

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN KENDİ GÖRÜŞLERİ DOĞRULTUSUNDA EĞİTİMİNİ BELİRLEME HAKKI



YRD. DOÇ. DR. H. BURAK GEMALMAZ*

I) Giriş

Son yirmi yıldır, ulusalüstü insan hakları hukukunun (UİHH) çocuk hakları ile daha meşgul olduğu gözlemlenmektedir. 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesinin (**ÇHS**) kabulüyle spesifik nitelikli ve bağlayıcı bir ulusalüstü belgeye kavuşan yeni çocuk hakları anlayışı, uygulamada giderek çocuk merkezli bir doğrultuya girmiştir. Bu hukuki gelişmelerin arkaplanında da, çocuk ve çocukluk kategorileri hakkında diğer bilimsel disiplinler bağlamında yapılan çok sayıda araştırma bulunmaktadır. Özellikle perspektif farklılığı getiren bu yeni yaklaşımlar sayesinde 21. yüzyıl insanının çocuk ve çocukluk algısı köklü değişikliklere uğramıştır.

Gerçekten gerek ulusal hukuklardaki çocukları ilgilendiren düzenlemeler gerekse de UİHH'nin çocuk haklarına bakışı, bu arkaplandan nasibini almıştır. Bırakınız spesifik belgeler hazırlanmasını, genel nitelikli insan hakları belgeleri bile çocuk hakları perspektifinden yorumlanmaya başlanmıştır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi. Bu Çalışma yazarın 25-27 Şubat 2011 tarihinde düzenlenen 1. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi'nde sunduğu tebliğin yeni kararlar ve literatür eklenerek güncelleştirilen ve geliştirilen versiyonudur.

Ancak çocuk haklarının gündeme gelmesi bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Hitap ettiği kategori (çocuk), alışıldık kategorilerden farklı olduğundan, klasik UIHH'nin ilke ve kuralları çocuk haklarını kurumsallaştırmakta yetersiz kalmıştır. Zira UIHH "yetişkin" temelli bir paradigmaya sahiptir. İnsan haklarının ilk kez kurumsallaştığı Aydınlanma evresinden 21. yüzyıla kadar UIHH hep yetişkinlerin haklarına odaklanmıştır.¹ UIHH'nin bağlamı yetişkinler olduğu için, çocukların spesifik nitelikli "taleplerine" veya "ihtiyaçlarına" yeterli duyarlılıkta cevap verebildiği söylenemez.

O kadar ki, UIHH'nin temel ilişkisi olan devlet-birey gerilimi, çocuk hakları söz konusu olduğunda yerini ebeveyn-çocuk gerilimine bırakmıştır. Devlete/siyasi iktidara karşı güçsüz pozisyonundaki yetişkin bireyi korumak amacıyla kurumsallaşan bir hukuk disiplinin ilke ve kurallarının, o yetişkinler karşısında zayıf pozisyonunda olan çocukların taleplerini layıkıyla koruması zaten beklenemez. Elbette çocuk hakları söz konusu olduğunda ebeveyn-devlet gerilimi ile çocuk-devlet gerilimini de ihmal etmemek gerekmektedir. Ancak bu gerilim, zaten mevcut UIHH paradigması kapsamındadır. Çocuk haklarının odaklaştığı asıl mesele, çocuğun yetişkinler karşısında korunmasıdır.

İşte bu sebeple, uzun bir evrimsel süreç sonunda² 1989 tarihinde ÇHS, bütün bu gerilimleri yansıtarak BM Genel Kurulunca kabul edilmiştir.³ Ne tam anlamıyla çocuk haklarını koruyan ne de devletin ve ebeveynlerin çocuk-

1 Aynı süreç, kadınları, cinsel oryantasyon talepleri heteroseksüel çoğunluktan farklı olanları vb. kategorileri de uzun zaman dışlamıştı. Söz konusu kategoriler, uzun mücadeleler sonrası ancak 20. yy. sonlarında UIHH dizgesinde yerlerini alabilmiştir.

2 Bu süreç hakkında bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay., 7. Baskı, 2010, İstanbul, sf: 660-664.

3 "Çocuk Hakları Sözleşmesi" Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 44/25 sayılı ve 20/11/1989 tarihli Kararıyla kabul edilmiş ve 02/09/1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz. **Human Rights: a Compilation of International Instruments, Volume I (First Part)**, sf: 174-195. ÇHS'nin Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, II. Cilt – Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:593-627. Türkiye ÇHS'yi 14/09/1990 tarihinde imzalamış, ardından 09/12/1994 tarih ve 4058 sayılı "Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" çıkarılmış (RG. 11/12/1994, s.22138) ve Bakanlar Kurulunun 23/12/1994 tarih ve 94/6423 sayılı Kararı ile Sözleşmenin çekinceyle onaylanması kararlaştırılmıştır. Türkiye, ÇHS'nin onaylandığına dair belgeyi 04/04/1995 tarihinde depo etmiş ve ÇHS Türkiye bakımından 04/05/1995 tarihinden itibaren yürürlüğü girmiştir.

lar karşısındaki iktidarını kurumsallaştıran **ÇHS**, ilk örnek olarak bir geçiş dönemini simgelemektedir.⁴ **ÇHS** bir yandan çocukların taleplerini “haklaştırmak” diğer yanda bunu ebeveynlerin görev ve yetkileriyle sınırlamıştır. Kısım farklı bir perspektifle üretildiği için UIHH’nin klasikleşmiş hak sınıflamalarından farklı bir sınıflama içermektedir. **ÇHS**’de yer alan haklar şöyledir:

Yaşam hakkı, yaşama ve gelişme hakkı (md.6); isme, vatandaşlığa ve ebeveyn bakımına hak (md.7); kimlik hakkı (md.8); Aileye ilişkin haklar (md.9, 10); yasa dışı olarak yurt dışına çıkarılmama hakkı (md. 11); ifade özgürlüğüne ilişkin haklar (md.12, 13); düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (md. 14); örgütlenme ve toplanma özgürlüğü (md.15); özel yaşamın gizliliği (md. 16); istismara ve ihmale uğramama hakkı (md.19); aile dışı bakıma hak (md.20); mülteci çocukların hakları (md. 22); engelli çocukların hakları (md.23); sağlığa ilişkin haklar (md.24, 25); sosyal güvenlik hakkı (md.26); yeterli bir yaşam standardına hak (md.27); eğitime ilişkin haklar (md.28, 29); azınlık çocukların hakları (md.30); dinlenme ve oyun hakkı (md.31); ekonomik, cinsel ve her türlü sömürüye karşı korunma hakkı (md.32, 34 ve 36); uyuşturuculardan korunma hakkı (md.33); kaçırılmama ve satılmama hakkı (md. 35); işkence görmeme ve kötü muameleye uğramama, ölüm cezasına ve ömür boyu hapis cezasına çarptırılmama ve kişi özgürlüğü hakkı (md.37); silahlı çatışmadaki çocukların hakları (md.38); kanunsuz suç ve ceza olmazlık, adil yargılanma hakkı, çocuk adaletine ilişkin haklar (md.40).

Görüldüğü üzere, **ÇHS**’de medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar aynı anda yer almaktadırlar. Sözleşme bundan başka, in-

4 **ÇHS**, Başlangıç kısmını izleyen III ana bölüm altında toplam 54 maddeden oluşan bir metindir. Bölüm I çocukların haklarını ve bunları gerçekleştirmek için Devletlere düşen yükümlülükleri gösteren bölümdür. **ÇHS**’ye göre, Sözleşmede düzenlenen haklardan yararlanacak çocuk, 18 yaşın altındaki her insandır (md. 1). **ÇHS**’ye hakim olan en önemli ilke “*çocuğun en yüksek derecede menfaati* (best interest of the child)”’dir. Çocuğun en yüksek derecede menfaati çocuklarla ilgili olan bütün eylem ve işlemlerde gözetilecek temel kavramdır (md. 3). **ÇHS**’de bütün Taraf Devletlere genel ve objektif yükümlülükler yükleyen bir düzenleme de bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, Taraf Devletler **ÇHS**’de tanınan hakların uygulanması için gerekli her türlü yasal, idari ve diğer tedbirleri alma sorumluluğu altına girmişlerdir (md. 4).

sancıl hukuka ilişkin genel yollama ve yükümlülük verir nitelikte bir normu da bünyesinde barındırmaktadır. Bu haklar, mümkün mertebe, çocukların özel durumları göz önünde tutularak kaleme alınmıştır.⁵ Haklar listesi daha farklı sınıflamalar yapmaya da el vermektedir. Örneğin LeBlanc, Sözleşmede düzenlenen hakları yaşam/yaşamı sürdürme (survival), toplum üyesi olma (membership), koruma/korunma (protection) ve karar verme erki hakları (empowerment) olarak sınıflamaktadır. Buna göre, yaşam, yaşama, sağlık ve yeterli bir yaşam standardı yaşam/yaşamı sürdürme hak kategorisini oluşturur. Bu şekilde bir sınıflama, medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, kültürel ve sosyal haklar arasındaki ayrılmaz bağlara dayanmaktadır. Aynı yaklaşıma göre, yaşam/yaşamı sürdürme hakları birey toplum içerisinde yaşadığından yeterli değildir. Dolayısıyla toplumun üyesi olmakla çocuk bazı haklara sahip olmalıdır. Bunlar arasında ayrımcılığa uğramama, isme, vatandaşlığa hak, aile içindeki haklar girer. LeBlanc'ın yaklaşımındaki üçüncü hak kategorisi koruyucu haklardır. Bu haklar içine sömürünün her biçimine karşı korunma, kaçırılmaya ve ticari meta olarak kullanılmaya karşı korunma ve silahlı çatışmalar da korunma girmektedir. Koruyucu haklar, çocukların zayıf oldukları ve kendilerini korumaktan, en azından belli konularda, aciz oldukları kabulüne dayanır. Nihayet karar verme erki hakları kişinin kendisi ile ilgili konularda dinlenmesine ve kendi tercihlerini yapabilmesine ilişkin hakları içerir. Bu hak kategorisi her bireyin, çocuklar dahil, özerk olduğu ve bir kişiliğe sahip olduğu kabulünden hareketle oluşturulmuştur. Bu hak kategorisi içine, din, düşünce ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile eğitim hakkı⁶ girer.⁷

5 Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2010*, sf: 674.

6 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile kurulan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi de, eğitim hakkı üzerine ürettiği 13 No'lu Genel Yorumda, eğitimi karar verme hakları manzumesinin bir parçası olarak mütalaa etmektedir. **General Comment No.13** (The Right to Education), para. 1 (twenty first session, 1999, para.41, UN doc. E/2000/22, sf:111-127).

7 Lawrence J. LeBlanc, *The Convention on the Rights of the Child*, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 1995, sf:65-182. Çocuk haklarının daha farklı bir sınıflaması için bkz. Bob Franklin, "Giriş", *Çocuk Hakları*, ed. Bob Franklin, çev. Alev Türker, Ayrintı Yay., Şubat 1993 (orijinal 1986), İstanbul, sf: 30-33. Yakından incelendiğinde bu hak kategorilerinin iç içe geçtiği görülebilir. Örneğin, yaşam/yaşamı sürdürme hakları hak kategorisi içindeki haklar aynı zamanda koruyucu hak kategorisi içinde de değerlendirilebilir. Yine, kendini gerçekleştirmeyi, hayat hakkında kendi

İşte spesifik olarak çocuk hakları perspektifinden yapılan yukarıdaki hak sınıflamasından anlaşılabileceği üzere, çocukların özerk birer birey oldukları kabul edildikçe çocuk hakları ile ebeveynlerin çocuk üzerindeki yetkileri arasında büyük bir gerilim doğmaktadır. Velayet kurumuna dayanan ebeveynlerin yetkileri, çocuğun inancından oyununa bütün hayatını etkilemenin yanı sıra, özellikle çocuğun nasıl bir eğitim alacağını, hangi dersleri göreceğini ve hangi okula gideceğini de içermektedir.⁸ Çocukluk⁹ hayatının büyük çoğunluğunu “okul” veya benzeri bir eğitim kurumunda geçirecek modern şehirli çocuk için nasıl bir eğitim alacağı, hangi müfredata tabi tutulacağı, ne giyeceği ve hangi “okula” gideceği hayati önemde bir konudur. Bu konuda özerk birey olduğu kabul edilen çocuğun, bir aktör olarak fikri olmaması, en azından belirli bir yaştan sonra, düşünülemez. Bu durumda ele alınması gereken hukuki problem, çocukların eğitimlerinin türü ve niteliğini seçme hakkı bulunup bulunmadığında odaklaşmaktadır.

Gerçekten de çocukların alacakları eğitimin kanaatleriyle uyumlu olmasına karar verme veya en azından bu konudaki karar sürecine katılma haklarının olup olmadığı ve bu konuda ebeveynlerinin görüşleriyle muhtemel bir tartışma halinde kimin görüşleri doğrultusunda bir çözüme gidileceği meselesi, çocukların haklarının bilincine varmasıyla giderek güncellenen bir konudur.¹⁰ Bu Çalışmada sorun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹¹ özelinde in-

düşüncelerini oluşturabilme imkanı verdiğinden karar verme erki hakları kategorisinde yer alan eğitim hakkı, toplum üyesi olma hakkı kategorisinde de yer alabilir.

- 8 Genel olarak bkz. Ursula Kilkelly, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, United Kingdom, 1999, sf: 133.
- 9 Bilindiği üzere, gerek ulusal hukukların büyük çoğunluğuna gerekse de ÇHS’ye göre, aksi özellikle öngörülmediği müddetçe 18 yaşın altın’daki herkes çocuktur. Bu durumda çocukluk evresi 18 yaşın başlangıcına kadar süren dönemi kapsamaktadır.
- 10 Ayrıca bkz. Neville Harris, “*Empowerment and State Education: Rights of Choice and Participation*”, *Modern Law Review*, No. 68(6), 2005, sf:925-957, özellikle 933-934; Laura Lundy, “*Family Values in the Classroom? Reconciling Parental Wishes And Children’s Rights in State Schools*”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol.19, 2005, sf:346-372, özellikle 357-359 ve 361-365; Mieke Verheyde, “*Participation At School*”, *Participation Rights of Children*, F. Ang et al., Intersentia, Antwerpen, 2006, sf:181-198, 182.
- 11 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma’da kabul edilip imzaya açılan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi” (No.005, “*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”), 03/09/1953 ta-

celenecektir. Zira **ÇHS** konuya ilişkin ilkesel düzeyde bazı düzenlemeler içermekle birlikte, gerek zikredilen Sözleşmenin denetim mekanizmasının bireysel başvurulara hali hazırda cevaz vermemesi, gerekse de uygulamada karşılaşılan sorunların ilkesel düzeydeki düzenlemelerle çözülmesindeki güçlük, konunun bir yargı organı kuran insan hakları belgesi açısından incelenmesini gerektirmektedir. Hem eğitim hakkına hem de inanç özgürlüğüne yer vermesi ve çocuklar tarafından da kullanılabilen bir yargı organına (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi – AİHM) sahip olması nedeniyle AİHS, bu inceleme için elverişli zemini sağlamaktadır.

II) Sorunun AİHS Bağlamında Ortaya Koyuluşu

Genel olarak ulusal hukuklardaki velayet kurumu sebebiyle ebeveynler çocuklar üzerinde iktidara sahiptir. Velayet “kural olarak küçüklerin, istisnai hallerde kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması için, onların şahısları ve malları üzerinde ana babanın sahip oldukları görev, yetki ve hakların tümüdür”.¹² Velayet hakkını (*custody*) kural olarak ana baba haizdir. Süreyle bağlı olan velayet, yine kural olarak, çocuğun ergenliğine dek devam eder.¹³ Velayet hakkı ve görevi çocuğun kişiliği ve malları üzerinde kurulur. Velayetin çocuğun kişiliği üzerinde ana babaya sağladığı haklar arasında çocuk üzerinde egemenlik, çocuğun ikametgâhının belirlenmesi, çocuğun adı ve vatandaşlığı, çocuğun temsili, çocuğun eğitimi, çocuğun itaate zorlanması sayılabilir. Esasında, “velayet hakkı” kavram olarak paternalist bir yaklaşımın ürünüdür ve

rihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS’ni 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”u çıkartarak onaylamıştır, (RG, 19/03/1954, s. 8662). Aynı Resmi Gazetede, Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve orijinal metni yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. AİHS’in serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri**, . Cilt I – Bölgesel Sistemler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf: 5-27.

- 12 Kemal Oğuzman-Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, 1994, İstanbul, sf: 272. Benzeri tanımlar için bkz. Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, sf: 150; Turgut Akıntürk, **Aile Hukuku**, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara, 1996, sf: 342; Selma Baktır Çetiner, **Velayet Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 2000, sf: 30.
- 13 Oğuzman-Dural, a.g.e., sf: 273; Akıntürk, a.g.e., sf: 344, Serozan, a.g.e., sf: 151; Çetiner, a.g.e., sf: 34.

çocukların kendi kararlarını alamayacakları kadar zayıf oldukları varsayımına dayanır.¹⁴ Bugün artık bu kavram eleştirilmekte ve velayet kavramı yerine bazı çevrelerce “ana-babanın bakım ve koruma sorumluluğu (*parental responsibility*)” ile “yol gösterme ödevi (*guidence*)” kavramları kullanılmaktadır.¹⁵ Bu perspektiften bakıldığında **ÇHS** metninde velayet kavramına yer verilmemiş olması manidardır. **ÇHS**’de, “ebeveynlerin sorumlulukları, hakları ve ödevleri” ibaresi kullanılmıştır. **ÇHS** Madde 12’de yer alan çocuğun katılım hakkı da, velayetin ebeveyn bakımından salt bir haktan müteşekkil olmadığına işaret etmektedir.

Artık değişmeye başlayan klasik velayet anlayışında, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda karar verme veya en azından görüş açıklama hakkıyla, ebeveynlerin çocuk hakkında karar verme hakları arasında gerilim doğmaktadır. Bu gerilimin bir görünümü, çocukların nasıl bir eğitim alacakları konusundaki karar verme erkleri ile ebeveynlerin yetkilerinin çatışmasıdır. Günümüzde özellikle Türkiye gibi ülkelerde birer test canavarı ve yarış atı haline getirilen, hiçbir biçimde benimsemediği bir eğitime ebeveyn zoruyla maruz bırakılan çocuklar için eğitimlerinin niteliği hakkında görüş açıklama ve tercihte bulunabilme hakkı, giderek daha önemli hale gelmektedir. Daha da somutlar isek sorun, çocukların alacakları eğitimin felsefi ve dini inançlarıyla/kanatleriyle uyumlu olmasına karar verme veya en azından bu konudaki karar sürecine katılma haklarının olup olmadığı ve bu konuda ebeveynlerinin görüşleriyle muhtemel bir çatışma halinde kimin görüşleri doğrultusunda bir çözüme gidileceğinde odaklaşmaktadır.

Çocukların katılım hakkı, karar verme erki hak kategorisi içinde yer almaktadır. Bu hak kategorisi içinde yer alan haklar, kişinin kendisi ile ilgili konularda dinlenilmesine ve kendi tercihlerini yapabilmesine ilişkin hakları içermektedir. Bu hak kategorisi çocukların özerk kişiliğe sahip olduğu varsayımına dayanarak oluşturulmuştur¹⁶ ve çocukların genellikle ebeveynin ta-

14 Paternalist yaklaşımın gerekçeleri ve eleştirisi ile kısmen ve sınırlı olarak kabulü için bkz. Tamar Schapiro, “*Childhood and Personhood*”, *Arizona Law Review*, Vol.45, 2003, sf: 575-594.

15 Genel olarak bkz. Serozan, a.g.e., sf: 150; İngiliz hukuku özelinde bkz. Lundy, a.g.m., sf: 357.

16 Genel olarak özerklik ve çocuk hakları ilişkisine dair yorumlar için bkz. Shauna Van Pra-

sarruflarıyla/tercihleriyle çatışan haklarına denk düşmektedir. Din, düşünce ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, örgütlenme hakkı ve eğitim hakkı karar verme erki hak kategorisi içinde yer alan haklardandır.¹⁷ Bu açıdan bakıldığında, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüş açıklama, karar verme ve tercihte bulunmak hakkı ile ebeveynlerin yetkilerinin çatışmasının aslında çok geniş boyutlu temel nitelikte bir sorun olduğu gözlemlenmektedir.

Her ne kadar, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüş açıklama, karar verme ve tercihte bulunmak hakkı geniş boyutlu bir meseleyse de, burada sadece çocuğun eğitimini tercih hakkı açısından incelenecektir. Tersinden ifade edecek olursak inceleme, ebeveynlerin çocukları, onların fikrini almadan veya alsa bile bu fikri umursamadan, istedikleri şekilde eğitim almaya zorlayabilip zorlayamayacaklarında odaklaşmaktadır.

ÜİHH, çocuğun kendi kanaatleri, inançları ve tercihleri doğrultusunda eğitim görme hakkı konusunda sessizdir. Buna karşılık, ebeveynlerin çocuklarının alacağı eğitimin kendi felsefi inanç ve kanaatleriyle uyumlu olmasını talep etme hakları bulunmaktadır.¹⁸ ÜİHH'nin bu tercihi, Çalışmanın Giriş kısmında açıklanan paradigmadan kaynaklanmaktadır. Çocukların sahip oldukları özerkliğin derecesi de yetişkinler kadar olmayınca, paternalist bir anlayışla ebeveynler çocuklarının nasıl bir eğitim alacağına karar verebilir ancak çocukların bu konuda bir söz hakkı yoktur.

III) Ebeveynlerin Çocuklarının Eğitimlerini Kendi Görüşleri Doğrultusunda Belirleme Hakkı

A) Genel Esaslar

ÜİHH'de ebeveynlerin çocuklarının alacağı eğitimin kendi felsefi inanç, görüş ve kanaatleriyle uyumlu olmasını talep etme hakları bulunduğu söylen-

agh, "Adolescence, Autonomy and Harry Potter: The Child As Decision Maker", *International Journal of Law in Context*, 2005, Vol. 1, No. 4, sf: 335-373.

17 Bkz. LeBlanc, a.g.e., sf: 65-182, özellikle 157-182.

18 Örneğin bkz. Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin Madde 26; BM MSHS'nin Madde 18/4; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Madde 12/4; Din ya da İnanca Dayanan Her Biçimiyle Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi Madde 5/1-2 (Dikkati çekilmelidir ki, buradaki hüküm kısmen çocuğun hakkıdır; diğer belgelerdeki benzer hükümler ise sadece anne babanın).

mişti. Kanaatimizce, çocuk haklarıyla doğrudan çatışan bu düzenlemenin niteliğini ve boyutlarını açıklığa kavuşturmakta fayda bulunmaktadır. Bu işe, kısa da olsa **AIHS** sisteminde eğitim hakkının niteliği üzerinde durarak başlamak Çalışmanın amaçları bakımından yerinde bir metot olacaktır.

Sözlüklerde eğitim, "...bilgi aşıl原因 ve bilgiyi yönlendiren ideolojiler, müfredat programları ve pedagojik teknikler ile kişiliklerin ve kültürlerin toplumsal bakımdan yeniden üretilmesi..."¹⁹ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım esas alındığında, hem bireysel açıdan hem de kolektif açıdan eğitim hakkının kültürel nitelikte bir hak olduğu değerlendirilmesi yapılabilir. Nitekim doktrinde Nowak, eğitim hakkının bütün diğer hak kuşaklarından izler taşıyan kültürel bir hak olduğu fikrini savunmaktadır.²⁰ Ancak eğitim hakkının **AIHS** sistemindeki unsurları, bütünüyle kültürel hak anlayışını yansıtmamaktadır. Eğitim hakkı **AIHS**'in 1. Protokolü'nün 2. maddesinde (**P1-2**)²¹ düzenlenmiştir. Madde şöyledir:

Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamayacaktır. Devlet, eğitim ve öğretim ile ilgili olarak üstlendiği herhangi bir görevin yerine getirilmesinde, anne-babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dinsel ya da felsefi kanaatlerine uygun nitelikte olmasını temin etme hakkına saygı gösterecektir.²²

19 Gordon Marshall, "Eğitim Sosyolojisi," *Sosyoloji Sözlüğü*, Çev. Osman Akınhay, Derya Kömürcü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2005, sf: 174.

20 Manfred Nowak, "The Right to Education," *Economic, Social and Cultural Rights*, (Ed. by.) Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001 (2nd Revised Edition), 2001, sf: 245-271, 252. Ayrıca bkz. Mieke Verheyde, *Participation At School*, sf: 183; Emine Akyüz, *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, Milli Eğitim Bakanlığı Yay., Ankara 2000, sf: 396-430; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, Pegem Akademi, Eylül 2010, Ankara, sf: 228-256.

21 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1" (No.009, "Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention"), 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **AIHS Protokol No.1**'in Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, 1. Cilt – Bölgesel Sistemler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf: 151-154.

22 Türkiye bu hükme bir çekince koymuştur. Türkiye'nin çekincesine göre, "İnsan Haklarını

P1-2, eğitim hakkının iki farklı unsurunu bünyesinde barındırmaktadır. Birinci unsur bireye eğitim hakkı tanımakta; ikinci unsur ise ebeveynlerin çocuğun alacağı eğitimin niteliğini belirleme hakkı vermektedir. Negatif bir formülasyonla kaleme alınan eğitim hakkının temel amacı herkesin bir eğitim kurumuna girebilmesini sağlamaktır. Eğitim hakkının “eğitim alanın, aldığı eğitimden yarar sağlama imkanına sahip olması” ve “tamamladığı çalışmaların/öğrenimin (studies) resmi olarak tanınması” imkanlarını içermesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.²³ Doktrinde ifade edildiği üzere, hükmün ilk amacının eğitim faaliyetlerine eşit olarak katılma hakkı olduğu söylenebilir.²⁴ Fakat bu hak Devletlere belli bir biçimde ve derecede eğitim kurumu açma yükümü yüklemeyiz; var olanlara girmenin engellenmemesi yükümünü içerir. Bugün eğitim hakkının en azından üniversite seviyesindeki eğitimi kapsadığı içtihat haline gelmiştir.²⁵

Eğitimi, müfredattan disiplin yaptırımlarına kadar düzenleme görevi ve yetkisi de taraf devletlerin üzerindedir. Bununla birlikte eğitim sürecindeki devletin bu yetkisi Sözleşmede düzenlenen diğer hakları ihlal edici nitelikte düzenleme yapmayı içermez.²⁶

ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine Ek Protokolün ikinci maddesi, 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlal etmez.” Bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, sf: 980-981.

23 *Orsus and Others v. Croatia*, GC Judgment of 16 March 2010, para. 146.

24 Kilkelly, a.g.e., sf: 63.

25 *Leyla Şahin v. Turkey*, GC Judgment of 10 November 2005; *Mürsel Eren v. Turkey*, Judgment of 7 February 2006.

Burada bir not olarak eklenmelidir ki Strasbourg organlarının eski içtihadında, eğitim hakkının sadece ilköğretimi kapsadığı ve fakat ileri seviyedeki eğitimi kapsamadığı belirlenmişti (bkz. *Kemal Yanaşık v. Turkey*, Admissibility Decision of 6 January 1993, **D.R.**, 74, sf: 14-28, 27; *Sulak v. Turkey*, Admissibility Decision of 17 January 1996, **D.R.**, 84-A, sf: 98-100, 99.).

Uzun yıllar etkisini sürdüren bu içtihat, doktrindeki eleştirilerin (Pieter van Dijk - Fried van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Kluwer Law International, the Netherlands, 1998 (Third Edition), sf: 651; D. J. Harris - M. O’Boyle - C. Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, Butterworths, Printed in Great Britain, 1995, sf: 541; Malcolm D. Evans, **Religious Liberty and International Law in Europe**, Cambridge University Press, 1997, sf: 344-345) de etkisiyle Türkiye’ye karşı yukarıda zikredilen iki önemli davayla değişti.

26 *Campbell and Cosans v. United Kingdom*, Judgment of 25 Februray 1982, Series A No.48; *Folgero and others v. Norway*, GC Judgment of 29 June 2007, para. 84; *Hasan and Ey-*

Eğitim hakkı içerisindeki diğer hak kategorisi olan ebeveynlerin²⁷ felsefi ve dini inançlarına saygı duyma yükümlülüğü Mahkeme tarafından “eğitimde çoğulculuk” olarak kavramsallaştırılmıştır. Eğitimde çoğulculuk da, yine Mahkemeye göre, “demokratik toplumun korunması için temel” niteliktedir.²⁸ Bu hüküm Sözleşmeye çocukların beyninin belli bir görüş doğrultusunda yikanmasının önlenmesi için koyulmuştur. Maddede geçen “felsefi inanç” terimi Sözleşmenin 10. Maddesinde düzenlenmiş bulunan “görüş ve düşünce” terimleri ile aynı anlamda olmayıp, Sözleşmenin 9. Maddesinde düzenlenen “kanaat” terimine yakındır. Bununla birlikte, bu terim yalnız demokratik bir toplumda saygıyı hak edecek görüşleri kapsar ve insan onuru ile çocuğun temel eğitim hakkına aykırı olamaz.²⁹ Ebeveynlerin felsefi ve dini inançlarına saygı duyma yükümlülüğü bağlamında değinilmesi gereken bir nokta da eğitim ve öğretim terimleri arasındaki farktır. Mahkemeye göre eğitim, bir toplumda büyüklerin/yetişkinlerin inançlarını, kültürlerini ve diğer değerlerini gençlere/küçüklere aktarmaya çalışması sürecinin tümüdür; öğretim ise özellikle bilginin aktarılması ve entelektüel gelişme anlamına gelmektedir.³⁰

P1-2'ye dönersek, Maddede geçen “inanç (conviction)” terimi Sözleşmenin 10. Maddesinde düzenlenmiş bulunan “görüş ve düşünce” terimleri ile aynı anlamda olmayıp, Sözleşmenin 9. Maddesinde düzenlenen “kanaat (belief)” terimine yakındır.³¹

Strasbourg organları, ebeveynlerden gelecek görüşlerin ve açıklamaların Sözleşmenin koruduğu felsefi ve dini inanç/kanaat kategorileri kapsamın-

lem Zengin v. Turkey, Judgment of 9 October 2007, para.51; *Grzelak v. Poland*, App. No. 7710/02, Judgment of 15 June 2010, para. 104.

27 Hükümde geçen bu ifadeyi, velayet hakkı sahibi olanlar ile *in loco parentis* ilkesi uyarınca hukukî çocuğa bakmak ve gözetmekle yükümlü olanlar olarak anlamak gerekir.

28 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, v. Denmark*, Judgment of 7 December 1976, Series A.23, para. 50; *Folgero and others v. Norway*, GC Judgment of 29 June 2007, para.84; *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, Judgment of 9 October 2007, para.48.

29 *Campbell and Cosans v. United Kingdom*, Judgment of 25 February 1982, Series A No.48, para. 36.

30 *Campbell and Cosans*, para.33.

31 *Campbell and Cosans*, para. 36; *Folgero and others v. Norway*, GC Judgment of 29 June 2007. Bu çalışmada, inanç, kanaat ve görüş kelimeleri aynı anlama gelecek şekilde kullanılacaktır.

da değerlendirilebilmeleri için bir test uygulamaktadır. Strasbourg içtihadına göre bu testin ölçütleri şunlardır: a) ikna edicilik (cogency) b) ciddilik (seriousness) c) tutarlılık (cohesion) d) önemli olma (importance). Ayrıca bütün bu ölçütlerin belli bir seviyede olması da aranmaktadır.³² Dolayısıyla, Mahkemenin uyguladığı bu test ebeveynin hangi kanaatlerinin taraf devletlerden saygı göreceğini belirlemektedir³³.

Mahkemeye göre, “felsefi” teriminin tüketici bir tanımı verilemez ve anlamı konusunda hazırlık çalışmalarından yeterli bir çıkarımda bulunmak mümkün değildir. Komisyon ve Mahkeme “felsefi” kelimesinin çeşitli anlamlar içerdiğini, bazen bir düşünce sisteminin bütününe bazen ise az çok önemsiz meseleleri kastetmek için kullanıldığını not etmektedirler. Strasbourg organlarına göre, “felsefi” kelimesinden bir düşünce sisteminin bütününe anlamak ebeveynlere tanınan hakkın alanını çok fazla daraltacağı için; az çok önemsiz meseleleri kastetmek için kullanıldığını kabul etmek ise önemsiz/yetersiz ağırlıktaki veya özdeki meselelerin hakkın alanına dahil olmasını sonuçlayabileceği için kabul edilemez³⁴.

Sözleşme kapsamında korunacak olan “felsefi” görüş, demokratik bir toplumda saygıyı hak edecek, insan onuruna uygun olacak ve çocuğun temel eğitim hakkıyla çatışmayacak nitelikte olmalıdır. Bu nitelikleri taşımayan felsefi inançlar madde kapsamına girmezler. Bu niteliklerin saptanmasında Sözleşmenin bütününe ve özellikle hakları kötüye kullanma yasağını içeren bir yorum normu olan Sözleşmenin 17. Maddesine bakılacaktır³⁵. O halde, ebeveynin felsefi inançlarının madde kapsamında değerlendirilmesi için genel olarak Sözleşmede düzenlenmiş diğer haklara uygun olması gerektiği kabul edilebilir. Örneğin, bir ebeveyn felsefi inancı çocuğun sağlığını veya güvenliğini tehlikeye düşürdüğünde taraf devletlerin bu görüşlere saygı gösterme yükü-

32 *X., Y. ve Z. v. United Kingdom*, Admissibility Decision of 13 October 1982, D.R., 31, Strasbourg, sf: 52-53; *Campbell and Cosans*, para. 36; *Folgero and others v. Norway*, GC Judgment of 29 June 2007, para.84; *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, Judgment of 9 October 2007, para.49.

33 Malcolm D. Evans, a.g.e., sf: 350; Akif Emre Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte, 1. Baskı, Aralık 2002, Ankara, sf: 428.

34 *Campbell and Cosans*, para. 36.

35 *Campbell and Cosans*, para. 36.

kümlülüğü olmayacaktır³⁶. Aynı şekilde, bir ebeveyn felsefi inancı, faşist veya kökten dinci siyasal ideolojilere uygun eğitim verilmesi talebini AİHS'in 17. Maddesi uyarınca içermeyecektir.

Mahkemenin bir ebeveyn açıklamasının felsefi kanaat/inanç teşkil edip etmediğini saptarken aradığı ölçütleri, yukarıda yapıldığı gibi kategorileştirmek mümkün olmakla birlikte, bu kategorileştirmenin yapılmasına elveren kararda Mahkeme, somut olayın özelliklerini tek tek ölçütler bağlamında değerlendirmemiş; bunun yerine genel olarak dava konusu görüşün felsefi inanç teşkil edip etmediğini değerlendirme yoluna gitmiştir³⁷.

B) Ebeveynlerin Çocuğun Eğitimini Belirleme Hakkının Çocuğun Eğitim Hakkı Karşısındaki İkincil Konumu

Yukarıda da belirtildiği gibi, AİHS P1-2 tarafından korunacak olan "felsefi inançlar" çocuğun temel eğitim hakkıyla çatışmayacak nitelikte olmalıdır. Eğer ebeveynlerden gelecek bir felsefi inanç çocuğun eğitim hakkıyla çelişmekte ise, ağırlık çocuğun eğitim hakkına verilecektir. Yani çocuğun eğitim hakkı ebeveynlerin felsefi inançlarına saygı bekleme hakkından daha üstün nitelikte bir haktır³⁸.

Nitekim içtihatlar aynı doğrultudadır. Örneğin Komisyon bir kararında açıkça, ebeveynlerin görüşü çocuğun eğitim hakkını destekleyecek yerde bu hakla çatıştığında, çocuğun eğitim hakkına üstünlük tanınacağını söylemektedir³⁹. Bu durumun sebebi yine *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen* kararın-

36 Bu örnek van Bueren tarafından verilmiştir. Bkz. Geraldine van Bueren, **The International Law on the Rights of the Child**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, sf: 244.

37 Gerçekten *Campbell ve Cosans* davasında Mahkeme, olaya konu olan ebeveynlerin bedensel ceza hakkındaki görüşlerini inanç testinde listelenen ölçütlere uygun bulmuştur ama bunu yaparken ölçütlerin içeriğinin neler olduğuna dair en ufak bir açıklama yapmamıştır. Sadece davaya konu olan ebeveyn görüşlerinin insan yaşamının ve davranışının esaslı ve önemli boyutlarına dikkat çektiğini belirtmekle ve söz konusu görüşlerin diğer disiplin metotları hakkında veya genel olarak disiplin hakkında olmadığını not etmekle yetinmiştir (*Campbell and Cosans*, para. 36.). Buradan Mahkemenin, bir ebeveyn görüşünün felsefi inanç teşkil etmesi için dava konusu hakkında spesifik açıklamalar içermesi gerektiğini düşündüğü sonucuna varmak mümkün gözükmektedir.

38 Ayrıca bkz. ve krş. Lundy, a.g.m., sf: 356.

39 *Zenon Bernard vd. v. Luxembourg*, Admissibility Decision of 8 September 1993, D.R., 75, Strasbourg, sf: 57-75, 73.

da Mahkemenin şu ifadesinde bulunabilir: “(**Protokol 1**) Madde 2’nin bütünü birinci cümlesi tarafından domine edilmektedir”⁴⁰. Hatırlatmaya gerek yok: **P1-2/c.1** kişinin (özellikle çocukların) eğitim hakkını düzenlemektedir. Yine aynı karara göre, ebeveynlerin felsefi ve dini inançlarına saygı gösterilmesini talep hakkı çocuğun eğitim hakkıyla yakından ilişkilidir ve aslında eğitim hakkının kullanılmasını sağlamaya yöneliktir⁴¹.

Buna göre, Mahkemenin *Campbell ve Cosans* kararında ulaştığı görüş hukuken doğru bir yaklaşımdır. Mahkemeye göre, eğitim hakkı ile ebeveynlerin felsefi görüşlerine uygun eğitim verilmesi hakkının hukuksal temelleri birbirinden farklıdır; biri çocuğun hakkı iken diğeri ebeveynin hakkıdır. Mahkeme ayrıca, eğitim hakkının devletlerce düzenlenmesi gereğinin, bu hakkın özüne zarar veremeyeceğini veya Sözleşmede yer alan diğer haklara aykırı olmayacağını vurgulamıştır. Olayda, çocuğun okula dönebilmesi ebeveynlerinin felsefi inançlarına aykırı davranmakla mümkün olacağından bu durum makul olarak kabul edilemez⁴².

IV) Çocuğun Kendi Kanaatleri Doğrultusunda Eğitimini Seçme Hakkı

A) Eğitim Hakkının İşlevsizliği

Çalışmanın bu aşamasında, çocuğun kendi inançları, görüşleri ve kanaatleri doğrultusunda eğitime hakkı **AİHS**’in inanç özgürlüğü ekseninde savunulacaktır. Aslında bu tezin doğru temeli **P1-2**’de düzenlenen eğitim hakkıdır. Ebeveynlerin sahip olduğu bu hakka, eğitim hakkının asıl öznesi çocukların veya gençlerin sahip olmadığını düşünmek oldukça abes bir çıkarım olur. Nitekim, doktrinde belirli bir yaşa gelmiş çocukların bu haktan faydalanacakları ileri sürülmektedir⁴³. Zaten UNESCO’nun 1960 tarihli Eğitim’de Ayrımcı-

40 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, para. 52.

41 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, para. 52.

42 *Campbell and Cosans*, para. 40-41.

43 Kil Kelly, a.g.e., sf: 85. Ayrıca bkz. Harris, a.g.m., sf: 934.

lığa Karşı Sözleşmesi⁴⁴ hükümleri de bu yaklaşımı desteklemektedir⁴⁵.

Bu görüşlere ve eşyanın tabiatına rağmen AİHM, eğitim hakkı ekseninde tanınmış bulunan dini ve felsefi görüşlere saygı hakkının öznesinin/sahibinin yalnızca ebeveyn (veli ve vasiler dahil) olduğunu kesinleştirmiştir. Gerçekten, oldukça şaşırtıcı bir şekilde aşırı lâfzî bir yorum yapan AİHM'e göre **P1-2** metni sadece ebeveynleri hak öznesi olarak zikrettiğinden, çocukların bu düzenleme kapsamında kendi görüşleri doğrultusunda eğitim alma hakları bulunmamaktadır⁴⁶.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, aslında AİHM tam bir çıkmazın içine düşmüştür. Zira, lafzi değil de amaçsal bir yorum yapsaydı da **P1-2/2** kapsamında çocukların kendi görüşleri doğrultusunda eğitim alma hakları bulunmadığı sonucuna varmak zorunda kalacaktı. Aşağıda görüleceği üzere, ebeveynin görüşleri doğrultusunda çocuğun alacağı eğitimi belirleme hakkı, insan hakları hukukunun yerleşik ve geleneksel düzenlemelerinden biri olup söz konusu norm münhasıran Devletin beyin yıkama faaliyetine engel olmak üzere üretilmiştir. Bu ilkelerin olduğu evrede, bugünkü anlamda çocuk hakları anlayışı bulunmamaktaydı. Dolayısıyla amaçsal yorum yapsa dahi AİHM'in ulaşacağı sonuç değişmeyecekti. Ancak AİHS yaşayan bir hukuk belgesi olduğu için, değişen şartlar altında AİHM tarafından farklı yorumlanabilmektedir. Evrimci yorum metodu adı verilen bu metot sayesinde **P1-2/2** kapsamındaki yerleşik içtihadın değişmesi mümkün olabilir⁴⁷.

44 **Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme** ("EAKS") ("*Convention against Discrimination in Education*"), UNESCO Genel Konferansının 14/11-15/12/1960 tarihleri arasında Paris'te toplanan 11. oturumunda 14/12/1960 tarihinde kabul edilmiş ve yürürlük için (md. 14)'de öngörülen üçüncü onay, kabul ya da katılım belgesinin depo edildiği tarihten üç ay geçmesi koşulu gerçekleşerek, 22/05/1962 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkçe metin için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, II. Cilt – Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf: 309-319.

45 Geraldine Van Bueren, "*The Right of the Child to Education*," **Human Rights: A European Perspective**, Liz Heffernan (Ed.), The Round Hall Pres, Dublin, 1994, sf: 347.

46 *Eriksson v. Sweden*, Judgment of 22 June 1989, Series A 156, para.93.

47 Evrimci yorum metodu hakkında ayrıntılı bilgi ve bunun çocuk hakları konusunda kullanılması, işlevselleşerek yerleşik AİHM kararlarının dönüştürülmesindeki potansiyel rolü hakkında bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, Nisan 2005, sf: 62-92.

Gerçi bu noktada AİHM'in *Hasan ve Eylem Zengin* kararındaki hükmünün *Eriksson* kararıyla çelişen bir yönü olduğunu vurgulamak gerekir. Hatırlanacağı üzere, *Hasan ve Eylem Zengin* davasında alevi kökenli başvuruçular, başvuru tarihinde orta öğretim öğrencisi olan Eylem Zengin'in Sünni inancı temelinde organize edilen din ve ahlak eğitimi derslerine girmek zorunda kalmasını Sözleşmenin ebeveynlerin dini ve felsefi görüşlerine aykırı eğitim verilemezlik kuralını içeren **P1-2/2**'ye aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdi. AİHM bu iddiaları yerinde bulmuş ve Türk eğitim sistemindeki zorunlu din ve ahlak eğitimi dersinin anılan **P1-2/2**'ye aykırı olduğuna hükmetmiştir⁴⁸. Bunu yaparken AİHM, sadece baba Hasan Zengin için değil, aynı zamanda Hasan Zengin'in kızı olan ve başvuru tarihinde 18 yaşından küçük olan Eylem Zengin bakımından da anılan **P1-2/2** çerçevesinde karar üretmiştir⁴⁹.

Buna göre AİHM, *Eriksson* kararındaki hükmünü zımnen kaldırmış olmaktadır. Ancak kararda bu duruma ve çelişkiye ilişkin en ufak bir tartışma yoktur. Davalı Türk Hükümeti, karardan anlaşılabildiği kadarıyla, Eylem Zengin'in **P1-2/2**'de yer alan haktan yararlanamayacağı, bu hakkın sadece ebeveynlere özgülenmiş olduğu yönünde bir savunma yapmamış, *Eriksson* içtihadını hatırlatmamıştır.

İşin garibi, *Hasan ve Eylem Zengin* kararının böylesine önemli bir çelişki içeren ve belki de "zımni bir açılım" olarak değerlendirilebilecek bu yönü ne uluslararası literatürde ne de AİHM'in sonraki kararlarında tartışılmıştır. Kanımca, AİHM'in Eylem Zengin'i **P1-2/2**'de yer alan hakkın öznesi kılması, zımni bir içtihat değişikliğinden çok somut olayın koşullarında pratik açıdan tercih edilen yargısal bir tutumdan ibarettir. Olayda ebeveyn ile çocuk arasında felsefi ve dini kanaatler açısından bir farklılık olmadığından, Eylem Zengin özelinde gerek **P1-2/1**'de yer alan genel eğitim hakkı, gerekse de aşağıda değinilecek olup Sözleşme Madde 9'da yer alan inanç özgürlüğü bakımından

48 Zorunlu din eğitimi hakkındaki *Hasan and Eylem Zengin* kararı, bunu önceleyen kararlar ve Türk Danıştay'ın uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Berke Özenc, "AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu", *İÜHFİM*, C.LXVI, S.2,2008, sf: 187-222.

49 *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, Judgment of 9 October 2007.

ayrı bir inceleme yapmak yerine, her iki başvuru bakımından da **P1-2/2** bakımından bir inceleme yapmakla yetinmiştir. Ne de olsa, diğer hakların ihlali kararının başvuruçulara bir ek getirisi olmayacaktı. Kaldı ki, bir içtihat değişikliğine gideceği zaman Mahkemenin mutlak uygulaması, bunu açıkça yapmak ve ayrıntılı gerekçelerini vermek yönünde olmaktadır ki *Hasan ve Eylem Zengin* kararında böyle bir durum bulunmamaktadır⁵⁰.

Dolayısıyla *Eriksson* içtihadının geçerli olduğu sonucuna varmak kaçınılmazdır. Bu nedenle, yerinde olmadığı yukarıdaki gerekçeler ışığında anlaşılan içtihat nedeniyle **AIHS**'de düzenlenen şekliyle eğitim hakkı ekseninde bir temellendirme yapmak, pratik açıdan anlamlı değildir. İchtihadın değişmesi yönünde yapılabilecek eleştirilerin yanında, **AIHS**'de yer alan diğer hakları bu tez doğrultusunda işlevselleştirmek mümkün olabilir. İşlevselleşmesi olası hak, eğitim hakkıyla yakından ilişkili bulunan inanç özgürlüğüdür. Çünkü, Mahkemenin de ortaya koyduğu üzere, eğitim hakkını **Sözleşmenin** 8., 9. ve 10. Maddeleriyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir⁵¹. Böylelikle, bir kişinin kendi görüşleri doğrultusunda eğitim alma hakkı, ele alınması gereken bağlama oturtulmuş olmaktadır.

B) Çocuğun Kendi Görüşleri Doğrultusunda Eğitimini Belirleme Hakkı İnanç Özgürlüğü Hakkı Kapsamına Girmekte midir?

Bir çocuğun tercihleri (görüş, inanç ve kanaatleri) doğrultusunda eğitim görme hakkının olup olmadığını ve varsa bu hakkın anne babaların çocuğun eğitimini belirleme hakkıyla nasıl dengeleneceği sorunu **AIHS** bağlamında ancak inanç özgürlüğü hakkı çerçevesinde çözümlenebilir. Burada yapılmaya çalışılacak olan, önce çocuğun inanç özgürlüğü hakkı çerçevesinde kendi kanaatleri ve görüşleri doğrultusunda eğitim alma hakkı olup olmadığının açığa kavuşturulmasıdır. Kanaatimizce çocuğun inanç özgürlüğü hakkı ekseninde kendi görüşleri/kanaatleri doğrultusunda eğitimini belirleme hakkı bulunmaktadır.

50 Yerleşik içtihat değişikliği örnekleri için bkz. *Mahmatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, Grand Chamber, App. Nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment of 04 February 2005; *Öcalan v. Turkey*, Grand Chamber, App. No. 46221/99, Judgment of 12 May 2005.

51 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, para. 52; *Folgero and others v. Norway*, GC Judgment of 29 June 2007, para. 84; *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, Judgment of 9 October 2007, para.47.

Bu tezi temellendirebilmek için önce üç başlık halinde bazı veriler ortaya konulmaya veya ortaya çıkarılmaya, daha sonra bu verilerden bazı sonuçlara ulaşılmaya çalışılacaktır. Birinci veri olarak, AİHS’de düzenlendiği şekliyle inanç özgürlüğü hakkı kategorisinin çocukların inanç özgürlüğünü de koruduğu ve bu özgürlüğün kimsenin istemediği bir davranışı yapmaya zorlanmamasını içerdiği. İkinci veri, UIHH’de ebeveynin çocuğun alacağı eğitimi belirleme hakkının düzenleniş yerinden hareketle, bu hakkın inanç özgürlüğü hakkının özel bir görünümü (*lex specialis*) olduğudur. Üçüncü veri ise çocuğun kendisini ilgilendiren bütün konularda görüş açıklama ve bu görüşlerin belli bir ölçüde dikkate alınmasını isteme hakkının varlığıdır.

1) AİHS’de İnanç Özgürlüğü Hakkının Alanı ve İnanç Özgürlüğünün Öznesi Olarak Çocuk

İnanç özgürlüğü hakkı AİHS’in 9. Maddesi tarafından korunmaktadır⁵². Aslında AİHS’in 9. Maddesi din, düşünce ve vicdan özgürlüğünü korumaktadır. Aynı Madde bunların yanı sıra dini pratikleri ve kanaatleri (belief) açıklama, dışa vurma özgürlüğünü de içermektedir. Strasbourg organları din terimini tanımlamamakta, din teriminin Avrupa ülkelerinde yeknesak bir anlamının olmadığını vurgulamaktadır⁵³.

Aynı Maddede yer alan “kanaatleri dışa vurma/açıklama (manifest)” kavramı yalnızca din karşıtı ya da agnostik görüşleri değil ama ayrıca dinsel olmayan ya da dinsel alan dışı görüşleri de kapsamaktadır⁵⁴. Fakat tıpkı ebeveynin çocuğun eğitime karar verme hakkı (P1-2) bağlamında dışa vurduğu inanç ve kanaatleri bakımından olduğu gibi, bir görüşün Madde 9’daki inanç kategorisi içinde yer alabilmesi için ikna edicilik (cogency), ciddilik (seriousness), tutarlı olma (cohesion) ve önemli olma (importance) ölçütlerini karşılaması gereklidir. Ayrıca bütün bu ölçütlerin belli bir seviyede olması da aran-

52 AİHS sisteminde din düşünce ve vicdan özgürlüğü hakkında genel olarak bkz. van Dijk-van Hoof, a.g.e., sf:541-557; D. J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, a.g.e.,sf: 356-371; Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.e., sf: 346-355; Öktem, a.g.e., sf: 271-456; Malcolm D. Evans, a.g.e., sf: 262-362; Malcolm N. Shaw, “Freedom of Thought, Conscience and Religion”, *The European System for the Protection of Human Rights*, ed: McDonald et. al., Martinus Nijhoff Publishers, 1993, sf: 445-462.

53 *Otto Preminger v. Austria*, Judgment of 20 September 1994, para.50.’den aktaran Öktem, a.g.e., sf: 310 ve dipnot 921.

54 Öktem, a.g.e. sf: 311-312.

maktadır⁵⁵.

Çocukların bu hakkın sahibi olup olmadıklarına gelince şunlar söylenebilir. Bir kez, Madde düzenlemesi “herkes/her kişi” kelimesini kullandığından yetişkinler ile çocuklar arasında bir ayırım öngörmemiştir. Usul hukuku bakımından da Sözleşmenin 34. Maddesi (eski 25) başvuru olma koşulları arasında yaş gibi bir unsur aramadığından⁵⁶ inanç özgürlüğü hakkında yetişkinler kadar çocuklar da yararlanabilirler⁵⁷.

Nitekim doktrin “kişinin vicdanına uygun şekilde hareket etme ve davranma hakkından” bahsetmeye başlamıştır ve potansiyel olarak böyle bir hakkın vicdan özgürlüğü hakkının bir alt kategori hakkı olarak kabulü gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁸. Komisyon da kişinin ahlaki ve dini inançlarına aykırı bir işi kabul etmeye zorlanmasının 9. Maddeye aykırı olduğu yönünde önemli bir belirlemede bulunmuştur⁵⁹. Bu açıdan bakıldığında, bir çocuğun kendi tercihlerine tamamen zıt bir eğitim almaya zorlanması, AİHM’in 9. Maddesi kapsamında sorun doğuracaktır.

Nihayet, Haziran 2010’da hükme bağladığı ve okul karnesindeki din ve ahlak eğitimi not hanesinde herhangi bir not olmamasının ve buna rağmen hanenin karnedeki mevcudiyetinin süregitmesinin şikayet edildiği bir davada AİHM, Polonya’nın başvuru çocuğun inanç özgürlüğüyle bağlantılı olarak **Sözleşmenin** 14. Maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği so-

55 *Campbell and Cosans*, para. 36; *X., Y. and Z. v. United Kingdom*, Admissibility Decision of 13 October 1982, **D.R.**, 31, Strasbourg, sf: 52-53.

56 AİHM’e bireysel şikayet başvurusu koşulları arasında yaş, rüşt ve temyiz kudreti gibi ulusal hukuk ölçütleri aranmamaktadır. Bkz. Gülay Arslan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasının Etkililiği Meselesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, sf: 72-73.

57 Öktem, a.g.e. sf: 300. Krş. Van Bueren, a.g.e., sf: 151. Ayrıca bkz. Kilkelly, a.g.e., sf: 132-136

Bununla birlikte hatırlatmak gerekir ki, ebeveynin çocuğun inancı konusundaki görüşleri ile çocuğunkiler çatıştığında sorunun çözümü kolay olmayacaktır. Ki bilinebildiği kadarıyla bugüne dek AİHS Madde 9 özelinde çocukların görüşleri ile ebeveyn görüşlerinin çatışmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık Strasbourg organları önüne gelmemiştir.

58 Bkz. Martin Scheinin, “Article 18”, **The Universal Declaration of Human Rights-A Common Standard of Achievement**, Ed. Gudmundur Alfredsson and Asbjorn Eide, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, sf: 379-392, 391-392.

59 *X. v. Sweden*, Admissibility Decision of 9 May 1984, **D.R.**, 38, sf:219-223.

nucuna varmıştır⁶⁰. Başvurucu çocuk dava tarihinde 11, karar tarihinde 19 yaşındaydı. Mahkemeye göre, karnedeki din eğitimi not hanesinin boş olarak kalması, çocuğun inanç meselelerindeki görüşünün belli olmasına yol açmakta ya da çocuğu dinsel konulardaki görüşlerini açıklamak zorunda bırakmaktadır⁶¹. Bu karar bakımından bizi burada ilgilendiren husus, çocuğun inanç özgürlüğü hakkının yararlanıcısı olduğunun hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde teyidi ve kendi görüşleri doğrultusunda bir eğitim alma hakkının inanç özgürlüğü hakkı kapsamında kuvvetli şekilde savunulabileceğidir.

2011 yılı Mart ayında Büyük Daire tarafından hükme bağlanan *Lautsi* davası bu çıkarımı tartışmasız bir şekilde desteklemektedir. Sınıf duvarlarında çarmıh asılmasının sadece ebeveynin hakları bakımından değil ama ayrıca çocukların eğitim hakkı bakımından da Sözleşmesel bir sorun doğurduğunu saptarken Mahkeme, çocukların eğitim hakkını Sözleşmenin inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. Maddesi ışığında yorumlamıştır. Başvurucu çocuklardan biri dava AİHM önüne taşındığında 16 yaşındaydı. Bu somut uyuşmazlık bakımından Mahkemenin Büyük Dairesi, ebeveynlerin çocukların alacakları eğitimin niteliğini belirleme hakkıyla (P1-2/c.2) inanç özgürlüğünü (AİHS Madde 9) kaynaştırarak, P1-2/c.1’de yer alan eğitim hakkının, okula devam eden çocukların inanma veya inanmama özgürlüğüne uygun bir eğitim alma hakkını koruduğunu hükme bağlamıştır. Mahkeme devamla, laikliği (sekülerizm) benimseyen küçüklerin sınıflarda çarmıh bulunmasının kendilerinin P1-2/c.1’den kaynaklanan haklarını ihlal ettiğini ileri sürebileceklerini kabul etmiştir⁶².

60 *Grzelak v. Poland*, App. No. 7710/02, Judgment of 15 June 2010. Bilindiği üzere, normatif yapısı gereği tek başına uygulanabilirlik imkânının olmadığı genellikle kabul edilen ve ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS Madde 14’ün devreye girebilmesi için, öncelikle diğer bir Sözleşmesel hakkın uygulanabilir olması gereklidir. Bu sebeple anılan kararda AİHM, öncelikle inanç özgürlüğünün çocuk bakımından uygulanabilir olup olmadığını değerlendirmiştir. AİHM’in değerlendirmesine göre, çocuk inanç özgürlüğü hakkına sahiptir.

61 *Grzelak v. Poland*, App. No. 7710/02, Judgment of 15 June 2010, para s. 90-101.

62 *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, Grand Chamber Judgment of 18 March 2011, para. 78. “The Court considers that, when read as it should be in the light of Article 9 of the Convention and the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1, the first sentence of that provision guarantees schoolchildren the right to education in a form which respects their right to believe or not to believe. It therefore understands why pupils who are in favour of secularism may see in the presence of crucifixes in the classrooms of the State school they attend an infringement of the rights they derive from those provisions.”

Büyük Daire'nin bu kararın bazı yönlerden bizi burada ilgilendirmektedir ve bir parantez açarak bunlara değinilmesi gereklidir. İlk bakışta *Lautsi* kararıyla yukarıda değinilen ve çocukların **P1-2/c.2** bağlamında kendi görüşleri doğrultusunda bir eğitim alma hakları olmadığını hükme bağlayan *Eriksson* kararı arasında özsel bir çelişki var gibi gözükmektedir. Her ne kadar Mahkeme *Lautsi* kararında başvuru çocuklar bakımından hükmünü genel eğitim hakkı maddesinden (**P1-2/c.1**) vermişse de, *Eriksson* kararıyla açıkça yüzleşmeden eğitim hakkını böylesine genel yorumlaması teknik açıdan sorunludur. Mahkeme, **P1-2**'nin iki cümlesinde düzenlenen iki farklı hak arasındaki farklılığı, yeteri kadar temellendirme yapmadan kaldırmış olmaktadır. Bu bağlamda ayrıca hatırlatmalıyız ki Mahkeme, *Hasan ve Eylem Zengin* kararında da teknik açıdan sorunlu bir yaklaşım izlemişti. Bu açıdan bakıldığında Büyük Daire'nin çocuklar bakımından kararını **P1-2/c.1**'den vermesi ve bu hakkın çocukların inanma veya inanmama özgürlüğüne uygun bir eğitim alma hakkını koruduğu değerlendirmesi yapması pek isabetli olmamıştır.

Yanlış anlaşılmayı önlemek için hemen ekleyelim ki, Büyük Daire'nin perspektifi doğru ve yerindedir. Yerinde olmayan, bu perspektifi temellendirmek için kullanılan metnin, kendisinin önceki içtihatlarıyla çelişik mahiyette olması ve bu çelişkiyi giderecek yeterli argümantasyon üretmek (ki yukarıda örneklenmişti) yerine görmezden gelmesidir. Büyük Daire'nin yapması gereken, bu Çalışmada temellendirilmeye çalışıldığı gibi, çocukların **AİHS** Madde 9'da yer alan inanç özgürlüğü hakkı üzerinden bir argümantasyon yürütmektir. Aslında eğitim hakkıyla inanç özgürlüğünü kaynaştırmak noktasında Büyük Daire bunu başarmış ve fakat argümantasyonunun devamında hükmünü **P1-2/c.1**'den kurmak noktasında önceki kararlarıyla çelişkiye düşmüştür. Üstelik mevcut yaklaşımıyla Mahkeme, gereksiz teknik problemler doğurmuştur. Direkt inanç özgürlüğünden hükmünü kursa, hiçbir teknik sorun da doğmayacaktı.

Parantezi kapadığımızda bize kalan, **AİHM**'in artık tartışmasız şekilde çocukları inanç özgürlüğü hakkı sahibi olarak mütalaa etmesi ve eğitim hak-

Bu karar vesilesiyle şu hususu da belirtmek gerekir ki, Büyük Daire İtalyan okullarının sınıflarında çarım bulunmasını Sözleşmeye aykırı görmemiştir. Oysa aynı konuda **AİHM**'in İkinci Dairesi, sınıflarında çarım bulunmasının **AİHS**'e aykırılık teşkil ettiğini hükme bağlamıştı (bkz. *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, Judgment of 3 November 2009).

kıyla inanç özgürlüğünü net olarak kaynaştırmasıdır. O halde denilebilir ki, bu Çalışmada teşebbüs edilen ve çocukların eğitime dair bazı haklarını eğitim hakkını düzenleyen maddelerin yanında inanç özgürlüğü hakkını düzenleyen maddeden temellendirmeye çalışan yaklaşımla AİHM'in Büyük Daire'sinin Mart 2011 tarihli *Lautsi* hükmünde benimsediği yaklaşım, teknik hukuki farklılıklar saklı kalmakla birlikte, kavramsal boyutta bütünüyle örtüşmektedir⁶³.

2) İnanç Özgürlüğü'nün Özel Hükmü Olarak Ebeveynin İnançları Doğrultusunda Çocuğun Eğitilme Hakkı

Bu noktada, ebeveynin inançları doğrultusunda çocuğun eğitilmesi hakkının inanç özgürlüğü karşısındaki yerini incelemek bir veri sağlayabilir. Dikkat edileceği üzere, eğitimde anne babanın felsefi ve dini inançlarına saygı gösterilmesi bireylerin din ve inanç özgürlüğü ile yakından ilişkilidir. Zaten Mahkeme, açıkça, **P1-2**'de geçen "inanç (conviction)" kelimesini Madde 9'da geçen "kanaat/inanç (belief)" kelimesine yakın bulmaktadır⁶⁴. Mahkeme ayrıca, bir bütün olarak **P1-2** hükmünü Sözleşmenin 8, 9 ve 10. Maddeleri ışığında okumak gerektiğini belirtmektedir⁶⁵. Hatta çok yeni bir kararında AİHM eğitim hakkıyla (**P1-2**) inanç özgürlüğünün (Madde 9) ihlal iddialarını bir arada incelemiştir.⁶⁶ Dolayısıyla, **P1-2/c.2** hükmünü inanç özgürlüğü hakkının özel bir görünümü (*lex specialis*) olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim yukarıda açıkça görüldüğü üzere, Strasbourg organlarının farklıymış gibi gözükken bu iki hakkı değerlendirmek için kullandığı ölçütlerin aynı olduğu hatırlandığında **P1-2/c.2** hükmünün inanç özgürlüğü hakkının özel bir görünümü (*lex specialis*) olduğu yargısı hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak kadar netleşmektedir.

63 Büyük Daire'nin İtalyan okullarının sınıflarında çarmin bulunmasını Sözleşmeye aykırılık teşkil etmediği yönündeki değerlendirmesinin yerinde olmadığını ve kendisinin önceki bazı içtihatlarıyla çeliştiğini düşündüğümüzü de buraya not edelim.

64 *Campbell and Cosans*, para. 36.

65 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, para. 52; *Valsamis v. Greece*, Judgment of 27 November 1996, para.25; *Folgero and others v. Norway*, GC Judgment of 29 June 2007, para.84.

66 *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, Judgment of 3 November 2009, para. 27-58, özellikle 47/e-58. *Lautsi* başvurusunda Büyük Daire, Dairenin başvuruçuların iddialarını sabit bulan kararını bozmakla birlikte, eğitim hakkıyla inanç özgürlüğünün ihlal iddialarını bir arada ele alınması bakımından farklı bir yaklaşıma gitmemiştir (bkz. Grand Chamber Judgment of 18 March 2011, para. 77).

Üstelik UIHH'nin bütünü incelendiğinde bu sonucu teyit etmek mümkündür. İster özel bir eğitim hakkı kategorisine yer versin ister vermesin, bütün genel nitelikli insan hakları belgelerinde ebeveynin dini ve felsefi inançlarına uygun olarak çocuklarının eğitilmesini isteme hakları yer almıştır. Özel olarak eğitim hakkı kategorisine yer vermeyen belgelerde ebeveynin felsefi ve dini inançlarına uygun olarak çocuklarının eğitilmesini isteme hakları inanç özgürlüğü hakkının düzenlendiği maddelerde yer almaktadır. Örnek olarak **MSHS'nin 18 (4)⁶⁷, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 12 (4)⁶⁸ ve özel nitelikli bir belge olan Din ya da İnanca Dayanan Her Biçimiyle Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi'nin 5 (2)**. Maddeleri⁶⁹ hükümleri gösterilebilir. Yine, **ÇHS'nin** çocuğun inanç özgürlüğünü düzenleyen 14. Maddesinin 2. fıkrası ebeveyne ve velayet hakkı sahiplerine çocuğun inancını seçmede, bir öncelik hakkı olarak kategorize

67 “Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi” (“MSHS”) (“*International Covenant on Civil and Political Rights*”), Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 16/12/1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 19/12/1966 tarihinde imzaya açılmış ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye bu Sözleşmeyi 15/08/2000 tarihinde imzalamıştır. Türkiye, bu Sözleşmeyi onaylamak üzere 04/06/2003 tarih ve 4868 sayılı “*Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*”u çıkartmıştır, (RG, 18/06/2003, s.25142). Sözleşmenin orijinal metni ve Türkçe resmi çevirisi, Bakanlar Kurulunun 07/07/2003 tarih ve 2003/5851 sayılı Kararına ekli olarak yayımlanmıştır, (RG, 21/07/2003, s.25175). Ayrıca, Bakanlar Kurulunun anılan Kararına ekli olarak, Türkiye'nin onaylama işlemine eklediği toplam üç adet “beyan” ile bir adet “çekince” metinleri de aynı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Türkiye, MSHS'nin onay belgesini 15/09/2003 tarihinde depo etmiştir. MSHS (md.49/2) uyarınca bu Sözleşme Türkiye bakımından 15/12/2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. Türkçe metin için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, 2. Cilt – Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:95-146.

68 “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi” (“*American Convention on Human Rights*”), 22/11/1969 tarihinde San Jose/Kosta Rika’da kabul edilmiş ve 18/07/1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkçe metin için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, 1. Cilt – Bölgesel Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:729-761.

69 **Din ya da İnanca Dayanan Her Biçimiyle Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisi** (“*Dini Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirisi*”) (“*Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*”), Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 25/11/1981 tarih ve 36/55 sayılı kararıyla kabul ve ilan edilmiştir. Türkçe metin için Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, 2. Cilt – Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:427-434.

edilmeyecek olsa bile, yol gösterme hakkı ve ödevi olarak kategorize edilebilecek bir yetki tanımıştır. Oysa **ÇHS**'de ayrı bir eğitim hakkı maddesi de bulunmaktadır. **ÇHS** tarafından ebeveyn ve velayet hakkı sahiplerine tanınan bu yetki bir hak olmaktan çok çocuğun gelişmeye açık kapasitesiyle uyumlu olmak zorunda olan bir görevdir.

Buna göre, iki önceki paragrafta varılan sonuç diğer **UIHH** belgelerinin düzenlemeleriyle örtüşen bir çıkarımdır. Eğitim hakkı kategorisini ayrı bir hak olarak düzenleyen belgeler, ebeveynin inançlarına saygı gösterme yükümlülüğünü o hakkın içinde, eğitim hakkı kategorisine ayrı bir hak olarak vermeyen belgeler ise din ve inanç özgürlüğü hakkının içinde düzenleyerek bu iki hakkın iç içe geçmiş olduğunu göstermektedirler. Eğitim hakkı kategorisini ayrı bir hak olarak düzenleyen belgeler, ebeveynin inançlarına saygı gösterme yükümlülüğüne ayrıca inanç özgürlüğünü düzenleyen hak kategorisi içinde yer vermediklerinden, ebeveynin inançlarına saygı gösterme yükümlülüğünün inanç özgürlüğünün özel hükmü/*lex specialis* niteliğinde olduğunu kabul ettikleri sonucuna varılmalıdır⁷⁰.

Ebeveynin inançlarına saygı gösterme yükümlülüğünün inanç özgürlüğünün özel hükmü/*lex specialis* niteliğinde olduğu kabulünden şu sonuç çıkartılabilir: Sözleşme organları **P1-2/c.2** hükmü içerisine giren davaları, bu Maddenin ihlalini bulduklarında bir de Sözleşmenin 9. Maddesi bakımından incelemeyeceklerdir. **P1-2/c.2** hükmünün bir ihlali bulunmazsa veya dava konusu görüş açıklaması **P1-2/c.2** hükmünün kapsamına girmiyorsa Sözleşmenin 9. Maddesi bakımından bir inceleme yapılacaktır.

İşte çocuğun kendi inançları doğrultusunda eğitim görme hakkı **AIHS**'de ve Protokollerinde açıkça tanınmadığından, Sözleşmenin 9. Maddesinin koruması bu noktada devreye girebilir. Çünkü, çocuğun görüşlerini ve kanaatlerini açıklaması ve bunlara uygun eğitim alması konusunda Sözleşmede bir özel hüküm bulunmamaktadır. Aynı nitelikte olan ebeveynin çocuğunun kendi inançları doğrultusunda eğitim görmesini sağlama hakkı inanç

70 Doktrinde Malcolm D. Evans, a.g.e., sf: 342'de aksi fikirdedir. Evans'a göre, **P1-2/c.2** hükmü, **AIHS** Madde 9 hükmünün özel hükmü/*lex specialis* olmaktan çok eğitim hakkının (**P1-2/c.1**'in) bir tamamlayıcısıdır. Ancak belirtmek gerekir ki bu görüş, metinde açıkladığımız gerekçeler karşısında yerinde değildir. Zaten yazar, metinde savunulan görüşü desteklemek için gösterilen hiçbir gerekçeyi, ileri sürdüğü sav bakımından ele almamaktadır.

özgürlüğü hakkının özel hükmü olduğuna göre, özel hükümle güvenceye alınmamış bir hakkın genel hükümle korunacak olması mantıklı ve aslında kaçınılmaz bir çıkarımdır.

3) İnanç Özgürlüğünün Bir Ögesi Olarak Çocuğun Kendisini İlgilendiren Her Konuda Görüş Açıklama Hakkı

Çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşünü açıklama ve bu görüşe belli bir ağırlık verilerek karar verilmesini isteme hakkı, ki UIHH'de buna katılım hakkı denmektedir⁷¹, AİHS'de açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte AİHM, bazı kararlarında iç hukukta yapılan muameleler sırasında çocuğun görüşlerinin alınması ve bu görüşlere belli bir ağırlık verilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Örnek olarak *Nielsen*⁷², *Reime*⁷³, *Şahin*⁷⁴ ve *Storck*⁷⁵

71 ÇHS özelinde bkz. Sylvie Langlaude, "On How to Build a Positive Understanding of the Child's Right to Freedom of Expression", *Human Rights Law Review*, Vol.10, N.1, 2010, sf:33-66, özellikle 51-52.

72 *Nielsen v. Denmark*, Judgment of 28 November 1988, Series A 144, para.72. Bu davada Mahkeme çocuğun kendisinin hastaneye yatmak istememesine rağmen zorla yatırılmasını Sözleşmenin 5. Maddesinin ihlal etmediğine karar vermişti. Fakat Mahkeme bu karara varırken çocuğun yaşını dikkate almış ve 12 yaşında bir çocuğun ebeveyninin görüşüne, bu görüşler kendi görüşlerine ters olsa bile uymak durumunda olduğunu hükme bağlamıştı. Dolayısıyla, Mahkemenin bu kararından belli yaştaki çocukların belli konularda kendi görüşlerine aykırı muamelelere tabi tutulamayacağı sonucunu çıkarmak mümkündür. Nitekim bu davada AİHK, aynı mesele bakımından Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ayrıca bkz. Kilkelly, a.g.e., sf:119-120.

73 *Reime v. Sweden*, Judgment of 22 April 1992, Series A 226-B, para.73. Bu davada Mahkeme, babasından ayrı kalmakta olan bir çocuğun babasıyla kişisel ilişki kurmasını ve bu ilişkinin ilerleme dozunu çocuğun kendisinin-yaşına ve olgunluğuna bağlı olarak belirleyeceğini hükme bağlamıştır.

74 *Şahin v. Germany*, Judgment of 11 September 2001, para. 40-49. Bu vaka bir babanın anesiyle yaşayan çocuğunu görme talebine ilişkin iç hukuk yargılamasını konu etmektedir. Başvurucu olan Şahin, iç hukuk mahkemesinin kendisinin çocuğunu görmeye hakkı olmadığını hüküm altına alırken çocuğun görüşlerine doğrudan başvurumamasının AİHS'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM, neyin bir çocuğun yüksek yararına uygun olacağını belirleme sürecinde iç hukuk mahkemelerinin mutlaka o çocuğun görüşlerine başvurmak zorunda olduğunu hükme bağlamıştır. Yine, AİHM'e göre, söz konusu çocuğun dava konusu olay hakkındaki görüşlerinin bir uzman vasıtasıyla alınması her zaman yeterli kabul edilemez. Sonuç olarak babanın (başvurucunun) iç hukuk yargılamasında karar alma sürecine katılma hakkı ve dolayısıyla aile yaşamına saygı hakkı ihlal edilmiştir.

75 *Storck v. Germany*, Judgment of 16 June 2005. Bu davada şikayetçi 15, 16 ve 18 yaşlarında iken babasının isteği üzerine ve kendisinin rızası hilafına psikiyatrik kuruluşlara yerleştiril-

kararları hatırlatılabilir⁷⁶. Yalnız belirtmek gerekir ki, Mahkemenin çocuğun görüşlerinin alınması ve bu görüşlere uygun bir karara varılması hakkında verdiği kararlar, *Nielsen* ve kısmen/kıyasen *Storck* kararları hariç, bir çocuk hakkı olarak değil, Mahkeme önündeki davayı açan ebeveynin hakkı olarak değerlendirilmiştir. Yani, şu ana dek verilen kararlarda çocuğun katılım hakkı ebeveynin katılım hakkının bir unsuru olarak ele alınıp korunmuştur.

Mahkeme içtihadına konu olan kararlar incelendiğinde hukuki süreçlere katılım hakkının **AİHS**'de yer alan çeşitli hakların bir unsuru olarak vücut bulduğunu söylemek mümkündür. Bir başka deyişle, **AİHS**'de yer alan hakların bazılarının alanları içinde o hakkın konusu ile ilgili hukuki süreçlere katılım ve bu katılım esnasında açıklanan görüşlere belli bir ölçüde uygun karar verilmesini isteme hakkı yer almaktadır. Örneğin çocuğun bir hastaneye kapatılmasını istemediğine dair yaptığı açıklama, *Nielsen* davasında Sözleşmenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. Maddesinin bir unsuru olarak ele alınmışken *Storck* davasında özel yaşama saygı hakkını düzenleyen 8. Maddesinin bir unsuru olarak ele alınmıştır. Yine *Şahin ve Rieme* davalarında aile yaşamına saygı hakkının, ilgili kişinin ailesiyle alakalı olabilecek hukuki süreçlere katılması hakkını içerdığı görülebilmektedir.

Bu analizden devinerek **AİHS**'in içtihatlarına konu olan haklarının dışında kalan hakların da katılım hakkını bir alt unsur olarak içerdiklerini ileri sürmek mümkündür. Dolayısıyla, Sözleşmenin 9. Maddesinde düzenlenen inanç özgürlüğünün de o hak sahibi açısından bir katılım hakkı içerdiklerini ileri sürmenin hiçbir engeli yoktur. Çünkü inanç özgürlüğünü ilgilendiren birçok hukuki süreç olabilir. Nitekim inceleme konumuzun da dahil olduğu problematik, çocuklar ile ebeveynin inançları çatıştığında kimin görüşü doğrultusunda bir çözüme gidileceğidir. O halde inanç özgürlüğü hakkı da bir alt kategori olarak katılım hakkını içermektedir. Bu çıkarım, özellikle ebeveynin dini inançlarıyla çocuğun dini inançları çatıştığında, çocuğun ebeveyn tarafından domine edilmesini engelleyecektir.

len bir yetişkindir. AİHM, başvuruçunun çocukken hastaneye kapatılmasına dair şikayetleri usuli sebeplerle incelememiş ve fakat yetişkinin klinikte yatmaya zorlanmasının özel yaşam hakkına bir müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir.

76 Strasbourg organlarının çocuğun katılım hakkına ilişkin eski içtihatları için bkz. Kil Kelly, a.g.e., sf:117-120, 257-258.

Bu görüşü desteklemek için AİHS'in yorumlanmasında ÇHS normlarından ve ÇHK kararlarından yararlanılması gündeme gelebilir. Yani, çocuğun kendi inançları doğrultusunda eğitim alma hakkı sorunu bağlamında da AİHS'in ÇHS ışığında yorumu yönteminden yararlanılmaya çalışılabilir.

ÇHS, çocuğun kendisini ilgilendiren bütün meseleler hakkında görüş açıklama ve bu görüşlerinin dikkate alınması isteme hakkını, AİHS'in tersine, açıkça tanımıştır (ÇHS Madde 12)⁷⁷. Bu ÇHS'nin dört ilkesinden⁷⁸ birini oluşturan katılım/dinlenme hakkı ilkesidir. ÇHS'nin 12. Maddesinde düzenlenen katılım ilkesi, herhangi bir hakkın alt unsuru olarak değil; yukarıdaki paragraflarda AİHS için ileri sürüldüğü gibi bütün haklarla ilişkili olabilecek ayrı bir hak olarak kaleme alınmıştır. Buna göre, çocuk alacağı eğitimin niteliğinin kendi dini, ahlaki ya da felsefi görüşlerine uygun olmasını sağlama hakkına belli bir ölçüde sahip olacaktır. Bu noktada ÇHS'nin 5 ve 14 (2). Maddeleri de işlevseldir. Çünkü bu Maddelerde ebeveyne tanınan çocuk hakkında karar verme yetkisi, çocuğun gelişen kapasitesine uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla aslında ebeveynin tercih hakkı bulunmamakta, yol gösterme ödevi bulunmaktadır⁷⁹. Ekleme gerekir ki hangi tür eğitimin çocuğun yüksek yararına olacağı da hesaba katılmalıdır⁸⁰.

77 Ayrıntılı bilgi için bkz. Langlaude, a.g.m., sf:48-56.

78 ÇHS'nin diğer ilkeleri ayrımcılık yapmama, çocukla ilgili olan her mseyede çocuğun yüksek yararı doğrultusunda hareket etme ve yaşamı sürdürme hakların sağlanması ilkeleridir. Bkz. ÇHK, "Eğitimin amaçları" hakkındaki 2001 tarihli 1 No'lu Genel Yorum, para.6, HRI/GEN/1/Rev.5, sf:255-262 (bkz. General Comment No. 1: The Aims of Education, CRC/GC/2001/1).

79 Bkz. van Bueren, a.g.e., sf:243-244; Mieke Verheyde, "The Convention on the Rights of the Child as a Tool for the Promotion of Education Rights", Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments, eds. Auweraert et.al, Maklu, Antwerpen, sf:77-106, 80. Doktrinde Arajarvi ÇHS'nin çocuğun ifade özgürlüğünü düzenleyen 13. Maddesini de zikretmekte; buna karşılık ÇHS'nin 5. Maddesinin bu bağlamda kullanılabilir olduğundan bahsetmemektedir. Bkz. Pentti Arajarvi, "Article 26", The Universal Declaration of Human Rights-A Common Standart of Achievement, Ed. Gudmundur Alfredsson and Asbjorn Eide, Martinus Nijhoff Publishers, The Hauge, 1999, sf:551-574, 563.

80 Bu noktadaki sorun ise, çocuğun yüksek yararının ne olduğuna kimin karar vereceğidir. Bu da bizi başa geri döndürmektedir. "Çocuğun yüksek yararı" konusunda yaklaşımlar ve bu yaklaşımların AİHM kararları da dahil olmak üzere hukuki etkileri ve sonuçları için bkz. Claire Breen, The Standard of the Best Interests of the Child- A Western Tradition in International and Comparative Law, Martinus Nijhoff Publishers, The Hauge, 2002.

Üstelik çocuğun kendisinin ilgilendiren hukuki süreçlere katılım hakkı, Avrupa Konseyi düzeyinde ayrı bir insan hakları belgesine konu olmuştur. Çocukların katılım haklarını kurumsallaştırmak için, Avrupa Konseyi, **Avrupa Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Sözleşmeyi** kabul etmiştir⁸¹. Bu Sözleşmeye göre, çocukların kendilerini ilgilendiren her hukuksal süreçte ve özellikle yargısal makamlar önünde görüş açıklama ve bu açıklamaların dikkate alınmasını isteme hakları vardır. Yani, **AİHS** yalnızca **ÇHS** ışığında değil ayrıca **Avrupa Çocuk Haklarının Uygulanması Sözleşmesi** ışığında da yorumlanabilir.

AİHM içtihatları ile **ÇHS**'nin çocuğun katılım hakkını düzenleyen normu ve **Avrupa Çocuk Haklarının Uygulanması Sözleşmesi** birlikte ele alındıklarında, AİHM içtihadında bir evrilme görüleceğini ileri sürmek mümkündür. **AİHS**'in etkili uygulanması ilkesi ve günün şartlarına uygun yorumlanması gereği de bu yaklaşımı desteklemektedir. Zaten bu tip bir yaklaşımın kullanılabilirliği daha önceki çalışmalarımda ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır⁸².

81 "Avrupa Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Sözleşme" 25/01/1996'da imzaya açılmış ve 01/07/2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi 09/06/1999 tarihinde imzalamış ve ardından 18/01/2001 tarih ve 4620 sayılı "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" (RG. 01/02/2001, s.24305) çıkarılmıştır. Bu Sözleşme Türkiye bakımından 01/10/2002 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır. Türkiye bu Sözleşmeye bir "Beyan" eklemiştir. "Beyan" şöyledir: "Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmenin 1. Maddesinin 4. paragrafı uyarınca, Sözleşmenin adli bir makam önünde aşağıdaki kategori aile hukuku davalarında uygulanacağını beyan eder: 1) Boşanma davaları; 2) Ayrılık davaları; 3) Çocukların velayetine ilişkin davalar; 4) Ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve 5) Babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalar. Bu Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. Council of Europe, **The Rights of the Child: A European Perspective**, CE Publishing, printed in Germany, 1996, sf:533-542. Türkçe metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler)**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2002, sf:360-369.

Avrupa Konseyi çerçevesinde çocukların velayetle ilgili konularda yetkili makam önünde görüş açıklama hakkı olduğu daha 80'li yıllarda kabul edilmiştir. Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (84) 4 sayılı ve 28 Şubat 1984 tarihli "Ebeveynlerin velayet sorumlulukları hakkında Tavsiye Kararı"nın 3. İlkesi. Türkçe metin için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler (Bölgesel Sistemler)**, sf:78.

82 Bkz. Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, sf:66-92.

V) Sonuç

Eğer Çalışmada geliştirilmeye çalışılan yaklaşım kabul edilirse, bunun önemli yansımaları olacaktır. Buna göre, bir çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüş açıklamaya ve bu görüşlerinin dikkate alınmasını istemeye hakkı vardır. Dolayısıyla, bir çocuğun tabi tutulacağı eğitim konusunda o çocuğun görüş açıklama ve bu görüşün belli bir oranda dikkate alınmasını isteme hakkı olmalıdır. Yani bir çocuğun rızası hilafına ve ebeveynin isteği doğrultusunda bir eğitim kurumuna gönderilmesi, istemediği dersleri seçmeye zorlanması vb. durumlar **AIHS**'in din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. Maddesinin bir ihlalini teşkil edebilecektir. **AIHS**'in 9. Maddesi, eğitimle ilgili görüşleri de kapsamaktadır ve çocuklar bu hakka sahiptir. Üstelik bu yaklaşımın bir yansıması daha vardır: Çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda dinlenilme ve bu görüşlerin dikkate alınmasını isteme hakkı, yalnızca eğitim kurumları özelinde değil ama ayrıca evde, aile içinde ya da benzeri başka geleneksel eğitim/öğretim metodunun kullanıldığı hallerde veyahut herhangi bir şekilde dini zorlama ve manipülasyona maruz kalınan hallerde de **AIHS**'in 9. Maddesinin bir alt kategorisi olarak devreye girebilecektir⁸³. Hiç olmazsa, Büyük Daire'nin benimsediği ve özü itibarıyla bu Çalışmada geliştirilen yaklaşımla örtüşen *Lautsi* kararında olduğu gibi⁸⁴, genel eğitim hakkı maddesi (**P1-2/c.1**) inanç özgürlüğüyle (**AIHS** Madde 9) kaynaştırılarak çocukların kendi görüşleri doğrultusundan eğitim alma haklarının bulunduğu sonucuna varılabilecektir⁸⁵.

Zaten modern eğitim teorilerin hedefinin çocuğu özgürleştirmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, klasik **UIHH** uyarınca ebeveynin görüşlerine ve tercihlerine çocuğunkine oranla üstünlük tanınması ve Kellberg'in söz-

83 Nitekim Din ya da İnanca Dayanan Her Biçimiyle Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Bildirisinin 5. Maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre, anne baba veya vasi, aile yaşamını kendi dinlerine ve inançlarına uygun olarak ve çocuğun yetiştirilmesinde gerekli olduğuna inandıkları ahlaki eğitimi göz önünde bulundurarak düzenleme hakkına sahiptir. Çocuğun anne babanın malı olarak gören bir yaklaşımın uç noktasıdır bu düzenleme; üstelik insan hakları belgesi formunda olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

84 *Lautsi v. Italy*, App. No. 30814/06, Grand Chamber Judgment of 18 March 2011, para. 78.

85 Tabi *Lautsi* davasında ebeveyn görüşleriyle çocuklarıninkinin çatışmadığını not edelim.

leriyle “anne babalara diktatöryel yetkiler verilmesi” doğru kabul edilemez.⁸⁶ Eğitim kendine güvenen ve toplumsal hayata özgürce katılması istenen bireyler yetiştirme hedefi güttükçe⁸⁷, çocukların eğitimleriyle ilgili karar sürecine katılma haklarının tanınması gereklidir⁸⁸. Dolayısıyla, yukarıda ileri sürülen görüş bu ihtiyacı yürürlükte olan UİHH normlarıyla karşılama amacına hizmet etmektedir. Doktrinde Verheyde’nin haklı olarak belirttiği gibi, ebeveynin çocuğun eğitimini belirleme hakkıyla çocuğun istekleri ve tercihleri çatıştığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin eğitim hakkına ilişkin hükümlerinin ve bu hükümlerin **Sözleşmenin** diğer hükümleriyle olan ilişkisinin **ÇHS** ışığında yorumlanması çocuk merkezli bir çözüm oluşturacaktır⁸⁹.

Yalnız, çocuğun kendisini ilgilendiren hukuki süreçlere katılım hakkı sınırsız değildir. Bir kez, kendisini ilgilendiren bütün konularda görüş açıklama hakkı bütün çocuklara değil, yalnızca kendi görüşlerini açıklama yeterliliğine sahip olan çocuklara tanınabilir. İkincisi, açıklanan görüşe uyulup uyulmayacağına; daha doğru bir deyişle açıklanan görüşe ne kadar önem verileceğinin ölçüsü olarak çocuğun yaşı ve olgunluğu dikkate alınacaktır. Bu kural **ÇHS**’nin 12. Maddesinde ve **Avrupa Çocuk Haklarının Uygulanması Sözleşmesinin** birçok maddesinde açık bir norm olarak düzenlenmiş iken **AİHS** sisteminde içtihatlarla belirlenmiştir. Örneğin, *Nielsen* davasında Mahkeme, başvuru çocuğun 12 yaşında olması sebebiyle ebeveynin isteklerine (davaya konu olan olay bakımından) uymak zorunda olduğunu hükme bağlamıştır⁹⁰. *Reime* davasında ise Mahkeme, açık bir yaş tayinine gitmeden çocuğun babasıyla görüşme sürelerini, yaşına ve olgunluğuna bağlı olarak çocuğun bizzat kendisinin belirleyeceğine karar vermiştir⁹¹. *Sommerfeld* dava-

86 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu eski üyesi Kellberg’in *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, v. Danimarka* davasında koyduğu muhalefet şerhinden aktaran van Bueren, **a.g.e.**, sf: 243. Kellberg bu muhalefet şerhinde belli bir yaşa ulaşmış çocukların görüşlerinin dikkate alınmasını isteme haklarının bulunduğunu ileri sürmüştür.

87 **ÇHS**’nin eğitimin amaçlarını düzenleyen 29. Maddesi ve **ÇHK**’nın 17/04/2001 tarihli 1 No’lu Genel Yorum’u bu bağlamda hatırlatılabilir (bkz. **General Comment No. 1: The Aims of Education**, CRC/GC/2001/1).

88 Nowak, **a.g.m.**, sf: 262.

89 Verheyde, **Convention on the Rights of the Child**, sf: 95.

90 *Nielsen*, para. 72.

91 *Reime v. İsveç*, para. 73.

sında ise, iç hukuktaki yargılama işlemleri sırasında çocuğun görüşlerinin çocuğun kendisi tarafından dile getirilmiş olması Mahkemece yeterli bulunmamış; çocuğun dava konusu hakkındaki görüşlerinin bir de bir uzman tarafından alınması gereği vurgulanmıştır⁹².

Katılım hakkının sınırları olduğunu tespit etmek yeni bir sorun doğurmaktadır. Katılım hakkı inanç özgürlüğü bakımından hangi yaşta dikkate alınacak ve çocuğun görüşlerine ebeveyninkine göre ağırlık verilecektir? Özellikle çocuğun eğitimi konusunda ebeveynin tercihi ile çocuğun tercihi çatıştığında çocuğun tercihine hangi yaşta ağırlık verilecektir?

Bu sorunu genel bir cevapla; yani değişmez bir yaş tayin ederek çözmek mümkün değildir. Çünkü çocukları ilgilendirebilecek meseleler sınırlı sayıda değildir; tamamını öngörmek olası değildir. Her bir mesele farklı bir olgunluk ve rüşt yaşı gerektirebilir. Örneğin, 5 yaşındaki bir çocuğun araba alma yeterliliğinde olduğu söylenemez; fakat aynı çocuk bakkaldan çikolata almak konusunda ebeveyninden daha başarılı olacaktır. Buna karşılık 8-10 yaşlarındaki bir çocuk ise, söz konusu otomobil olunca belki babasından bile fazla bilgili olabilir. Benzer şekilde, kılık kıyafet konusunda gençlerin ve hatta küçük çocukların bile “demode” kalmış olma ihtimali yüksek yetişkinlere göre daha “modaya uygun” karar verebileceği öngörülebilir.

Ayrıca, her bir çocuğun aynı konu karşısında göstereceği olgunluk derecesi de farklı olabilir. Üstelik bu farklılık o çocuğun eğitim seviyesine, içinde bulunduğu kültürel ve entelektüel ortama göre de değişebilir. Dolayısıyla her mesele farklı bir olgunluk yaşı gerektirebileceği için tek tek somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir tercihe gidilmesi uygun bir yaklaşım olacaktır. Nitekim bu sebeple **ÇHS**’de inanç meselelerinde belli bir rüşt yaşı öngörmemiştir. Yerine anne babaya çocuğa yol gösterme ödevi yüklemiştir. Üstelik bu ödev çocuğun gelişen kapasitesiyle ve yetenekleriyle sınırlandırılmıştır. Her çocuğun gelişen kapasitesinin ve yeteneklerinin farklı olduğu dikkate alındığında burada getirilen yaklaşım makul gözükmemektedir. Kendisini doğrudan ilgilendiren ve 4-5 yaşından itibaren bir şekilde içinde yer aldığı eğitim meselelerinde çocuğun da fikrinin oluşacağı açıktır⁹³.

92 *Sommerfeld v. Germany*, Judgment of 11 October 2001, para. 43.

93 Eğitimle ilgili meselelerde çocuğun karar verme erki hakkında bilgi için bkz. Lundy,

Doktrin, dinsel/inanç olgunluğun oluşmaya başladığı yaşlardan itibaren (aynı doktrine göre 14-15) kendi görüşleri doğrultusunda eğitime hakkı bakımından çocukların tercihlerine ağırlık verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu yaştaki çocukların eğitimdeki dinsel meselelerde anne baba otoritesine tabi tutulmasını gereksiz bulunmaktadır⁹⁴. Dinsel ya da inanç boyutlu olmayan eğitim meselelerinde bu yaşı daha aşağıya çekmek mümkündür. Her şeyden önce okul ve benzeri eğitim kurumları, çocukların saatlerini harcadığı yerlerdir ve bunun çocuk bakımından keyifli ve arzu edilebilir olması, ağırlıklı olarak çocuğun tercihlerine bağlıdır. Arkadaşlar, öğretmenler, tesis imkanları, servis imkanları, verilen dersler gibi çok sayıda faktörün etkilediği eğitim konusunda mümkün mertebe çocuğun görüşlerine önem verilmesi hem çocuk hakları bakımından uygundur hem de çocuğun o eğitim sürecini başarılı olarak tamamlaması için gereklidir. Üstelik eğitim konusunda ebeveynlerin siyasal-ideolojik sistem tarafından şekillendirilmiş “yetişkin rasyonellik anlayışı” ile çocuğun görece “saf tercihlerinin” pek örtüşmesi beklenemez. Çocuk rasyonelliği daha farklı işlemektedir. Yaratıcılığa odaklanmış bir eğitim süreci, düzen fikriyle çerçevelenmiş ebeveyn rasyonelliğiyle yürütülemez.

Bu konuda son söylenmesi gereken, *de lege ferenda*, çocuğun kendi görüşleri doğrultusunda eğitim görme hakkı bulunduğu ve bu hakkın ebe-

a.g.m., sf:363; Harris, a.g.m., sf:935-940. Bu son makalede yazar ebeveynlerin devlete karşı eğitim kurumunu seçmesini de karar verme erki olarak ele almaktadır. Ayrıca İngiliz eğitim sisteminde ebeveynlerin okul ve müfredat seçme hakları üzerinde yoğun bir tartışma bulunmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. Paul Meredith, “Incorporation of the European Convention on Human Rights into UK Law-Implications for Education”, *European Journal for Education Law and Policy*, Vol.2, 1998, sf:7-23, özellikle 13-21; Lundy, a.g.m., sf:354-356.

94 Jost Delbrück, “The Right to Education as an International Human Right”, *German Yearbook of International Law*, Vol.35 (1992), sf:92-104, 103. Başka çalışmalarda da, 15 yaş civarının dinsel özgürlüğün kazanılması için yeterli bir yaş olduğu düşünülmektedir. Bkz. Öktem, a.g.e., sf:303 ve dipnot 888, sf: 436 ve dipnot 1287’de gösterilen eser. Dinsel özgürlüklerin kazanılması bakımından belli bir yaş tayinine gitmeyip bu konuda çocuğun yaş ve olgunluğunu, ihtilafa konu olan dinsel özgürlüğün doğasını/niteliğini ve çocuğa aile dışından yapılan etkilemeler ile zorlamaları dikkate alarak bir çözüme gidilmesi fikri de doktrinde savunulan görüşler arasındadır. Bu görüş için bkz. Donna J. Sullivan, “Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, *The American Journal of International Law*, Vol.82, No.3, July 1988, sf:487-520, 513.

veyn haklarına üstün geldiğinin açıkça düzenlenmesi gerektiğidir.⁹⁵ Böylelikle, bu çalışmada yapıldığı gibi, uzun tartışmalara girilmekten kaçınmak mümkün hale geleceği gibi sadece inanç özgürlüğü bakımından aranan koşulları karşılayanlar değil eğitimle ilgili hemen her konuda çocuğun görüşlerinin dikkate alınması sağlanmış olacaktır. Tabi böyle bir düzenlemenin kolay kolay yapılamayacağı da bir gerçektir.⁹⁶

95 Krş. Lundy, a.g.m., sf:364.

96 Çünkü birçok devlet, genel olarak çocukların karar verme erki haklarına özel olarak da çocuğun din özgürlüğü ve alacağı eğitimin niteliğini seçme hakkına karşı çıkmaktadır. Bu devletler çocuk haklarının koruma haklarından ibaret olmasını savunmaktadırlar. Bazıları ÇHS'nin çocukları özgürleştirici haklarına çekinceler koymuşlardır. Bu konuda bilgi için bkz. LeBlanc, a.g.e., sf:157-182.