

TORBA YASADAN (6518 SAYILI) ÇIKAN HUKUKA AYKIRI BAZI SORUNLAR-1

Nihat Tarımeri
Sosyal Hizmet Uzmanı

ÇOCUKLAR AYNI ZAMANDA "İDARE" NİN MÜLKÜ DEĞİLDİR..

DURUM :

1- İnternetle ilgili düzenlemelerin yer alması nedeniyle kamuoyunda internet yasası olarakta adlandırılan 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı torba niteliğindeki kanun 19 Şubat 2014 tarihli Resmi Gazete de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Toplam 126 maddeden oluşan kanunun başlığının AİLE VE SOSYAL POLİTİKALAR BAKANLIĞININ TEŞKİLAT VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN olmasına rağmen kısmende olsa 14 ve 31 maddeleri arasında ASPB nin uygulamalarına da yönelik yeni yasal düzenlemeler yapılmıştır. TBMM de yasalaşma konusunda tercih edilen yöntem açısından hukukun temel ilkelerinden biri olan "DÜRÜSTLÜK İLKESİNE" aykırı olduğunda öngörülebilecek bu yasal düzenlemeler arasında çocuk ve gençlerin korunması dahil sosyal hizmet uygulamalarına yönelik hukuksal ve teknik açıdan sorunlar içeren bazı düzenlemelerin var olduğu da diğer aykırılıklarla birlikte görülmektedir.

AÇIKLAMALAR

2- Bunlardan biride bu kanunun 22 inci maddesinde 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununda yapılan yeni yasal düzenleme olup uygulamaya ek bir geçici madde getirilmiştir.

Bu madde aynen şu şekildedir.

"MADDE 22 - 2828 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

"EK MADDE 9 - Haklarında korunma, bakım veya barınma tedbiri kararı alınarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına ait sosyal hizmet kuruluşlarına yerleştirilmiş olan çocukların, yüksek yararları gözetilmek kaydıyla, eğitimleri ile hayat veya beden bütünlüklerinin korunması açısından zorunlu olan hâllerde, veli veya vasiye ait yetkiler çocuğun bulunduğu yer sosyal hizmet kuruluşunun belirlenecek yetkilisi veya sorumlusu tarafından kullanılır. Yapılan iş ve işlemler hakkında veli veya vasiye derhâl bilgi verilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Adalet Bakanlığının görüşü alınarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir. "

3-Dolayısıyla 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanun' un da yapılan bu düzenlemeyle 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) nu kapsamında korunma, bakım veya barınma tedbiri kararı alınan ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına (ASPB) ait sosyal hizmet kuruluşlarına yerleştirilmiş olan çocukların, zorunlu olan hallerde yüksek yararları gözetilmek kaydıyla, **eğitimleri ile hayat veya beden bütünlüklerinin korunması açısından zorunlu olan hâllerde, velisine yani velayet hakkına sahip bulunan ana ve/veya babaya veya vasiye ait yetkilerin çocuğun bulunduğu yer sosyal hizmet kuruluşunun belirlenecek yetkilisi veya sorumlusu tarafından kullanılacağı öngörülmüştür. İnancı, kimliği ve düşüncelerinde kendi çocuklarına yönelik yetkileri sınırlandırılmış olan ana ve babanın/velinin ; ana ve babalık hakları kapsamının da ötesinde yüklendiği görev bağlamında "İDARE adına "çocuk" üzerinde dayanağı olmayan bir yetki oluşturulmuştur. Böylece ,ÇKK ile yargısal /adli bir hizmet olarakta öngörülen ve yapılandırılan "medeni/yurttaş" hukuku kapsamındaki çocukların toplumsal/kamusal açıdan korunmalarıyla ilgili uygulama için hem usul hemde teknik içerik açısından tartışmalı bir durum yaratılmıştır. Çocuklar üzerinde bir "sahip" gibi yetki sağlanmıştır..**

Velayet Kurumu

4-Medeni/yurttaş hukuku açısından konu ele alındığında ; bilindiği gibi çocuk dahil bireylerin aile ve toplumdaki konumları ,hakları yurttaş olma hakları bağlamında belirlenmektedir.Medeni/yurttaş hukuk sistematüğinde ise bir çocuğun hukuksal açıdan erişkin olarak kabul edilmesine kadar ki sürede ana ve/veya babanın bir veli olarak reşit olmamış çocukları üzerindeki (kanundan doğan) eğitim ve terbiye hak ve yetkisi "Velayet" kurumu ve kavramıyla değerlendirilmiştir..2001 yılından beri yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanun (TMK)' ununda da bu konu "aile hukuku" kapsamında 335 ile 351 maddeleri arasında ele alınmıştır. Bu bağlamda ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velâyeti altında olduğu kabul edilmiştir. Yasal bir sebep olmadıkça velâyetin ana ve babadan alınamayacağı öngörülmüştür..(mad.335)

5-Bu kapsamda ana ve babanın , çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp ve uygulayacağı; çocukların, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olduğu;ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanıyacağı , önemli konularda ise olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutacağı; çocuğun, ana ve babasının rızası dışında evi terkedemeyeceği ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamayacağı öngörülmüştür (mad 339).Ana ve baba aynı zamanda velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.

Koruma

6- Ayrıca ; çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkimin, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacağı öngörülmüştür. (mad.346) Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir. Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır. (mad.347)Bu düzenlemeler bağlamında çocukların bedensel ve zihinsel gelişmelerinin tehlikeye düşmesi durumunda toplum adına müdahale yetkisi giderleri Devletçe karşılanacak şekilde yargısal bir görev olarak öngörülmüştür. Hâkim ise bu konuda yetkilendirilmiştir."İdare 'de buna bağlı olarak görevlendirilmiştir.

7-Öte yandan çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına da karar verebilmektedir.

* Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

* Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

Velâyet ana ve babanın her ikisinden birden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanacağıda belirtilmektedir. (mad.348)

8- Dolayısıyla tarihsel bir süreç içinde hukuksal açıdan da yaşanan bir evrime dayalı olarak çocuğun ait olunan topluluğun ve babanın mülkü olarak değerlendirilmesinin engellendiği medeni/yurttaş hukuku bağlamında ana ve babanın/velinin çocuğa karşı görev ve yükümlülüklerini yerine getirilmemesi durumunda toplumsal açıdan koruyup korunmasıyla ilgili koruma göreviyle ilgili bu yetki ve sorumluluk Türk Medeni Kanundaki yaklaşımla bir yargısal/adli görev olarak ele alınmıştır. Bu yöndeki müdahale içinse bu yargısal/adli hizmet bağlamında "hakim" yetkilendirilmiştir. Gene bu yetki ve görevlendirme bağlamında "vasi" olarak öngörülen kişinin hemen atanmasına da ayrıca öngörülmüştür. (Önce 2828 sayılı kanun daha sonra da 5395 sayılı ÇKK ile de "idare" bu kapsamda ki çocuklar için bakım hizmeti için görevli kılınmıştır.)

Vasilik ve Vesayet

9 - Gene çocuğun korunması ve anababanın velayet yetkisiyle ilgili TMK ' unun 396 ile 494 üncü maddeleri arasında bir ihtiyaç olarak öngörülen vasilik ve vesayet kurumunuyla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerle; "vesayet organları", vesayet daireleri ile vasi ve kayyımlar olarak öngörülmüştür. "Kamu vesayeti " ise vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülmektedir.

(mad.396) "Vesayet makamı" ise, sulh hukuk mahkemesi; "denetim makamı"ysa, asliye hukuk mahkemesidir. (mad.397)

9 - Bu bağlamda ; "vasi" , vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü kişiye denilmektedir. Kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanan kişidir(mad.403) Velâyet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağı belirtilmektedir..(mad.404) Vesayet altındaki kişi küçük ise, vasi onun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, vasi bu konuda ana ve babanın yetkilerine sahiptir. (mad.445) Küçüklerin koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine vasinin başvurusu üzerine vesayet makamı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bizzat "vasi "karar verir ve durumu derhâl vesayet makamına bildirir. Ayrıca vesayet makamı, bu görevi yapabilecek yetenekte olan bir ergini vasi olarak atarken bu konuda atanacak kişide bir yetkinliğin var olmasında öngörülmüştür. Gereken durumlarda ise, bu görevi birlikte veya vesayet makamı tarafından belirlenen yetkileri uyarınca ayrı ayrı yerine getirmek üzere birden çok vasi atanabilir. Rızaları bulunmadıkça birden çok kimse vesayeti birlikte yürütmekle görevlendirilemez. (ma.413) Tüm bunlarla birlikte vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasi, vesayet altındaki kişiyi bütün hukukî işlemlerinde temsil edeceği öngörülmüştür. (mad.448)

Tüzük

10- TMK 'nun velayet,vesayet ve miras ile ilgili hükümlerine dayalı olarak öncelikle yargısal/adli bir hizmet olarak şekillendirilen böyle bir uygulanmaya yönelik Bakanlar Kurulu 21/07/2003 gün ve 2003/5960 sayılı Bakanlar Kurulu ayrı bir tüzükte yayınlamıştır.60 maddeyi içeren ve halen yürürlükte olan bu tüzüğe göre Yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı ve velayet hakkında Türk Medeni Kanununun 335-351 inci maddeleri hükümleri uygulanacağı vurgulanmıştır.. Ayrıca TMK ' nun 397 nci maddesi uyarınca vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesi, denetim makamı asliye hukuk mahkemesi olarak belirtilirken aile hukukundan doğan vesayet işlerinde, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun vesayet ve denetim makamlarına ilişkin 7 nci maddesi hükümleri uygulanacağı da belirtilmiştir.. (mad.8)

11-Gene bu tüzükte "korunmaya muhtaç çocuk" lar hakkında sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri için mahkemece korunma kararı alınmışsa veya derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahalli mülki amirin onayı ile bakım altına alınmışsa vesayet makamı, çocuk velayet altında değilse, çocuğun verildiği kimseyi veya ailesinde uygun gördüğü kimseyi ya da vasilik koşullarını taşıdığı takdirde kurum müdürünü veya başka bir kişiyi vasi olarak atayabilmektedir.(mad.13) **Dolayısıyla TMK 'nun da ki yaklaşıma ve düzenlemeye bağlı olarak velayeti kaldırılan çocuğun hukuksal hakları dahil tüm haklarının korunması için atanması gereken her türlü "VASİ" nin atama yetkisi , belirlenmesi ve bu yöndeki tercih vesayet makamı olarak öngörülen sulh hukuk mahkemesindedir.** Bu çocuklardan koruyucu aile yanına yerleştirilenlerin bir kuruma yerleştirilmesine karar verilmesi halinde vesayet makamı, eski vasinin görevine son vererek ailesinde uygun gördüğü kimseyi veya yerleştirildiği kurum müdürünü veya başka bir kişiyi vasi olarak atar. Bir tercih bağlamında vasi olarak atanan kurum müdürü, çocuğun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Kuruma yerleştirilen çocuğun malları varsa ve kurum müdürü malları yönetme görevini kabul etmezse, rızaları alınarak bir veya birkaç vasi daha atanabilir.Dolayısıyla "hakim" tarafından yapılan "vasi" atamasına denetim ve gözetimine dayalı bir görevin yürütülmesi hedeflenmiştir.

12-2005 yılında yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ise "korunma ihtiyacı çocukların" korunmasıyla ilgili ceza hukukunun uygulamasıyla birlikte hibrit/melez kendine özgü bir uygulama getirmiştir.Bu bağlamda "bakım" tedbiri, koruyucu ve destekleyici destekler olarak 5 inci madde de diğer tedbirlerle (danışmanlık,eğitim,sağlık,barınma) birlikte öngörülmüştür.Bu tedbir kararlarının uygulanmasında ise 7 inci madde de bu kanunla kurulan çocuk mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Genel uygulamadan da farklı olarak Türkiye ye özgü bir şekilde bir ceza mahkemesi olarak kurulan bu çocuk ve çocuk ağır ceza mahkemeleri aynı zamanda Türk Medeni Hukuku uygulaması konusunda da yetkili ve görevli kılınmıştır.Velayet,vesayet,kayyım,nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında yetkilendirilmiştir.Bu kanunun Gecici 1.Maddesinin (4).fıkrasında çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde bu mahkemeler kurulup

göreve başlayınca kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararlarının görevli aile ve asliye hukuk mahkemelerince alınacağı da ayrıca belirtilmiştir.Bu öngörü uygulama yönetmeliğine de aynen yansıtılmıştır. Bu yöndeki görevlendirmeye de ilgili Yargıtay içtihatları da oluşmuştur.(Yargıtay 2.Hukuk Dairesi 04.10.2010 gün ve 1341 E-15846 K sayılı karar)

13-Diğer yandan bahse konu 6518 sayılı torba yasada yapılan düzenlemeyle ek geçici maddenin de yer aldığı 2828 sayılı kanunun "Korunma Kararı" ile ilgili 22 inci maddesine yönelik 17. ve 30.uncu maddelerinde yapılan düzenlemeler sonucu madde yeniden şu şekilde düzenlenmiştir. (<http://www.cocukhizmetleri.gov.tr/upload/Node/10608/files/15.2828.pdf>)

"Madde 22 - Korunmaya ihtiyacı olan çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa göre yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir. Haklarında derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahkeme kararı alınıncaya kadar, bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya aile yanında mahalli mülki amirin onayı alınmak suretiyle bakım altına alınır."

Dolayısıyla 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının kurulmasıyla ilgili kanun hükmündeki kararnameyle bir çok maddesi uygulamadan kaldırılan 2828 sayılı kanunda yer alan bu maddeye yönelik 6518 sayılı bahse konu kanunun 17 inci maddesin de yapılan düzenleme sonucu 5395 sayılı kanunda yer alan mahkemeler (çocuk mahkemeleri ve bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde aile mahkemeleri veya asliye hukuk mahkemeleri) yetkili kılınmıştır. TMK' u kapsamındaki uygulamalarda bu kapsamda öngörülmektedir. Koşullu da olsa idareye yöntemi belli olmayacak şekilde "vasi" atamasıyla ilgili bir yetki ek geçici madde ile bu şekilde verilmiştir. Bahse konu bu düzenleme "vesayet makamı " ve "vasi" uygulamasıyla ilgili önemli bir çelişki ve teknik sorunu da oluşturmuştur..

DEĞERLENDİRME

14- Görüleceği gibi ;TMK nunda yer alan yaklaşım ve düzenlemeler bağlamında bir çocuğun onsekiz yaşına kadar ki sürede ana ve/veya babanın bir veli olarak reşit olmamış çocukları üzerindeki kanundan doğan eğitim ve terbiye hak ve yetkisiyle ilgili bir "velayet" yetkisi söz konusudur.Ancak anababanın çocuğa karşı sorumluluk ve yükümlülüklerini belirleyen bu yetki mutlak ve sorumsuz bir yetki değildir.Bir görevin yürütülmesiyle ilgili bu yetki ; toplumsal / kamusal açıdan gözlenmesi , denetlenmesi gereken müdahale edilebilir sınırlı bir yetkidir.Bir "mülk" veya bir "sahiplik" yetkisi asla değildir. Çocuğun menfaati ve bedensel ,zihinsel gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde ise çocuğun korunması toplumsal bir görev ve yükümlülük olarak kabul edilmiştir.Bu görev ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi vede ailenin dışındaki bakım hizmeti dahil uygun önlemlerin alınması içinde yargısal/adli bir görev bağlamında "hâkim" görevli ve yetkili kılınmıştır.Bu önlemlerin yeterli olmaması durumunda ise anababanın yetki ve sorumluluklarını içeren "velayet" yetkisini kaldırabileceği de öngörülmektedir. Hukuksal ve sosyal hizmetler açısından yaşanan evrime bağlı olarak da bu yetki ve göreve bağlı sorumluluğun devamı içinse "vasi" olarak görevlendirilen bir kişinin atanması teknik olarak gerekmektedir.Türk hukuk ve idari sisteminin yöntem ve sistem olarak yaptığı böyle bir tercih bağlamında 2005 yılı dahil 1926 yılından beri çocukların toplumsal/kamusal açıdan korunmasına yönelik uygulama öncelikle yargısal/adli teknik bir hizmet kapsamında ele alınmıştır. Bir kurumda veya başka bir ailenin yanında barınması ve bakım hizmetinin de teknik bir idari yapı tarafından yargısal bir denetim ve gözetim kapsamında yürütülmesi de bir yöntem olarak benimsenmiştir.Dolayısıyla "idare"; kararı veren mahkemeye yani hakime karşı görevinin niteliği ve işleviyle de ilgili belli bir sorumluluk yüklenmiştir. En son olarak gene bu yaklaşımla 2005 yılında ÇKK ve 2011 yılında ASPB kurulmasıyla da kendine özgü bir uygulama getirilmek istenmiştir.Aynı zamanda TMK nun kaynak hukuk olarak alındığı İsviçre veya Almanya daki teknik uygulama ve yapılanma konusundaki farklılığın giderilmesi yönündeki direnç devam ettirilmiştir.

15-En son 6518 sayılı kanun ile yapılan düzenlemenin de gene bu kendine özgünlük içinde yapıldığı görülmektedir.Bu düzenleme ve ortaya çıkan teknik durum hem TMK,hem ÇKK hemde en son 6.2.2014 tarihli 6518 sayılı Kanunun 17 inci maddesinde yapılan düzenleme birlikte değerlendirildiğinde görüleceği gibi TMK da öngörülen çocukların korunmalarıyla ilgili uygulamanın tamamen 5395 sayılı ÇKK üzerinden yürütüldüğü gayet açıktır. Fakat uygulamayla ilgili bu açıklığa ve bu yönde ayrı bir tüzüğün var olmasına rağmen (ki bu

tüzükte tartışmalıdır ve sorunlar içermektedir.)TMK nun bir uygulaması olan "vasi" likle ilgili düzenlemenin aynı kanunun alt maddesinde 2828 sayılı kanun üzerinden yapılması ve bu uygulamanın temel felsefesine de aykırı olacak şekilde bu konuda "idare" ye yetki verilmiş olması önemli bir hukuk tekniğine aykırılığını ortaya çıkarabilmektedir.Çünkü 17 inci madde de yapılan düzenlemeyle çocukların korunmasıyla ilgili uygulama 2828 sayılı kanundan tamamen ortadan kaldırılmıştır. Fakat buna rağmen idare tarafından arzu edilen yetki ise 5395 sayılı kanun yerine 2828 sayılı kanuna eklenen ek geçici bir madde üzerinden görüleceği gibi yapılmıştır..TMK nun uygulaması kapsamındaki bir yetkiyle ilgili "idare"nin böyle bir yöntem sonucunda yetkili kılınması 5395 sayılı kanununun uygulayıcıları tarafından bu yeni düzenlemenin takip edilmesini veya bu yönde hukuksal bir tepki verilmesini de bir ölçüde engelleyebilmesi içinde bir zeminde oluşturabilmektedir.

16-Diğer yandan yapılan bu değişiklikle ASPB 'na ait sosyal hizmet kuruluşlarına bakım tedbiri bağlamında mahkeme kararıyla yerleştirilmiş olan çocukların, zorunlu olan hallerde yüksek yararları gözetilmek kaydıyla, **eğitimleri ile hayat veya beden bütünlüklerinin korunması açısından** zorunlu olan hâllerde, velisine yani velayet hakkına sahip bulunan ana ve/veya babaya veya vasiye ait yetkilerin çocuğun bulunduğu yer sosyal hizmet kuruluşunun belirlenecek yetkilisi veya sorumlusu tarafından kullanılacağına bu şekilde öngörülmüş olması ve bu yönde niteliği belli olmayan böyle bir tercih sonucu aslında "idari" bir işlemin oluşmasına da neden olmaktadır.Hangi hallerin "zorunluluk" içerdiği belli olmayan durumlar için hem bu görevlendirmeyi yapan hemde görevlendirilen kişiye ek idari ve hukuksal sorumluluk getirmektedir.Buna bağlı olarak hukuksal açıdan da yeni bir usul uygulamasıda getirilmektedir. Yapılan iş ve işlemler hakkında veli veya vasiye derhâl bilgi verileceği de öngörülmesi nedeniyle yapılan iş ve işlemin idari bir işlem olmasına bağlı olarak görev usul veya kusuruna bağlı olarak her hangi bir mağduriyet veya sorun oluştuğu takdirde veli ve vasinin hukuksal açıdan hak arama süreci de idari hukuk usulleri üzerinden yapılmasını gerektirecektir.Bu yönde de doğal olarak önemli bir yarı karmaşa oluşabilecektir.

17- Aynı zamanda hukuksal ve uygulama açısından diğer bir önemli sorun mevcut hukuk sistemimizden kaynaklanan sorundur.Bahsi geçen konu vesayet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir konudur. Medeni/yurttaş hukuk sisteminden dolayı da TMK da gerekli değişiklik yapılmadan böyle bir yetkinin idare tarafından kullanılmasını mümkün kılamamaktadır.Kişilerin "yurttaş" üst kimliğiyle aile dahil toplumdaki konumlarını , haklarını belirlemeye yönelik böyle bir temel kanun varken ve aynı zamanda aynı kanunun 17 inci maddesinde yapılan değişiklikle düzenlemenin hiç bir ilgisi kalmamış bir 2828 sayılı kanun üzerinden yapılması konuyu teknik bir zorlamanın ötesine de götürmektedir.T.C. Anayasa'sın da öngörülen hukuk devleti ilkelerine aykılıkla birlikte başta "dürüstlük" ilkesi dahil yasa yapma tekniğine de uygun ol(a)amamaktadır.Üstelik bu yöndeki uygulamayı düzenlenecek yönetmeliğe bırakmak ise hem görevlendirilenler hemde uygulamanın niteliği ve işlevi açısından diğer bir çok ek sorunları da birlikte getirebilecektir.Çocukların yaşam hakkı dahil uluslararası sözleşmede öngörülen bir çok haklarıyla ilgili sorunlar yumağı oluşabilecektir.

18- Üstelik inancı,kimliği ve düşüncelerinde kendi çocuklarına yönelik yetkileri sınırlandırılmış olan velinin veya vasinin yetki ve yükümlülüklerinin üzerinde çocukların **eğitimleri ile hayat veya beden bütünlüklerinin** korunması açısından zorunlu olan durumlarda idare tarafından atanacak/görevlendirilecek kişiye bu yönde bir yetkinin kullanımı vede bunun sadece çocukların yüksek yararı gibi subjektif bir koşula dayandırılması da ayrı ayrı ele alınmasını gerektiren tartışmalı bir durum yaratmaktadır.ÇKK nun 4 üncü maddesi bu kapsamda yargı dahil bu alanda çalışan tüm kişileri çocukların yarar ve esenliğini gözetmekle yükümlü kılarken bunun ne şekilde nasıl ,ne ile somutlandırılacağı yapılan son düzenlemede belli değildir. "Zorunlu hal" ile oluşan belirsizlikle birlikte bu belirsizlik daha da artabilmektedir. Ayrıca ;veli veya vasiye ait yetkilerin "çocuğun bulunduğu yer sosyal hizmet kuruluşunun belirlenecek yetkilisi veya sorumlusu tarafından kullanılacağı" yapılan düzenlemede belirtilirken böyle bir yetki verilecek kişinin hangi niteliklere göre kimin tarafından belirleneceği de belirsizdir.Hem uygulama hemde uygulayıcıların nitelikleriyle ilgili bu önemli belirsizlik; Bakanlığın belli bir niteliğe dayalı teknik personel açısından şimdiye kadar oluşturduğu istihdam politikasına ve uygulamadaki yaklaşımı bağlamında daha da bir belirsizlik içermektedir.Bu belirsizliğin giderilmesi yönteminin yönetmelikle giderilecek olması ve yönetmeliğin düzenlemesiyle ilgili ayrı bir süre sınırlamasının yapılan düzenlemede belirtilmemesi de ayrı bir endişe kaynağı olabilmektedir. İdare tarafından denetlenmesi ve sorgulanması oldukça zor sorunlar içerecek çocuğun yarar ve esenliğine aykırı keyfi uygulamalara da zemin oluşabilmektedir.İdari işleme bağlı yapılan iş ve işlemin idarenin yaklaşımı

bağlamında sorgulanamayacağı "sorumluz" sorumlu kişilerin oluşmasına da katkı verebilmektedir.Çocuklar üzerinde bir "sahiplik" veya bir mülkiyet durumu söz konusu olabilmektedir.

19-ÇKK kapsamındaki ASPB tarafından yürütölen bakım hizmetiyle ilgili bu duruma uygulayıcı açısından bakıldığı takdirde böyle bir hukuka aykırılıklar içeren düzenleme muhtemelen bu yönde duyulan bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik olmalıdır.Kendileri açısından haklı nedenleri olabilir. Bilindiği gibi 18 yaşına kadar olan çocukların toplumsal açıdan korunup kollanmalarına yönelik hizmet öncelikle yargısal/adli bir hizmet olarak öngörölmüştür. İdare ise sadece bakım hizmetini yürütmekle görevlendirilmiştir.Özellikle yaklaşımın ve uygulamanın TMK 'nun kaynak hukuk olarak alındığı İsviçre'den farklı bir şekilde yapılandırılmış ve kurumsallaştırılmış olması da aslında bu konuda önemli yapısal bir sorun oluşturmaktadır.Çocukların korunması bağlamında kamusal müdahale yetkisini de içeren "idari kamusal vesayet" ile gene medeni hukuk kapsamındaki medeni/yurttaş haklarıyla ilgili "yargısal kamusal vesayet" yapılanması ve uygulamasıyla ilgili gerekli olan farklı iki yapı şimdiye kadar teknik bir ihtiyaç olarak öngörölmemiştir.Bir toplumsal/ kamusal gözetim bağlamında idari açıdan kamusal müdahale yetkisini de bir görev olarak öngören bu teknik zorunluluk görmezden gelinmiştir.Bu yapısal soruna en son çocuk ve gençlere yönelik ceza hukuku ile ilgili uygulamalarda eklenerek bu yapısal sorun 2005 yılından beri uygulamayı belirleyen ÇKK na daki uygulamalara da yansıtılmıştır.Sorunun teknik yönetimini ve kargaşayı daha da derinleştirmiştir.Bu kanunun hala teknik ihtiyaçları karşılayamadığı da yapılan bu düzenlemeye yönelik ihtiyaç ile de açıkça görölmektedir.Bu ihtiyaç , bakım tedbiri dahil ÇKK nun 5 inci maddesinde öngörölen tedbir kararların alınmasındaki nitelik sorununu Sosyal İnceleme Raporlarıyla ilgili nitelik ve işlev sorunuyla birlikte ortaya koymaktadır. Bu bağlamda anababanın velayet ile ilgili yetkilerinin kaldırılmasına bağlı olarak öngörölen "vasılık" ile ilgili uygulamayı ve bu yöndeki atama dahil diğer sorunların varlığını da somut bir şekilde yansıtmaktadır.Muhtemelen vasi atanmasındaki bazı özensizlikle birlikte "vasi"nin ulaşılır olamaması,bakım tedbiri kapsamında kurum bakımına alınan çocuğun başka ildeki bir kuruma veya bir koruyucu ailenin yanına yerleştirilmesi ; bu yöndeki uygulamaların , nakillerin mahkemeye rutin raporlama da bildirilmemesi veya bildirilse bile izlenmemesi ,sorgulanmaması gibi bir "süreç ve risk yönetimini" de içeren teknik görev eksikliklerinin varlığı da böyle bir süreçte yaşanan sorunun parçası olabilmektedir.Bunlara bağlı olarak ise bu yönde öngörölen yargısal izleme ve denetim eksikliğinin varlığı da ayrıca ortaya konulmaktadır.Böyle bir eksiklik aynı zamanda düzenlemeyle ilgili çocuklara yönelik ek sorunlarının daha da yaşanmasına neden olabilecektir.Ayrıca ,kanun ile düzenlemesine rağmen bu alanda çalışan teknik çalışanlara mesleki sorumluluğunun yanı sıra vicdani ve hukuksal sorumluluklar, sorgulanabilinir yükümlölüklerde getirmektedir. Bu nedenden dolayı uygulayıcıların bu sorunların ve endişelerin neler olabileceklarini daha iyi bilmeleri,yaşamaları bağlamında bu düzenlemenin daha da derin bir şekilde tartışılmasının gerektiği bir durum da ortaya çıkmaktadır.

SONUÇ ve ÖNERİLER

20-Dolayısıyla TBMM de 6.2.2014 tarihinde kabul edilip 19.Şubat 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6158 sayılı (torba) kanunun 22 inci maddesin de yanlış bir şekilde 2828 sayılı kanuna eklenen ek geçici madde ile ASPB bünyesindeki bakım tedbiri altındaki çocuklar için öngörölen vesayet kurumu uygulamasına yönelik düzenlemenin öncelikle teknik açıdan uygulamaya yönelik aykırılıklar içerdığı görölmektedir.Daha da önemlisi. başta dürüstlük ilkesi de dahil olmak üzere TMK nunda öngörölen uygulamaya aykırılık içermesi bağlamında öncelikle hukuka ve bu yöndeki usüllere aykırılık içerdığını de değerlendirmek mümkündür.Bilindiği gibi ;keyfiliğe yer olmayan,evrensel demokratik hukuk kurallarına uygun olarak çıkarılmış kanunlarla tanımlanmış ve herkesin buna sıkı sıkıya uyduğu bir düzene bir hukuk devleti düzeni denilmektedir.Böyle bir devlet düzeni ise Laik; Sosyal ve Hukuk Devleti ilkeleriyle belirlenmektedir. Yapılan düzenlemeye bu açıdan bakıldığı takdirde ise öncelikle bu aykırılığın giderilebilmesi bir ihtiyaç olmaktadır.. Böyle bir ihtiyacın karşılanabilmesi içinse TBMM de ana muhalefeti temsil eden parti tarafından yeterli imzanın toplanması koşuluyla 60 günlük bir süre de maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekmektedir. (6216 Sayılı Kanun ;Mad.37) Veya bu konuda yetkili mahkemelerden birinin ya yapılan bir başvuru veya aldığı bir karar bağlamında bu durumu Anayasa Mahkemesine götürmeside olabilmektedir. (Mad.40) Bu bağlamda bu aykırılıklar Anayasa Mahkemesinin değerlendirilmesine taşınabilinir. Ancak şu anda yasa yürürlüğe girmiştir. Ortada başlamış bir uygulama söz konusudur. Bu nedenden dolayı uygulama yönetmeliğinin en azından endişe ve sorunları giderecek şekilde vede "İdare" nin bu konudaki yetkilerini daraltacak bir yönetmelikle uygulamanın yürütölmesi sağlanabilinir. Çocukların yarar ve esenliğine aykırı

olabilecek keyfi uygulamaların denetlenmesi, izlenmesi, sorgulanması sağlanarak çıkabilecek sorunların giderilmesi kısmende olsa hedeflenebilir.

21. Ancak çocuk ve gençlerin medeni /yurttaş hukuku kapsamında yurttaşlık haklarına dayalı toplumsal/kamusal açıdan korunup kollanmalarıyla ilgili mevcut olan yaklaşım ,irade (akademik,teknik,siyasi) ve buna dayalı olan yapısal sorunlar giderilmediği sürece bu konuda şimdiye kadar yapılan düzenlemelerle bu sorunun ve görevin yerine getirilmesinde yaşanan sorunların yaşanmasına aynen devam edilecektir. İdare tarafından yerine getirilen belli bir eğitim konseptine ve modeline dayanmayan vede daha çok beslenme ve barınma odaklı bakım hizmeti aynen devam edecektir.Aslında çocuk koruma ve suça yönelen çocuklarla ilgili günümüzde yaşanan sorunun günümüz koşullarında gösterdiği değişim ve özellikleri nitelikli kamusal bir hizmeti ihtiyaç olarak ortaya koymaktadır.Fakat; daha çok hayırseverlik veya yardımseverlik yaklaşımına dayalı bu hizmet modeli/yöntem bu ihtiyacı karşılamaktan uzaktır. Bu ise dinsel bir değer olan hayırseverliğin bir evrime bağlı olarak hukuk kurumuyla birlikte dünyevileşmesi sonucu ortaya çıkan sosyal hizmetler ve uygulamalarına yönelik var olan genel bakış ve yaklaşımla ilgilidir.Özellikle 2004 yılından beri iç hukukun bir parçası olan Avrupa Sosyal Şartına rağmen sosyal hizmetlere hala bir hayırseverlik ve/veya yardımseverlik yaklaşımıyla bakılmaktadır.Vergi vergilenlerce oluşturulan kamu kaynaklarıyla yürütülen uygulama da bunu yansıtmaktadır. Bu hizmetlerin ; idare tarafından sosyal hizmet yöntemleriyle verilmesi gerekliliği ise hala benimsememiştir, içselleştirilmemiştir.Bu ise doğal olarak son düzenlemede olduğu gibi hukuka aykırı yaklaşımlar ve keyfi uygulamalar içinde zemin oluşturabilmektedir.İsviçre veya Almanya gibi idari vesayet uygulamasının "Gençlik Dairesi/Jugendamt" tarafından idari bir görev kapsamında yerine getirildiği bir asırlık uygulamada bile olmayan ve olamayacak bir yetki bile yapılan son düzenlemeyle rahatlıkla öngörülebilinmektedir. Bu gerçekler bağlamında şimdiye kadar çocuklara uygun görülen bu yaklaşımın ve iradenin öncelikle terkedilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda en kısa zamanda ÇKK nunun yerine uluslararası sözleşmelere de uygun teknik bir uygulamaya yönelik yeni bir yasal düzenlemenin yapılması için bir çalışma başlatılmalıdır.

22- Öncelikle ve özellikle ÇKK nun da kendine özgü bir şekilde oluşturulan ceza hukukuyla ve medeni/yurttaş hukuku arasında net bir ayrıma gidilmelidir.Özellikle çocukların korunması için gerekli olan gözetim ve müdahale yetkisi koruma işleviyle birlikte anayasal güvence altına alınmalıdır. Koruyup kollanamayı da içeren "Koruma" ile ilgili boyut ise çocuk ve gençlik yardımını kapsayacak şekilde çerçeve bir sosyal hizmetler yasası başlığında ele alınmalıdır.(Hatta uygulayıcı bir özelliği ve niteliği yansıtmayan ASPB adı değiştirilmelidir.)Buna bağlı olarak ise kamusal müdahale yetkisini de içeren "idari kamusal vesayet" uygulamasına yönelik kurumsal bir idari yapılanmaya gidilmelidir.Medeni /yurttaş haklarıyla ilgili uygulamanın bir kısmı süreç yönetimini de içerecek şekilde bu yapılanmayla birlikte öncelikle sosyal hizmet yöntemlerinin uygulanmasına yönelik (ki Avrupa Sosyal Şartı mad.13 ,14,16,17) teknik bir idari görev kapsamında öngörülmesi sağlanmalıdır.Bu yükümlülükler yerine getirilmelidir.(Model uygulama İsviçre ve Almanya,Hollanda gibi) Velayet,vasilik ,kayım gibi aile ve medeni/yurttaş hukukuyla ilgili uygulamalar içinse öncelikle aile mahkemeleri yetkilendirilmelidir.Bu mahkemelerce ihtiyaç duyulan teknik raporlama hizmeti ise bu mahkemede görevlendirilen kişiler yerine kurumsal olarak idari yapı içinde yapılandırılması gereken yapıdan alınmalıdır.Boşanma dahil bu konudaki süreçlerde birlikte yürütülebilir kılınmalıdır.

23-Diğer yandan ceza hukukunun uygulamasına yönelik boyut ise ceza sorumluluk yaşını en az 16 yaşa çıkartılarak "Gençlik Ceza Hukuku" başlığı ve kapsamında ele alınmalıdır.Geleneksel ve dinsel "kısasa kısas" yaklaşımına yaklaşıma dayalı cezalandırıcı yaklaşıma yeter denilmelidir. Bunun yerine çocuk ve gençlerinin eğitiminide odak alan ayrı yasal düzenlemeler ve uygulamalar öngörülmelidir.Koruma ile ilgili boyutla kurumsal teknik bir ilişki ayrıca ve paralel şekilde oluşturulmalıdır.Bu konuda yetkili mahkemeler ise heyetli "Gençlik Mahkemeleri" şeklinde yapılmalıdır.,Mahkemede görevlendirilen sosyal çalışma görevlisi adıyla çalışan personel ise bu kapsamda ve adil bir yargılama gereksinimi bağlamında ya özel olarak kurulması gereken savcılık biriminde görevlendirilmelidirler. Süreç yönetimin ve koordinasyonun parçası yapılmalıdır. Ya da sosyal inceleme gibi teknik raporlama dahil 16 yaşına kadar olan çocuk ve gençlerle ilgili süreçler, idari yapılanmada oluşturulması gereken kurumsal yapıyla birlikte yürütülmelidir. Mahkemede oluşturulacak heyete ise profesyonel hakim dışında konuyla ilgili diğer meslek gurubundan üyelerde atanabilir olmalıdır.En azında ceza hukukun kaynak hukuk olarak uyarlandığı İtalya'da 1930 dan beri var olan uygulamaya yaklaşılabilmelidir. Dolayısıyla çocuk ve gençlerin toplumsal açıdan korunması dahil mağdur edildiği ve 1889 tarihli İtalya daki uygulamanın ötesindeki bir uygulamanın uygun görülmesine dayalı yaşanan

bu sorunun çözüm yolları aslında bellidir.Oldukça da basittir. Ancak böyle bir yapısal kaynaklı sorunun yaşanmasının devam etmesi konusunda var olan ısrarın nedenini anlamak ise bu nedenlerden dolayı oldukça zordur. Son kanunda olduğu gibi dolaylı yollara girmek ,hukuka ayrılıklar oluşturmak veya bu alanda çalışan görevlilere yeni hukuksal sorumluluklar yüklenmesi yerine sorunun çözümüne yönelik gerçek bir akademik,teknik ve siyasi bir iradenin ortaya konulması geciktirilmemelidir.Çocuklar ve gençler yerine birbir çeşit mazeretler ve gerekçeler oluşturularak korunan ve kutsanan kavram ve yaklaşım hızla terkedilmelidir. Eksiklikler ve sorunlar "Ben yaptım oldu." yaklaşımına veya teknik genel uygulamadan uzaklaşmak için sık sık dile getirilen "Türkiye'nin kendine ait koşulları vardır" gibi aslında gelenekselliği övücü gerekçeler için de araç olmamalıdır. Asıl önemlisi; bu konuda yapılan söylemlerin sona ermesi ve çağdaş bir uygulama çocuk ve gençlere uygun görülmelidir.Bu konudaki istismarlar da engellenmelidir. Ancak çözüm yolları gayet açık olan bu yapısal sorunun çözümüyle ilgili bir umudun varlığı sorgulandığı takdirde ise var olan durumun bu konuda umut ver(e)mediği de önemli bir gerçektir.Böyle bir gerçeklikle 6158 sayılı kanunun 22 inci maddesinde yapılan düzenlemeyle ortaya çıkan bu hukuka aykırı durum; bu umutsuzluğa rağmen bir tespit olarak ele alınmıştır.

Son Söz: Bilgi eksikliği kurnazlıkla ; beceri eksikliği kabadayılıkla halledilemez..

Nihat Tarımeri

Urla/24.3.2014

Not: Bu konuyla ilgili diğer çalışmalar:

- * <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/ckk5395.doc>
- * <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/cocuk-mahkemeleri.doc>
- * <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/laiksosyalhizmet.htm>
- * <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/sir-incelemeleri.doc>
- * <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/kendimizikandirma.htm>