun beyanlarının tamamının yazıya dökülmesinin gerekmediği de belirtilmelidir. Duruşmanın sonunda, sadece çocuğun taraflarla paylaşmayı kabul ettiği hususların tutanağa eklendiğinden emin olmak için duruşma kaydı çocukla ayrıntılı olarak tartışılmalıdır⁶².

Alman hukukunda da çocuğun bizzat dinlenmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Alman Aile Hukuku Meselelerine İlişkin Yargılama ve Çekişmesiz Yargılama Hakkında Kanun'un (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, FamFG) 159. maddesi uyarınca esas olan çocuğun yüz yüze dinlenmesi olmakla birlikte, bazı hâllerde çocuk bu şekilde dinlenilmeyebilir. FamFG m. 159/II'de çocuğun hangi hâllerde yüz yüze dinlenmesinden vazgeçileceği düzenlenirken Kanun'un genel hükümlere ilişkin birinci bölümüne atıf yapılmıştır. Bu kapsamda FamFG m. 9 uyarınca sözleşme yapma ehliyeti sınırlı olan kişiler (sınırlı ehliyetsizler), on dört yaşını doldurmuş olmaları ve kendilerini etkileyen işlemlerde medeni hukuk uyarınca tanınan bir hakkı ileri sürmeleri hâlinde dava ehliyetine sahiptir. Kanun'un, 9. maddede yer alan durumu bir istisna olarak düzenlediği gerçeği karşısında ve her iki madde bir arada değerlendirildiğinde, on dört yaşını doldurmuş olan çocuğun yargılamada hâkim tarafından bizzat dinlenmesi, Kanun'un ifadesiyle, çocuk ile yüz yüze duruşma yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Yaş sınırı yanında çocuk ile yüz yüze duruşma yapılması; gerektirici sebeplerin varlığı, çocuğun açıkça tercihlerini ve arzularını bildirecek durumda olmaması, çocuğun tercihlerinin, ilişkilerinin veya arzularının karar açısından önem arz etmemesi veya davanın sadece çocuğun mal varlığıyla ilgili olması ve konunun türüne bağlı olarak yüz yüze duruşma yapılmasının gerekli olmaması hâllerinde zorunlu değildir⁶³.

⁵⁹ PC CPC-DIETSCHY-MARTENET Art. 298, § 3; GAURON-CARLIN, s. 168.

⁶⁰ PC CPC-DIETSCHY-MARTENET Art. 298, § 6.

⁶¹ PC CPC-DIETSCHY-MARTENET Art. 298, § 10.

⁶² PRADERVAND-KERNEN, Maryse: "La Position Juridique de l'Enfant dans la Procédure Civile, à l'Aune de Quelques Questions Particulières", *FamPra.ch*, 2016, s. 352.

⁶³ Bu konuda ayrıca bkz. ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 313 vd.

Hukukumuzda çocuğun dinlenme yaşı ile ilgili bu şekilde bir düzenleme yer almamaktadır. Hem ÇHS'nin 5, 12 ve 17. maddeleri hem de Türk Medeni Kanunu belli bir yaşı değil, çocuğun ayırt etme gücünü esas almaktadır. Bu kapsamda özellikle Yargıtayın çocuğun hukuki dinlenilme hakkına yaklaşımı ve bu hakkın kullanım sınırlarını ne şekilde çizdiğini çocuğun taraf ya da üçüncü kişi olduğu uyuşmazlıklar bakımından çekişmeli ve çekişmesiz yargı özelinde ayrı ayrı ele alacağız.

B. Çocuğun Dava Ehliyetinin Hukukî Dinlenilme ve Katılma Hakkı Bakımından Önemi

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 51. maddesi dava ehliyetinin, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceğini düzenlemektedir. TMK m. 9 uyarınca ise ancak fiil ehliyetine sahip olan kimse kendi fiilleriyle hak edip borç altına girebileceğinden, fiil ehliyeti olan kişilerin davada usûl işlemleri yapabileceği kabul edilmektedir. Fiil ehliyetinin unsurları olan erginlik, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmamak koşullarını sağlayan kişilerin dava ehliyeti de tamdır. Bu şartları tam olarak sağlamayan kişiler ise davayı kanuni temsilcileri vasıtası ile takip edebilirler (HMK m. 52)⁶⁴.

Çocuğun yargılama süreçlerine katılma hakkını düzenleyen ve yukarıda kısaca değindiğimiz ÇHKAS, katılma hakkının süjesi olarak kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip çocuğa işaret etmekte, çocuğun katılma hakkını bizzat ya da kanuni temsilcisi aracılığı ile kullanabileceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte çocuğun kendi görüşlerini oluşturabilme yeteneğine sahip olmaması, çocuğun katılma hakkına (farklı bir ifade ile hukuki dinlenilme hakkına) sahip olmadığı anlamına da gelmez. Hukukumuz bakımından ayırt etme gücünden yoksunluk tam ehliyetsizlik hâline vücut verdiğinden (karş. TMK m. 10 ve 13), çocuğun dava ehliyeti ve buna bağlı olarak hukuki dinlenilme hakkı, ayırt etme gücüne bağlı olarak ele alınabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük tam ehliyetsiz kabul edileceğinden dava ehliyetine de sahip olmayacak, davayı kanuni temsilcisi aracılığı ile takip edecektir. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı da kanuni temsilci tarafından kullanılacaktır.

Hukukumuzda ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin ise bazı haklarını dava yoluyla bizzat kullanabilmelerine cevaz verilmektedir. Bu çerçevede ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabilmeleri mümkündür. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük ehliyetsiz olmakla beraber bu ehliyetsizliği sınırlıdır⁶⁵. Nitekim küçüğün fiil ehliyeti bakımından TMK m. 16, ayırt etme gücüne vurgu yapmış, ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olan küçük bakımından sınırlı bir dava ehliyetinin varlığından bahsedilebilir. Bu kapsamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışındaki hakları konu edinen davalarda küçüğün kanuni temsilcisi tarafından temsil edilmesi gerekmektedir (karş. TMK m. 16/I, son cümle).

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından hakkın niteliğine göre bir ayırım yapılmış, küçüğün mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları temsilci aracılığı ile değil bizzat kullanacağı ifade edilmiştir. Nişanın bozulması ve boşanma gibi mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların dava yoluyla kullanılması söz konusu olduğunda, küçüğün kendisi dava ehliyetine sahip olacaktır⁶⁶. Nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ise temsilci aracılığı ile kullanılması, kişinin saygınlığı ve sınırlı ehliyetsizin korunma ihtiyacı bakımından dava elverişli sonuçlar doğurur. Bu nişanlanma veya

⁶⁴ KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (C. I), s. 1027; KURU, Baki / AYDIN, Burak: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 115; BUDAK / KARAASLAN, s. 108; PEKCANİTEZ / TAŞ KORKMAZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 668; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 151-152; YILMAZ, Ejder: “‘Çocuk Hakları’ Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı (Çocuk Hakları), s. 827; ATICI, s. 143-144.

⁶⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 99; ATICI, s. 189; ELGÜN TOĞRUL, Emel Şeyda: *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 157.

⁶⁶ KURU, C. I, s. 1034; KURU / AYDIN, s. 115; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 265; TANRIVER, s. 549; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 221; YILMAZ, *Çocuk Hakları*, s. 826; AKKAYA, s. 300-301; ELGÜN TOĞRUL, s. 161-162, 166; TOPAK, s. 197. Aile hukukuna ilişkin bir statü ile ilgili açılan davada davalı olarak savunma yapmanın da mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu yönünde bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 111

adın değiştirilmesi gibi nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temsilci aralığı ile kullanılması mümkündür⁶⁷. Bununla birlikte nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilebilecek ad değişikliği davaları bakımından İsviçre doktrininde, küçüğün yeterli ayırt etme gücüne sahip olması durumunda yasal temsilcinin onun adına dava açamayacağı savunulmaktadır⁶⁸.

TMK m. 16/I uyarınca ayırt etme gücüne sahip olan küçük karşılıksız kazanmalarda da kanuni temsilcisinin rızasına ihtiyaç duymaksızın işlem yapabilir⁶⁹.

Küçüğün dava ehliyeti sadece kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından değil, genel olarak sorumluluğunu doğuran tüm hâller bakımından ele alınabilir. Bu çerçevede sorumluluğun kusura bağlı olarak doğduğu haksız fiil veya borca aykırılık hâllerinde küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması onun aynı zamanda kusurlu davranma ihtimalini doğurur. Nitekim TMK m. 16/II, ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün haksız fiillerinden de sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Kişinin bilinçli ve istemli bir davranışına bağlı olmayan, hukukun öngördüğü sonuçlar bakımından ayırt etme gücü fonksiyon göstermez. Murisin ölümü hâlinde mirasın kendiliğinden geçişi örneğinde olduğu gibi ilgili kişinin ayırt etme gücünden bağımsız olarak sonuçlarını doğuran bu durumlarda hukuki sonuç, söz konusu davranış veya olayın gerçekleşmesi ile kendiliğinden ortaya çıkar⁷⁰. Objektif sorumluluk hâllerinde de sorumluluk, sorumlu kişinin belli bir davranışına bağlı olmaksızın doğar. Dolayısıyla objektif sorumluluk hâllerinin doğmasında da ayırt etme gücünün bir işlevi bulunmaz⁷¹. Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün de bu çerçevede objektif sorumluluk hâllerinden birine göre sorumlu tutulması ve bu çerçevede dava ehliyetine sahip olması mümkündür⁷².

Ayırt etme gücü haksız fiilin de bir unsuru olup ayırt etme gücü bulunmayanların kusur ehliyetleri bulunmamaktadır⁷³. Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi kusurlu davranamayacağından, bu kişi hakkında haksız fiil sorumluluğu da doğmaz. Dolayısıyla ergin olmasa dahi ayırt etme gücüne sahip olan bir kişi (sınırlı ehliyetsiz) haksız fiillerinden de sorumludur (TMK m. 16/II)⁷⁴. Doktrinde ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün tüm kusurlu davranışlarından ve bu çerçevede sözleşmeye aykırı davranışından da sorumlu olacağı savunulmaktadır⁷⁵. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu olduklarına ilişkin TMK m. 16/II düzenlemesi kapsamında doktrinde küçüklerin haksız fiil nedeniyle kendilerine karşı açılan davaları takip edebilecekleri yani bu davalar bakımından dava ehliyetine sahip oldukları görüşü ileri sürülmüştür⁷⁶.

Çocuğun yargılamada konumunun belirlenmesi, hukuki dinlenilme hakkının da kim tarafından kullanılacağı hususunda yol göstericidir. Bununla birlikte hukuki dinlenilme hakkının kime ait olduğu

⁶⁷ Aile hukukuna ilişkin bir statü ile ilgili açılan davada davalı olarak savunma yapmak da mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktr. Bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 111. Nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların temsilci aracılığı ile kullanılabilmesi için küçüğün ya da kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Bkz. CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN-Art. 19 CC, §36. Doktrinde kanunda açıklık bulunmayan hâllerde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilci vasıtasıyla kullanılması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre: *Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükmeleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 327.

⁶⁸ CR CC I, THÉVENAZ-Art. 30 CC, §8.

⁶⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 113.

⁷⁰ CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN -Art. 18 CC, §2-3.

⁷¹ CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN -Art. 19 CC, § 4.

⁷² OĞUZMAN /SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 116.

⁷³ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler, Cilt II*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 64; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 96; SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk/Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 431-432; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2004, Cilt 53, Sayı 3, s. 3. Yazara göre kusur kavramı, ayırt etme gücünün varlığını kılmaktadır. Bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 8.

⁷⁴ SEROZAN, s. 451.

⁷⁵ SEROZAN, s. 452. Buna karşın *Koçhisarlioğlu*, davranışta bulunanın yaş küçüklüğünün onun ayırt etme gücüne etki ettiği, akla uygun davranma becerisini engellediği durumlarda, bu hususun hesaba katılarak kusur ehliyetinin var olmadığı sonucuna ulaşılması gerektiği kanaatindedir. Bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 8.

⁷⁶ ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 265. Aksi yönde bkz. BUDAK / KARAASLAN, s. 109; ATICI, s. 193.

ile bu hakkın kim tarafından kullanılacağına farklı meseleler olduğu da unutulmamalıdır⁷⁷. Hukukî dinlenilme hakkı yargılamada bizzat yer alan çocuk ya da onun kanuni temsilcisi tarafından kullanılabilir. Çocuğun bizzat dava ehliyetini kullanabildiği durumlarda, hukuki dinlenilme hakkı da küçüğe aittir⁷⁸. Bununla birlikte kanaatimizce dava kanuni temsilci tarafından takip edilse yani uyuşmazlık kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olmasa dahi çocuğu ilgilendiren bir konuda çocuğun dinlenmesi hem Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz hem de Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi gereğidir. Farklı bir ifade ile dava konusunun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup olmadığına bakılmaksızın, çocuğu ilgilendiren her yargılamada çocuğun bizzat dinlenilmesi hem hukuki dinlenilme hakkının hem de katılma hakkının gereğidir. Çocuk bu durumda dava ehliyetine sahip olmasa da menfaat sahibi olarak hukuki dinlenilme ve katılma hakkının süjesini oluşturmalıdır⁷⁹. Bu kapsamda ayırt etme gücüne sahip olan bir çocuk, hukuki dinlenilme hakkını bizzat kendisi kullanabileceği gibi, bu hakkın çocuğun arzusuna göre kanuni temsilcisi aracılığıyla kullanılması da mümkündür. Ancak unutulmamalıdır ki hukuki dinlenilme hakkı esasen çocuğa ait olup kanuni temsilci bu hakkı çocuk adına kullanmaktadır. Bu nedenle kanuni temsilcinin bağımsız bir hukuki dinlenilme hakkı yoktur⁸⁰.

C. Yargılamada Çocuğun Dinlenilmesini Gerektiren Bazı Haller

1. Genel Olarak

Çocuğun yargılamada dinlenilmesi farklı şekillerde gerçekleşebilir. Çocuk, uyuşmazlığın tarafı olarak dinlenebileceği gibi tanık olarak da dinlenebilir. Çalışmamız çocuğun katılma hakkını odağında hukuki dinlenilme hakkını konu edindiğinden, sadece çocuğun hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu, taraf ve ilgili olarak yargılamada yer aldığı durumlar çekişmeli ve çekişmesiz yargı ayrımı esas alınarak incelenecektir.

Çekişmeli-çekişmesiz yargı ayrımını esas alarak inceleme yapmamızın sebebi, bu iki yargı türünde çocuğun yargılamadaki konumunun ve uyuşmazlık konusu hak ile çocuğun ilişkisinin farklı olmasıdır. Farklı bir ifade ile çocuk çekişmeli yargıda sübjektif hak sahibi ve taraf iken, sübjektif hakkın söz konusu olmadığı ya da kimi zaman bir uyuşmazlığın bulunmadığı çekişmesiz yargıda maddi ya da şekli ilgili konumundadır. Boşanma davası örneğinde olduğu gibi kimi zaman çekişmeli yargıda da verilecek hükümden çocuğun etkilenmesi mümkün olmakla birlikte, bu ihtimalde çocuk çekişmesiz yargıdaki "ilgili"den farklı bir konumda bulunur. Biz de çocuğun yargılamadaki konumu ve yargı çeşitlerinin arz ettiği farklılıkları da göz önüne alarak incelememizi çekişmeli-çekişmesiz yargı ayrımını esas alarak yapacağız.

Tarafın dinlenmesine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz temel olarak iki düzenlemeyi içermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun 144. maddesi ile isticvaba ilişkin HMK m. 170 vd. düzenlemeleri yargılamada tarafın dinlenmesi hususunda uygulama alanı bulan düzenlemelerdir. İsticvaba ilişkin HMK m. 170 düzenlemesi, özellikle isticvaba davet ve isticvabın sonuçları itibarıyla⁸¹, tarafın dinlenmesine ilişkin HMK m. 144'ten ayrılır. İsticvap, ikrar elde etme amacına yönelik olması ve ikrarın da vakiayı uyuşmazlık konusu olmaktan çıkarması nedeniyle ayrıca bir önem arz etmektedir. Bu önemi nedeniyle çocuğun dinlenmesini özellikle isticvap bakımından ele almak gerekir.

İsticvabın amacı bilgi ve kanaat oluşturmaktır. Hâkim tarafları isticvap yoluyla dinleyerek uyuşmazlık hakkında bilgi, kanaat edinmeye ve mümkünse ikrar elde etmeye çalışır. Yani isticvabın tek

⁷⁷ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 292.

⁷⁸ Maddi hakkın kullanımına izin verildiği müddetçe, o hakka ilişkin hukuki dinlenilme hakkının da bizzat dava ehliyeti bulunmayan kişi tarafından kullanılacağı yönünde bkz. ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 292; PEKCANITEZ, s. 762; ELGÜN TOĞRUL, s. 162.

⁷⁹ Nitekim İsviçre doktrininde, boşanma davası bakımından, çocuğun taraf olmamakla beraber boşanmanın sonuçlarından doğrudan etkilenmesi nedeniyle yarı-taraf gibi değerlendirilerek dinlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. GAURON-CARLIN, s. 170.

⁸⁰ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 294.

⁸¹ KURU / AYDIN, s. 234 vd.

amacı ikrar elde etmek değildir⁸². Nitekim isticvap neticesinde ikrar elde edilemese dahi edinilen bilgileri hâkim serbestçe takdir eder. İsticvap neticesinde ikrar elde etme imkânı bulunduğundan, isticvabın ikrarın işlevsiz olduğu resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda uygulanmayacağı savunulmaktadır⁸³. Bu bakımdan çocuğun isticvap edilmesi, çocuğun taraf ya da üçüncü kişi olduğu uyuşmazlığın resen araştırma ilkesine tabi olmayan bir davada mümkün olabilir. Bununla birlikte kanaatimizce resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da çocuğun beyanının, hâkim tarafından kanaatini kuvvetlendirmek için kullanılabilmesi mümkün olmalıdır⁸⁴.

İsticvap olunacak kişilere ilişkin HMK m. 170, ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse adına yapılmış bir işleme ilişkin olarak, o kişinin kanuni temsilcisinin isticvap edileceğini hükme bağladıktan sonra bu kişilere bizzat dava hakkı tanınan hâllerde, ergin olmayan ya da kısıtlı kimsenin dinleneceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin davalarda çocuğun kendisi isticvap edilebilir.

İsticvabın hukuki dinlenilme hakkı ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilişkisi yadsınmaz. Zira isticvap yoluyla uyuşmazlığın aydınlatılması yanında, tarafa kendisini uyuşmazlık hakkında ifade etme imkânı da verilmektedir. Bununla birlikte katılma hakkı, isticvabı da içine alan daha geniş bir kavramı ifade eder. Zira katılma hakkı, çocuğun ilişkili olduğu uyuşmazlıkla ilgili kendini ifade edebilmesi, görüşlerini açıklayabilmesinin yanında o uyuşmazlık ile ilgili bilgi sahibi olmasını da bünyesinde barındırır (ÇHKAS m. 3/a). Yine katılma hakkının amacı, uyuşmazlık hakkında hâkimin edineceği kanaati güçlendirme ya da bir kanaat oluşmasına yardımcı olmak da değildir.

Çocuğun isticvabının katılım hakkına aykırı olmaması, isticvabın sonuçları hakkında çocuğa açık ve net bir bilgilendirme yapılmasına bağlıdır. Zira ÇHKAS, çocuğun görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. İsticvabın yargılamaya etkisi de dikkate alındığında kanaatimizce HMK m. 171'de yer alan isticvaba davete ilişkin düzenleme, çocuğun katılım hakkını kullanması bakımından yeterli görülmemelidir. Hâkim isticvap öncesi çocuğa isticvabın olası sonuçları konusunda ayrıca açıklama yapmalıdır.

2. Çekişmeli Yargıda Çocuğun Dinlenmesi

Çekişmeli yargıda çocuğun katılma hakkını kullanması ve bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkı, çocuğun taraf ya da üçüncü kişi olduğu uyuşmazlıklar bakımından ayrı ayrı incelenebilir. Çocuğun yargılamada taraf sıfatına sahip olması, dava ehliyetini de doğrudan kullanabileceği anlamına gelmez. Bununla birlikte çocuğun doğrudan kullanabileceği, özellikle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, çocuk yargılamayı tek başına açıp yürütebileceğinden hem taraf sıfatına hem de dava ehliyetine sahip olacaktır.

Çocuk yargılamada taraf olmamakla beraber yargılamanın sonuçları doğrudan çocuğun menfaatine etki edecek nitelikte olabilir. Bu çerçevede çocuğun taraf olduğu babalık davası ile çocuğun üçüncü kişi konumunda olduğu anne-babanın boşanma davası bakımından çocuğun hukuki dinlenilme ve katılım hakkını ele alacağız.

⁸² ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1374; TERCAN, Erdal: *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 331; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 308. Yılmaz, isticvabın yargılamanın amacı olan maddi gerçeği bulma ve adalete varma bakımından işletilmesi gereken bir kurum olduğu kanaatindedir. Bkz. YILMAZ, *Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt III*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (C. III), s. 3331.

⁸³ KURU / AYDIN, s. 234; TANRIVER, s. 790; YILMAZ, *C. III*, s. 3349. Aksi yönde bkz. TERCAN, s. 103-331; ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1383. Yazara göre taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda da isticvap hâkimin kullanabileceği bir imkândır. Takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hâllerde de isticvap neticesinde elde edilen bilgiyi hâkimin kanaatini güçlendirmek ve çelişkileri gidermek için kullanması mümkündür. Bkz. ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1375. Karş. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 308. Bu yönde bkz. Yargıtay, HGK, T. 04.04.2018, E. 2017/437, K. 2018/669.

⁸⁴ *Tercan* da isticvabın hâkimde kanaat oluşturma fonksiyonuna vurgu yaparak, durumu (uyuşmazlığı) aydınlatacak derecede akıllı olan küçük ve kısıtlının isticvabına engel bulunmadığı kanaatindedir. Bkz. TERCAN, s. 152.

a. Babalık Davası

Babalık davası TMK m. 301-304 arasında düzenlenmektedir. TMK m. 301 hükmü, çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuğun isteyebileceğini düzenlemektedir. Bu çerçevede babalık davasının davacıları anne ile çocuk, davalısı ise baba olduğu iddia edilen erkek ve onun mirasçılarının⁸⁵. Babalık davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, sınırlı ehliyetsiz olan çocuğun da davayı kendisinin açıp takip etmesi mümkündür⁸⁶. HMK m. 74 uyarınca vekil, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hâl olarak babalık davası da bu kapsamda ele alınmaktadır. Babalık davası da ancak özel yetki içeren bir vekâletname ile açılabilir⁸⁷. Yani kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan babalık davası açma hakkı çocuk tarafından vekil aracılığı ile kullanılacak olsa dahi vekilin vekâletnamesinde babalık davası açıp takip edebileceğine ilişkin özel yetki bulunması gerekir. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı hâllerde ise babalık davası çocuğun yasal temsilcisi tarafından açılacaktır⁸⁸.

Soybağına ilişkin bir dava olan babalık davası bakımından TMK m. 284 hükmü uygulama alanı bulur. Anılan düzenleme uyarınca babalık davasında hâkim maddi olguları resen araştırır ve delilleri serbestçe takdir eder⁸⁹. Hâkim, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda tarafların talepleri ile bağlı olmadığı gibi tarafların ileri sürdükleri vakıalar ve delillerle de bağlı değildir⁹⁰. Babalık davasında resen araştırma ilkesinin yürümesi, bu yargılamada hukuki dinlenilme hakkının göz ardı edileceği anlamına gelmez. Farklı bir ifade ile hukuki dinlenilme hakkı resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da uygulama alanı bulacağı gibi resen araştırma ilkesinin de tamamlanması ve tam olarak tezahür etmesine yardımcı olur⁹¹. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hukuki dinlenilme hakkı -hâkim, tarafların getirdiği dava malzemesi ile yetinmeyip kendisi de araştırma yaptığından- öncelikle dikkate alınmalıdır. Resen araştırma ilkesi, taraflardan habersiz, onların iddia ve savunmaları ile talepleri dikkate alınmadan yargılama yapılacağı ve karar verileceği anlamına gelmez. Hâkimin gerek kendi araştırmasını gerekse tarafların yargılamaya getirdiği dava malzemesini değerlendirerek yargılamayı yürütmesi gerekir. Tarafların da hâkimin resen araştırarak bulduğu ve yargılamaya dâhil ettiği hususlar hakkında bilgi edinmesi ve bu hususlara ilişkin görüşünü açıklayabilmesi gerekir. Aksini kabul, yani tarafa bu konularda bilgi edinme ve açıklama yapma hakkı verilmemesi, hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmaz⁹².

Babalık davasında çocuğun hukuki dinlenilme hakkına sahip olacağı kuşkusuzdur. Her ne kadar resen araştırma ilkesine tabi olsa da babalık davası neticesinde çocuğun hukuki durumu değişeceğinden, çocuğun yargılama ile ilgili bilgi sahibi olması, karara etki edebilmesi gerekir. Babalık davası kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda⁹³,

⁸⁵ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 306; KILIÇOĞLU Ahmet: *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 551; EĞİLMEZGİL, Sena Gözde: "Babalık Davası", *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2020, Cilt 3, Sayı 1, s. 153 vd.

⁸⁶ EĞİLMEZGİL, s. 155.

⁸⁷ "Ayrıca açıkça yetki verilmemiş ise vekil, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez (HMK m. 74). TMK'nin 301. Maddesine göre, evlilik haricinde doğan çocukla baba arasındaki soybağı hakim hükmüyle kurulabilir. Bunu sağlayan dava ise babalık davasıdır. Babalık davası, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğindedir. Somut olayda dava Cumhuriyet savcısına ve Hazineye ihbar edilmemiştir. Babalık davasının Cumhuriyet savcısına ve Hazineye ihbarı zorunlu bulunduğu halde (TMK.md. 301/son) hazineye ve Cumhuriyet savcısına dava ihbar olunmadan, davacı vekilinden babalık davasını açabilmesi için özel yetki içeren vekaletname alınmadan yargılamaya devamla işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Açıklanan nedenle kararın münhasıran bu sebeple bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir". Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 03.11.2021, E. 2021/5941, K. 2021/8069. Bu konuda ayrıca bkz. AKKAYA, s. 307 vd.

⁸⁸ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 306-307.

⁸⁹ KURU / AYDIN, s. 224; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 806; TAHİROĞLU, Fatih: *Medeni Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 40; EĞİLMEZGİL, s. 163.

⁹⁰ ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 805-806; TAHİROĞLU, s. 34.

⁹¹ PEKCANITEZ, s. 758; ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 68

⁹² ÖZEKES, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 70.

⁹³ KURU, C. I, s. 1039.

hukuki dinlenme hakkı çocuk tarafından bizzat kullanılabilir. Çocuk kendisini vekille temsil ettiriyorsa hukuki dinlenme hakkına bağlamında bilgilenme ve açıklama hakkına ilişkin işlemlerin de avukata yönelik olarak yapılması gerekir. Davanın avukat aracılığı ile takip edilmesi iradi temsilin bir görünümü olduğundan, bilgilenme ve açıklama hakkına ilişkin işlemlerin avukat yerine asile yönelik olarak yürütülmesi, iradi temsilin amacı ile bağdaşmadığı gibi hukuki dinlenme hakkına da uygun olmaz⁹⁴. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün kanuni temsilcisi de bir avukat aracılığı ile yargılamayı takip etmek isteyebilir. Bu ihtimalde de hukuki dinlenme hakkının kullanılması için yapılacak işlemlerin iradi temsilci-avukat esas alınarak yapılması gerekir. Ancak önceden de belirttiğimiz üzere sadece iradi temsilcinin ya da sadece kanuni temsilcinin hukuki dinlenme hakkından faydalanması, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesine aykırı olur. Zira anılan madde gereği taraf devletlere çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının sağlanması yükümlülüğü yüklenmiştir. Keza Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinde yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışılma ve kendi görüşünü ifade etme, görüşlerinin uygulanmasının ve her tür kararın olası sonuçları hakkında bilgilendirilme hakları tanınmalıdır. Dolayısıyla çocuk ister iradi isterse kanuni temsilci aracılığı ile temsil edilsin çocuğa katılma hakkı tanınmalı, yargılama ile ilgili görüşünü ifade etmesine imkân verilmelidir. Çocuğun katılma hakkını HMK m. 144 aracılığı ile kullanabilmesi mümkündür. Hâkimin dinlemek üzere çocuğu davet etmesi durumunda, çocuğa sorulacak hususlar hakkında ayrıntılı bilgi vermesi, çocuğun dinlenmesi neticesinde ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında açıklama yapması gerekir.

b. Çocuğun Üçüncü Kişi Konumunda Olduğu Anne-Babanın Boşanma Davası

Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesi uyarınca evlilik birliğinin devamı sırasında velayeti anne ve baba beraber kullanırlar. Evlilik birliğinin boşanma yolu ile sona ermesi veya mahkemece ayrılığa karar verilmesi hâlinde ise mahkeme, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler (TMK m. 182).

TMK m. 182'de çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin bir düzenleme yer almasa da TMK m. 339/III'te ana babanın önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutacaklarına ilişkin düzenleme ile birlikte değerlendirme yapıldığında, hâkimin de çocuğu dinleyerek velayete ilişkin değerlendirmesinde çocuğu dinlemesi gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir⁹⁵. ÇHKAS'nin iç hukukta boşanma davalarında doğrudan uygulanması zorunluluğu da göz önüne alındığında⁹⁶ hâkimin velayet konusunda çocuğu dinlemesi, katılma hakkı ve hukuki dinlenme hakkının da gereğidir⁹⁷.

Her ne kadar çocuk boşanma davasının tarafı değilse de boşanma davası neticesinde velayete ilişkin olarak verilecek olan hüküm, çocuğun hukuki ve fiili durumunu yakından ilgilendirmektedir. Dolayısıyla ÇHS ve ÇHKAS hükümleri uyarınca çocuğun boşanma sürecinde bilgilendirilmesi, görüşlerini paylaşması ve görüşlerinin dikkate alınması, katılma hakkının bir gereğidir. Bunun yanında HMK m. 27'nin yargılamanın diğer ilgililerinin de hukuki dinlenme hakkına sahip olduğu yönündeki düzenlemesi, boşanma davasının sonuçlarından doğrudan etkilenecek olan çocuğun da kanaatimizce ilgili olarak kabul edilmesi ve hukuki dinlenme hakkının süjesi olmasını gerektirir. Farklı bir ifade ile ÇHS ve ÇHKAS çerçevesinde zaten katılma hakkına sahip olan çocuk, iç hukukumuz bakımından HMK m. 27 gereği hukuki dinlenme hakkına da sahiptir⁹⁸.

⁹⁴ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 296.

⁹⁵ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1228. Benzer biçimde AKKAYA, s. 315.

⁹⁶ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1221; AKKAYA, s. 314

⁹⁷ Çocuğun mahkeme tarafından dinlenmesinin, çocuk açısından kişiliğine bağlı bir hak, mahkeme açısından ise dava aydınlatılması kapsamında bir yükümlülük olduğu yönünde bkz. AKKAYA, s. 316.

⁹⁸ AKKAYA, s. 320.

Yargıtayın da ayırt etme gücüne sahip küçüğün mahkemede dinlenilmesi gerektiği yönündeki uygulaması dikkat çekmektedir. Özellikle eşlerin birden fazla çocuğu bulunduğundan Yargıtayın kardeşlerin ayrılmasını ilkesini de gözettiği, hâkimin bu çerçevede çocuğu bizzat dinleyeceği ve görüşünü alacağına hükmettiği görülebilir. Hatta çocuğun bizzat dinlenmemesi eksik inceleme olarak değerlendirilerek bozma sebebi kabul edilmiştir⁹⁹. Çocuğun hangi yaşta görüşlerinin alınabileceği de Yargıtayın bir kararına konu olmuş, Mahkeme 14 yaşında bir çocuğun görüşlerini açıklama, düşüncelerini bildirme olgunluğuna eriştiğini kabul etmiştir¹⁰⁰.

Yargıtay'ın, özellikle boşanma kararı ile birlikte velayete ilişkin de hüküm kurulması durumunda, çocuğun dinlenilmesinin uluslararası sözleşmeler gereği bir zorunluluk olduğunu kabul ettiği söylenebilir. Çocuk, boşanma davasında taraf olmamakla birlikte, velayetin anne veya babadan birine verilecek olması nedeniyle menfaati etkilenen kişi konumundadır. Dolayısıyla çocuğun bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkını bizzat kullanması gerekir. Her ne kadar Yargıtay on yaş üzeri çocukların velayet hakkı ile ilgili olarak görüş bildirebileceklerini içtihat etmekteyse de daha küçük yaştaki ayırt etme gücüne sahip çocuğun dinlenebilmesinin de ilgili uzmanların vereceği karar ve hâkimin takdir hakkı çerçevesinde mümkün olduğu doktrinde savunulmaktadır¹⁰¹.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan ya da idrak yaşına gelmemiş bir çocuğun dinlenilmesi ise temsil kayyımı aracılığı ile yapılmalıdır. Doktrinde özellikle velayete ilişkin davalarda ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun menfaatinin korunması amacıyla çocuğa bir temsil kayyımı atanması gerektiği savunulmuş¹⁰², çocuğun yargılamada görüşlerini bildirmesinin de temsil kayyımı aracılığı ile gerçekleştirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır¹⁰³.

Velayetin boşanma davasından ayrı olarak kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğere verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi ise HMK m. 382/II-b-13 düzenlemesi uyarınca çekişmesiz yargı işidir. Bu konuyu aşağıda çekişmesiz yargıda çocuğun dinlenilmesine ilişkin açıklamalarımız kapsamında inceleyeceğiz.

⁹⁹ “Velayeti davacı babaya verilen ortak çocuk 2002 doğumlu ‘...’nin idrak çağında olduğu anlaşılmaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri gereğince, idrak çağındaki küçüğün ebeveynlerinden hangisinin yanında kalmak istediği konusunda hakim tarafından bizzat dinlenilerek görüşünün alınması, kardeşlerin ayrılmasını ilkesi de gözetilmek suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre ortak çocuk ‘...’nin velayetinin düzenlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay, 2. HD, T. 22.06.2017, E. 2017/2060, K. 2017/7969. Aynı yönde “Velayeti babaya verilen 11.10.2004 doğumlu ... idrak çağında olduğu anlaşılmaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri gereğince, idrak çağındaki küçüklerin ebeveynlerinden hangisinin yanında kalmak istediği konusunda hakim tarafından bizzat dinlenilerek görüşünün alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre velayetin düzenlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir”. Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 22.12.2016, E. 2015/21429, K. 2016/16338. Ayrıca bkz. ÖCAL APAYDIN / HIŞİM, s. 309-310; TAŞATAN, Caner: “Velayetin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Cilt 28, Sayı 1, s. 394; AK-ÇAAL, Mehmet: “Velayetin Değiştirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 1, s. 200

¹⁰⁰ Yargıtay, 2. HD, T. 10.04.2003, E. 2003/4021, K. 2003/5262. Bir diğer kararında Yargıtay, 12 ve 15 yaşındaki iki çocuğun velayetlerinin annelerine verilmesi konusunda uzmanlar tarafından çocukların dinlenmesi üzerine verilen rapora üstünlük tanımış ve velayete ilişkin kararın bu rapor esas alınarak verilmesi gerektiğine karar vermiştir: “Davacı, 31.12.2008 tarihinde kesinleşen boşanma kararı ile velayetleri davalıya bırakılan müşterek çocuklar Seda ve Efe’an’ın velayetlerinin kendisine verilmesi istemiyle dava açmış, mahkemece davanın reddine dair hüküm Dairemizin 26.12.2011 tarih ve 2011/12442 esas, 2011/23520 karar sayılı kararı ile onanmıştır. Müşterek çocuklardan Seda 1997 doğumlu, Efe’an ise 2000 doğumlu olup, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi uyarınca velayete ilişkin alınan uzman raporundan da anlaşıldığı üzere küçükler velayetlerinin annelerine verilmesini istemişler ve bilirkşi de küçüklerin velayetlerinin annelerine verilmeleri yönünde görüş bildirmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12., Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri de dikkate alınarak küçüklerin velayetlerinin annelerine verilmesi gerekirken, bu yöndeki talebin reddi doğru görülmemiştir. Ne var ki ilk inceleme sırasında bu husus gözden kaçırılmış olduğundan yukarıda açıklanan sebeplerle karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 26.12.2011 tarih ve 2011/12442 esas, 2011/23520 karar sayılı onama kararının kaldırılmasına, hükmün açıklanan sebeplerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir”. Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 05.04.2012, E. 2012/5038, K. 2012/8555. Kanaatimizce uzman aracılığıyla çocuğun dinlenmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde yer alan çocuğun dinlenilmesine ilişkin temel ilkelere uygun değildir. Çocuğun, kararı verecek olan hâkim tarafından bizzat dinlenmesi gerekir.

¹⁰¹ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1234.

¹⁰² TAŞATAN, s. 391. Benzer biçimde HOFFMAN / LÜSCHER, s. 76.

¹⁰³ TAŞATAN, s. 394.

3. Çekişmesiz Yargıda

a. İlgili Kavramı ve Hukukî Dinlenme Hakkı

Tıpkı çekişmeli yargıda olduğu gibi, çekişmesiz yargıda da hukuki dinlenme hakkına riayet edilmesi gerekir. Çekişmeli yargıdaki taraf kavramı, çekişmesiz yargıda yerini ilgili kavramına bırakır. Çekişmesiz yargı bakımından ilgili ise maddi anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili olmak üzere iki grupta incelenir. Şekli anlamda ilgili çekişmesiz yargı işinde talepte bulunan ve bu süreçte usûlî işlemler yapan kişidir. Şekli anlamda ilgilinin her zaman maddi anlamda da ilgili olması gerekmez. Maddi anlamda ilgili ise çekişmesiz yargı işi sonucunda verilecek karardan hukuki durumu etkilenecek olan kişidir. Bu çerçevede maddi anlamda ilgilinin mutlaka çekişmesiz yargı işinde talepte bulunan olması da gerekmez. Hukukumuz bakımından çekişmesiz yargıda esasen maddi anlamda ilgili kavramı kabul edilmektedir¹⁰⁴. Tıpkı çekişmeli yargıda dava ehliyetinde olduğu gibi çekişmesiz yargıda da talepte bulunanın iş ehliyetinin bulunması gerekir¹⁰⁵.

FamFG m. 7, çekişmesiz yargı işlerinde, hakları yargılamadan doğrudan etkilenecek kişiler ile resen ya da bu Kanun veya başka bir kanuna dayanılarak başvuruya dahil edilecek kişilerin ilgili olarak yargılamada yer alacaklarını düzenlemektedir. Doktrinde bu düzenlemenin şekli ilgili kavramına yaklaştığı savunulmaktadır. Anılan düzenlemenin ikinci ve üçüncü fıkralarında davet edilme usûlüne göre ilgililer sınıflandırılmış, ilgilinin davetinin zorunlu olduğu durumlarda mecburi ilgili, zorunlu olmadığı durumlarda ise ihtiyari ilgilinin söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Mecburi ilgili kavramına, kanun gereği yargılamaya davet edilmiş olmasına bakılmaksızın maddi anlamda ilgililer da dâhildir. Farklı bir ifade ile maddi anlamda ilgili, kanun gereği ortaya çıkabileceği gibi, çekişmesiz yargı işi sonunda hukuki durumu etkilenecek olanlar da maddi ilgili olarak yargılamaya katılacaklardır¹⁰⁶.

Çekişmesiz yargı işinde ilgilinin doğru tespit edilmesi, hukuki dinlenme hakkının da etkin kullanılmasında fonksiyon gösterir. Çekişmesiz yargı işinde kimlerin ilgili olduklarının tespit edilmesi, bu kişilerin yargılamaya zamanında katılıp menfaatlerini koruyabilmeleri bakımından da önem taşır¹⁰⁷. Karardan etkilenecek üçüncü kişilere yargılamaya katılma ve karara karşı hukuki yollara başvurma imkânı vermek hak arama hürriyetinin¹⁰⁸ ve buna bağlı olarak hukuki dinlenme hakkının bir gereğidir. Bu çerçevede hem yargılamaya katılan şekli anlamda ilgililerin hem de yargılamaya katılmadığı için şekli anlamda ilgili sıfatını almamış maddi anlamda ilgililerin hukuki dinlenme hakkı bulunmaktadır¹⁰⁹. Her ne kadar fer'i müdahale ve ihbarı kurumunun çekişmesiz yargıda uygulanması mümkün gözükmesede de¹¹⁰ hâkimin resen araştırma ilkesi gereği yargılamada yer almamış maddi ilgilileri de davet ederek dinlemesi gerektiği kanaatindeyiz¹¹¹.

Çocuğun dinlenilmesini gerektiren çekişmesiz yargı işleri, talep üzerine başlayabileceği gibi, velayetin kaldırılmasında olduğu gibi hâkim tarafından resen harekete geçmek suretiyle de başlatılabilir¹¹². Hâkimin resen harekete geçtiği hâllerde şekli anlamda ilgili çoğu zaman mevcut değildir. Zira

¹⁰⁴ ÖZEKES, *Hukuki Dinlenme Hakkı*, s. 268-269; ARAS, Aslı: *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 127-128.

¹⁰⁵ ARAS, s. 130.

¹⁰⁶ ARAS, s. 126.

¹⁰⁷ ARAS, s. 125.

¹⁰⁸ BUDAK, Ali Cem: *Medeni Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 111; ARAS, s. 134.

¹⁰⁹ ARAS, s. 136.

¹¹⁰ Fer'i müdahalenin çekişmesiz yargıya uygun olmadığı yönünde bkz. PEKCANITEZ / MERİÇ, s. 407; UMAR, s. 244; TANRIVER, s. 565. Çekişmesiz yargıya katılımın ne şekilde gerçekleşeceği yönünde Kanun'da bir açıklık bulunmadığından fer'i müdahaleyle ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. BUDAK, s. 115 vd.

¹¹¹ PEKCANITEZ / MERİÇ, s. 407.

¹¹² KURU, Baki: *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı Cilt II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1830; AKİL, Cenk: "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 4, s. 945-946; ÇELİK, Cemil: "Velayetin Kaldırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 54, Sayı 1, s. 281.

hâkim herhangi bir başvuru yapılmaksızın çekişmesiz yargı işini başlatmıştır. Bununla birlikte resen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde maddi ilgili kavramı daha net gözlemlenir. Örneğin hâkimin resen harekete geçtiği velayetin kaldırılmasında anne, baba ve çocuk çekişmesiz yargı işinin maddi ilgilisi konumundadır¹¹³.

İster talep üzerine isterse hâkim tarafından resen başlatılmış olsun, çekişmesiz yargı işlerinde ilgililerin hukukî dinlenilme hakkı vardır. Bununla birlikte maddi anlamda ilgililerin hukukî dinlenilme hakkını kullanmalarını sağlamak ancak onların yargılamaya şekli anlamda ilgili olarak da katılmalarına bağlıdır¹¹⁴.

b. Çocuğun İlgili Olduğu Çekişmesiz Yargı İşleri Bakımından Değerlendirme

Çocuğun çekişmesiz yargı işinde dinlenmesi, çocuğun bizzat talep sahibi olduğu hâllerde sözü olabileceği gibi, çocuğun talep sahibi olmamakla beraber karardan etkileneceği durumlarda ortaya çıkabilir.

Çocuğun talep sahibi olarak karşımıza çıkacağı bir hâl olarak ergin kılınma TMK m. 12¹¹⁵ (HMK m. 382/II-a-1) düzenlenmektedir. Anılan madde uyarınca on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. Çocuğun ergin kılınma yönündeki talebini mahkemeye yöneltmesi ile çocuk çekişmesiz yargıda şekli ilgili olur. Bunun yanında ergin kılınma ile ilgili çocuğun beyanının da alınması gerekmesi nedeniyle çocuk aynı zamanda maddi ilgili sıfatını da kazanır. TMK m. 12 velinin rızasını da aradığından çocuğun velisinin de maddi ilgili olarak yargılamada dinlenmesi gerekir¹¹⁶. Çocuğun ergin kılınma talebi hakkında dinlenmesi, şekli anlamda ilgili olması ve talebin doğrudan onun hukukî durumuna ilişkin olması yanında katılma hakkının da gereğidir.

Velayetin kaldırılması veya velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi de HMK m. 382/II-b-13'te çekişmesiz yargı işi olarak sayılmıştır. Çocuğun korunması kamusal bir nitelik arz ettiğinden, velayetin kaldırılması talebini çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişiminin tehlikede olduğunu gören herkesin talep edebileceği doktrinde savunulmuştur¹¹⁷. Yargıtay da bir kararında bu hususa işaret etmiş, velayetin kaldırılmasını veya çocuğun korunmasını gerektiren durumların mevcut olması hâlinde, hâkim istek üzerine veya resen gerekli tedbirleri almak zorunda olduğundan, velayetin kaldırılmasını isteme hakkının sırf ana ve babaya tanınan haklardan olmadığını, üçüncü kişilerin de bu yönde dava açma hakkına sahip olduklarını ifade etmiştir¹¹⁸. Velayetin kaldırılması talebini anne ya da babanın yapması hâlinde, kanaatimizce çocuk maddi ilgili olur. Çocuğun maddi ilgili olması sebebiyle yargılamada görüşünün alınması gerekmektedir¹¹⁹. Velayetin kaldırılmasına hâkimin resen karar vermesi de mümkündür¹²⁰. Bu ihtimalde velayetin kaldırılması, resen harekete

¹¹³ ARAS, s. 129.

¹¹⁴ ARAS, s. 74.

¹¹⁵ 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe giren 07.10.1994 tarihli Kanun ile ergin kılınmaya ilişkin İsvMK m. 15 düzenlemesi yürürlükten kaldırılmıştır. Maddenin yürürlükte olduğu dönemde verilen bir Federal Mahkeme kararında, ergin kılınmaya ilişkin başvuru veli tarafından yapılmış, küçük de yargılamada dinlenmiştir. Bkz. SJ 1971, s. 128. Aynı yönde SJ 1969 s. 219

¹¹⁶ “Dosya içinde mevcut Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğü’nün 19.09.2012 gün 2012/23084 sayılı raporunda, Ü. S. ’in fizik ve ruhsal yapısı itibari ile 1996 doğumlu, nüfus kaydına uygun gelişimli, halen 15 yaşını bitirmiş 16 yaşı içerisinde bulunan, bedensel, ruhsal bir hastalık bulgu veya belirtisi görülmediği, zeka geriliği belirtisine rastlanmadığı, psikolojik gelişiminin yaşı ile uyumlu olduğunun bildirildiği, velisi anne ve babanın duruşmada alınan imzalı beyanları ile kazai rüşt kararı verilmesine izin verdiklerini bildirmeleri karşısında küçük Ü. S. ’in da bu konudaki isteği zapta geçirilmek suretiyle, isteğinin olumlu olması durumunda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir”. Bkz. Yargıtay, 18. HD, T. 21.02.2013, E. 2012/13948, K. 2013/2247. Doktrinde Kuru, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan evlenmeye izin talebiyle görülen çekişmesiz yargı işinde çocuğun dava ehliyetine sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KURU, C. I, s. 1039-1040. Bu durumda çocuk hem maddi hem de şekli ilgili olarak hukukî dinlenilme hakkını bizzat kullanabilecektir.

¹¹⁷ ÇELİK, s. 281.

¹¹⁸ Yargıtay, 2. HD, T. 03.05.2000, E 2000/5501, K. 2000/ 5771.

¹¹⁹ Velayete ilişkin taleplerde, resen araştırma ilkesi gereğince hâkimin tarafların ya da idrak çağındaki çocuğun talebi olmaksızın kendiliğinden de çocuğu dinleyebileceği yönünde bkz. AKKAYA, s. 316.

¹²⁰ ÇELİK, s. 281.

geçilen bir çekişmesiz yargı işidir. Dolayısıyla hâkimin resen harekete geçtiği velayetin kaldırılmasında ana ve baba ile çocuk maddi ilgili durumundadır¹²¹. Her iki ihtimalde de yargılamada çocuğun dinlenilmesi, çocuğun katılma hakkını kullanabilmesi bakımından önem taşımaktadır¹²². Çocuğa temsil kayyımı atanmış olması durumunda dahi, hâkimin çocuğu bizzat dinlemesi katılma hakkının bir gereği olarak değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Hukukî dinlenilme hakkı, yargılama ile hukuki durumu etkilenebilecek kişilerin kendi hakları ile bağlantılı biçimde yargılama hakkında bilgi alma ve açıklama imkânına sahip olması, mahkemenin de tarafın yaptığı bu açıklamaları dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğüne ilişkindir. Hukukî dinlenilme hakkının özellikle bilgi alma ve açıklama unsurları, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de tanımlamasını bulan katılma hakkı ile birçok noktada örtüşür. Katılma hakkı en genel tanımıyla çocukların kendilerini etkileyen tüm konularda dinlenilme, görüşlerini özgürce ifade etme hakkı ile ifade, düşünce, örgütlenme ve bilgiye erişim özgürlüğü hakkını ifade eder. Katılma hakkı ile usûlî bir temel hak olan hukuki dinlenilme hakkının örtüştüğü nokta, çocuğun taraf veya hukuki durumu etkilenen üçüncü kişi konumunda olduğu yargılamalardır. Farklı bir ifade ile hukuki dinlenilme hakkı, çocuğa ilişkin yargılamalarda katılım hakkı olarak ortaya çıkar.

Çocuğun katılma hakkı bakımından hem ÇHKAS hem de ÇHS’de çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisine vurgu yapılmaktadır. Çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olması, çocuğun katılma hakkını bizzat kullanabilmesine imkân verir. Farklı bir ifade ile çocuk kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olmasa dahi katılma ve hukuki dinlenilme haklarına sahiptir. Kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olan çocuk bakımından ortaya çıkan fark, çocuğun doğrudan görüşlerini ifade edebilme imkânına sahip olmasıdır. Bununla birlikte kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olan çocuk dilerse katılım hakkını kanuni temsilcisi aracılığı ile de kullanabilir. Çocuğun hangi yaşta kendi görüşlerini ifade etme becerisine sahip olacağı bakımından ise somut olay bakımından değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Sınırlı ehliyetsizlerin doğrudan açamayacakları davalar dışında kalan davalarda kanuni temsilci ile temsil edilmesi gerekir. Hukukî dinlenilme hakkının da bu durumda kanuni temsilci nezdinde doğacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce kanuni temsilci aracılığı ile takip edilen bir dava söz konusu olsa dahi hâkimin ayırt etme gücüne ve kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olan çocuğu bizzat dinlemesi katılma hakkının gereğidir. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olsun olmasın, çocuğun menfaatini ilgilendiren, çocuğun kanuni temsilci aracılığıyla takip ettiği davalarda dahi katılma hakkı mevcuttur. Burada çocuğun kendi görüşlerini oluşturma becerisine sahip olması, çocuğun bu hakkı bizzat mı yoksa kanuni temsilcisi aracılığıyla mı kullanacağı noktasında ayırt edici olur.

Katılma hakkının çocuğun üstün menfaatini korumaya yönelik bir hak olması, çocuğun yargılamada dinlenilmesinin daha titiz biçimde gerçekleştirilmesini gerektirir. Örneğin çocuğun isticvabında, sadece isticvap davetiyesi ile yetinilmemeli, çocuğa isticvap öncesinde de isticvabın sonuçları hakkında bilgi verilmelidir. Çocuğun istinabe yolu ile dinlenilmesinden de mümkün olduğunca kaçınılmalı, kararı verecek hâkimin çocuğu SEGBİS yoluyla dinlemesi tercih edilmelidir. Çocuğun dinlenilmesinden önce çocuğun konu ile ilgili detaylı biçimde bilgilendirilmesi gerekmektedir.

¹²¹ ARAS, s. 129.

¹²² “Velayetin kaldırılmasına ilişkin davada, 25.1.1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesi gereğince küçüğün de dinlenilmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD, T. 06.03.2003, E. 2003/1779, K. 2003/2976; “velayetin kaldırılması istenen küçük A.1998 doğumlu olup halen davalı annesinin yanında öğrenim görmektedir. Çocuk, duruşmada dinlenmiş; annesinin yanında İstanbul’da kalmak istediğini açıklamıştır. Anayasa, yasalar ve çocuklarla ilgili tüm uluslararası sözleşmelerde “çocuğun üstün yararının” korunması gereği önemle vurgulanmıştır. Durumun değişmesi halinde çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uyandırılması gerekir. Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hakim resen dahi velayeti geri verebilir. (TMK.m.351)”. Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 13.03.2006 E. 2006/534, K. 2006/3240.

Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde de çocuğun karara etki edebilmesi bakımından katılım hakkının gözetilmesi gerekir. Benzer biçimde hâkimin resen harekete geçtiği ya da çocuğun şekli anlamda maddi ilgili olmadığı çekişmesiz yargı işlerinde de ilgililerin hukuki dinlenme hakkı korunacağından çocuğun, hukuki durumunun etkileneceği de göz önüne alınarak, dinlenilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl, s...).
- AKÇAAL, Mehmet: “Velayetin Değiştirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 1, s. 190-205.
- AKİL, Cenk: “Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 4, s. 923-970.
- AKKAYA, Tolga: *Medeni Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- AKTEPE ARTIK, Sezin: *Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ALFIERI, Anna Claudia: *Enlèvement International d’Enfants: Une Perspective Suisse*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016.
- ARAS, Aslı: *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usûl Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ATICI, Cansu: *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medeni Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- BUDAK, Ali Cem: *Medeni Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- CHABLOZ, Isabelle: “Art. 59-60, 150-153, 155-158 (avec Corinne Copt), Art. 6, 40-46, 52-58, 62-65, 154, 159”, (Ed.) CHABLOZ, Isabelle/DIETSCHY-MARTENET, Patricia/ HEINZMANN, Michel: *Petit Commentaire CPC*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021, s. 270-287. (PC CPC-CHABLOZ, Art..., §..)
- CORBAZ, Matthieu: *Les Mineurs Non Accompagnés en Droit d’Asile, Étude du Droit Suisse à la Lumière du Droit International des Droits de l’Enfant*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2019.
- ÇELİK, Cemil: “Velayetin Kaldırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 54, Sayı 1, s. 255-309.
- DIETSCHY-MARTENET, Patricia: “Art. 7, 9-13, 17-18, 20-22, 26-27, 31, 33-39, 83, 113-116, 295-304, 307a”, (Ed.) CHABLOZ, Isabelle / DIETSCHY-MARTENET, Patricia. / HEINZMANN, Michel: *Petit Commentaire CPC*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021, s. 1137-1369. (PC CPC- DIETSCHY-MARTENET, Art..., §..)
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- EĞİLMEZGİL, Sena Gözde: “Babalık Davası”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2020, Cilt 3, Sayı 1, s. 136-175.
- ELGÜN TOĞRUL, Emel Şeyda: *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GAURON-CARLIN, Sabrina: “Les Procédures de Première Instance”, (Ed.) REISER, Anne / GAURON-CARLIN, Sabrina: *La Procédure Matrimoniale, Regard Croisés des Praticiens sur la Matière - Tome 2*, Schulthess, Zürich, 2019, s. 159-180.
- GÖRGÜN, Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usûl Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- HOFFMAN, David / LÜSCHER, Christian: *Le Code de Procédure Civile*, 2e Édition, 2015, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015.
- KALABALIK, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KILIÇOĞLU Ahmet: *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: “Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2004, Cilt 53, Sayı 3, s. 1-17.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (C. I).
- KURU, Baki: *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı Cilt II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY Özdemir, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1219-1242.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar / HIŞIM, Selin: “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı”, (Ed.) MAKARACI BAŞAK, Aslı / ÖKTEM ÇEVİK, Seda / TEK, Gülen Sinem: *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 285-323.
- ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukukî Dinlenilme Hakkı).
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- PEKCANITEZ, Hakan / MERİÇ, Nedim: *Medeni Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 753-791.
- POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY Sümer: *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- PRADERVAND-KERNEN, Maryse: “La Position Juridique de l’Enfant dans la Procédure Civile, à l’Aune de Quelques Questions Particulières”, *FamPra.ch*, 2016, s. 338-368.
- RECHBERGER, Walter H.: “Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorunlar”, (Çev.) YILDIRIM, M. Kamil: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 61-74.
- SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk/Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- TAHİROĞLU, Fatih: *Medeni Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53, s. 191-215 (Adil Yargılanma Hakkı).
- TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- TAŞATAN, Caner: “Velayetin Değiştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Cilt 28, Sayı 1, s. 387-406.
- TERCAN, Erdal: *Medeni Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.
- THÉVENAZ, Alain: “Art. 29-30 CC”, *Commentaire Romand Code Civile*, (Ed.) PICHONNAZ, Pascal / FOËX, Bénédicte: *Commentaire Romand Code Civile, Art. 1-359 CC*, Helbing Lichtenhahn, Bale, 2010, s. 314-332. (CR CC I, THÉVENAZ, Art...§...)
- TOPAK, Süleyman: *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

- WERRO, Franz / SCHIMIDLIN, Irène: “Art. 1, 16-19 CC”, (Ed.) PICHONNAZ, Pascal / FOËX, Bénédict: *Commentaire Romand Code Civile, Art. 1-359 CC*, Helbing Lichtenhahn, Bale, 2010, s. 192-210. (CR CC I, WERRO/SCHIMIDLIN, Art...§...)
- YILMAZ, Ejder: “‘Çocuk Hakları’ Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, s. 819-841 (Çocuk Hakları).
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt III*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (C. III).
- ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre: *Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.