



**KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ**  
**LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA**  
**ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI**

**EKİN TUNA**

**DOKTORA TEZİ**

**İSTANBUL, OCAK, 2022**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA  
ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI**

**EKİN TUNA**

**DANIŞMAN:**

**DR. ÖĞR. ÜYESİ EKİN ÖMEROĞLU**

**DOKTORA TEZİ**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı Programı'nda Doktora derecesi  
için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla  
Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne  
teslim edilmiştir.**

**İSTANBUL, OCAK, 2022**

## KABUL VE ONAY

**Ekin TUNA** tarafından hazırlanan **MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI** başlıklı bu çalışma 12 / 01 /2022 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda **OYBİRLİĞİ/OYÇOKLUĞU** ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından **DOKTORA TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ:

İMZA

Dr. Öğr. Üyesi Ekin ÖMEROĞLU	Danışman	.....
Prof. Dr. Hacı CAN	Dokuz Eylül Üniversitesi	.....
Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY	İstanbul Üniversitesi	.....
Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi	.....
Dr. Öğr. Üyesi. Ahmet AYAR	Kadir Has Üniversitesi	.....

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

Unvanı, Adı ve Soyadı : Prof. Dr. Mehmet Timur AYDEMİR

ONAY TARİHİ : .....

## ARAŞTIRMA ETİĞİ VE YAYIN YÖNTEMLERİ BİLDİRİMİ

Ben, EKİN TUNA;

- Hazırladığım bu Doktora Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde belirttiğimi;
- Bu Doktora tezimin başka bir eğitim kurumunda bir derece veya diplomaya sunulan veya kabul edilen herhangi bir materyal içermediğini;
- "Yükseköğretim Kurulu Etik Davranış İlkeleri" uyarınca hazırlanan "Kadir Has Üniversitesi Akademik Etik İlkeleri"ni takip ettiğimi onaylıyorum.

Buna ek olarak, bu çalışma ile ilgili ortaya çıkabilecek herhangi bir usulsüzlük iddiasının, üniversite mevzuatına uygun olarak disiplin işlemi ile sonuçlanacağını kabul ediyorum.

Ekin TUNA

---

Tarih ve İmza (12.01.2022)

## TEŞEKKÜR

“Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı” başlıklı bu tez çalışmasında çocuğun yararının Türk milletlerarası özel hukukunda nasıl ve ne ölçüde gözetileceği hususu incelenmiştir. 12 Ocak 2022 tarihinde savunularak oybirliği ile başarılı bulunan bu doktora tezimi çalışmanın en başından itibaren itinayla değerlendiren danışmanım Dr. Öğretim Üyesi Ekin ÖMEROĞLU ve Prof. Dr. Ceyda SÜRAL EFEÇİNAR’a, akademik hayatımda özgür düşünme ve tartışma ortamı sağlayan, bilimsel üretime önem veren, akademik çalışma ve araştırmaya teşvik eden, yeni fikirler ile ufuk açan Prof. Dr. Hacı CAN’a ve jüride olmayı kabul ederek beni onurlandıran ve tez ile ilgili görüşlerini paylaşarak katkı sağlayan değerli Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY’a, Doç. Dr. Sedat SİRMEN’e ve Dr. Öğretim Üyesi Ahmet AYAR’a teşekkürü borç bilirim.

Ayrıca çalışmanın bir bölümünde Università degli Studi di Napoli Federico II’de bulunmama vesile olan Doç. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT’e ve SÖĞÜT sayesinde tanıştığım Prof. Dr. Francesco GALGANO’ya İtalya’da beni evimde hissettirdiği akademik ve sanatsal etkinliklere katılmama vesile olduğu için müteşekkirim. Bu noktada belirtmek isterim ki DAAD bursiyeri olarak 2018 ve 2019 yıllarında araştırma imkânı bulduğum Freiburg Albert Ludwigs Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk bölümünün (Inst. für ausländisches und internationales Privatrecht, Abt. 3) Almanca kaynaklara ulaşma büyük katkısı olmuştur.

Doktora tezini yazma sürecinde ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkileyen pandemi, hayatımızda sahip olduklarımızın değerini anladığımız bazı şeylerin ayırdına vardığımız yeni bir dönem başlattı. Umuyorum ki bu süreç daha duyarlı, daha adil bir hayatın da başlangıcı olur. Şüphesiz bu çalışma, ailemin, arkadaşlarımla ve sevdiğilerimin desteği olmadan ortaya çıkmazdı. Bu noktada özellikle çocukluğumun baş kahramanlarına, şu anda hayatta olmasalar da her daim varlıklarını hissettiğim, okumanın kendi ayakları

üzerinde durmanın önemini bize de aşıl原因an benim ve kardeşimin yetişmesinde de çok emeği olan anneannem Fatma Akın ve dedem İbrahim Akın'a, bize sıcak aile ortamı sunan, çok güzel bir çocukluk yaşamamızı sağlayan, bizi en güzel şekilde ve özveri ile hayata hazırlayan her anımızda yanımızda olan ve desteklerini daima hissettiğimiz annem üstad avukatım Leyla Hülya Tuna ve hayattan keyif almayı öğretten canım babam Öncel Tuna'ya, hayat enerjisiyle, varlığıyla hayatın farklı kapılarını aralamama vesile olan can parçam hayatımın en güzel doğum günü hediyesi kardeşim Nehir Tuna'ya, bilgisini, tecrübesini paylaşmaktan kaçınmayan canım Avukat Ayşe Barış Soner ve lise sıralarından beri dostluğumuzun sürdüğü desteğini her daim hissettiğim Dr.Aysu Şen'e bir teşekkürü borç bilirim.

Ekin TUNA

İzmir 2022

# MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

## ÖZET

Çocuk savunmasız, masum ve duyarlı olması nedeniyle korunmaya muhtaçtır. Özellikle sınır aşan uyuşmazlıklarda çocuğun üstün yararının gözetilmesi ve çocuğun korunması önem arz etmektedir. Yabancı hukuklar bu konuda farklı düzenlemelere sahip olabileceğinden çocuğun yararını gerektiği gibi korumak her zaman mümkün olmayabilir. Bu çalışmada, Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nda (MÖHUK) çocuğun üstün yararı kavramı, çocuğun üstün yararının nasıl ve ne ölçüde gözetildiği incelenmiştir. Ayrıca, çocuğa ilişkin hükümler bağlamında uygulanacak hukuk ve konuya ilişkin milletlerarası usul hukuku meseleleri incelenmiştir. Çalışmada çocuğun üstün yararının Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun hükümlerine yansımaları açıklanmış ve özel bir bağlama kuralının gerekliliği tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Çocuk, Çocuğun Korunması, Çocuğun Üstün Yararı, Uygulanacak Hukuk, Kanunlar İhtilafı.

# **THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

## **ABSTRACT**

All children have the right to be protected since they are vulnerable, innocent and sensitive. Especially in cross-border disputes, it is important to consider the best interests of the child and to protect the child at all times. Since foreign laws may have different content on this issue, it may not always be possible to protect the child's interests properly. In this study, it has been examined the concept of the best interest of the child and how and to what extent the best interests of the child are considered in Turkish Private International and Procedural Law Act (TPIL). Besides, the provisions regarding the child, the applicable law and the relevant international procedural law issues have been examined. This study attempts to explain the reflections of the best interests of the child in the context of TPIL and the necessity of a specific rule has been discussed.

**Keywords:** Child, Protection of The Child, Best Interest of the Child, Applicable Law, Conflict of Laws.



# İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	iv
ÖZET.....	vi
ABSTRACT.....	vii
1. GİRİŞ.....	1
2. ÇOCUĞUN YARARINA İLİŞKİN KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR, TARİHSEL GELİŞİM VE ESASLAR .....	6
2.1. Giriş Açıklamaları.....	6
2.2. “Çocuğun Yararı” Kavramı .....	7
2.2.1. Çocuk.....	7
2.2.2. Yarar .....	15
2.3. “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı .....	26
2.3.1. Çocuğun Üstün Yararı Kavramının Terminolojik İncelemesi .....	26
2.3.2. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi -Çerçevesinde- Çocuğun Üstün Yararı Kavramı .....	30
2.3.3. Türk Hukukunda “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı.....	36
2.4. Yabancı Devlet Hukuklarında “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı.....	47
2.4.2. İsviçre Hukukunda “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı.....	49
2.5. Çocuğun –Üstün- Yararının Yapısal ve Hukukî Temelleri .....	55
2.5.1. Genel Açıklamalar.....	55
2.5.2. Çocuğun Korunmasının Tarihsel Gelişimi .....	57
2.5.3. Yapısal Temelleri .....	61
2.5.4. Hukuki Temelleri.....	67
2.6. Bölüm Değerlendirmesi.....	81

3. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNUN GENEL HÜKÜMLERİ (MESELELERİ) ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI .....	83
3.1. Giriş Açıklamaları.....	83
3.2. Milletlerarası Özel Hukukunun Adalet Anlayışı Açısından Çocuğun Üstün Yararı.....	83
3.3. Milletlerarası Özel Hukukun Menfaatler Sisteminde Çocuğun Üstün Yararı .....	86
3.4. Kanunlar İhtilafı Hukuku Genel Meselelerinde Çocuğun Üstün Yararı .....	88
3.4.1. Genel Açıklamalar .....	88
3.4.2. Vasıflandırmada Çocuğun Üstün Yararı .....	89
3.4.3. İntibakta Çocuğun Üstün Yararı.....	106
3.4.4.Ön Sorun Yönünden Çocuğun Üstün Yararı .....	115
3.5. Bölüm Değerlendirmesi .....	157
4. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARININ TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL VE USUL HUKUKUNA YANSIMALARI .....	159
4.1. Giriş Açıklamaları.....	159
4.2. MÖHUK'un Bağlama Kuralları Çerçevesinde Çocuğun Hukuki Statüsü.....	159
4.2.1. Genel Açıklamalar .....	159
4.2.2. MÖHUK'ta Çocuğun Yararının Doğrudan Gözetildiği Alanlar .....	161
4.2.3. MÖHUK'ta Çocuğun Yararının Dolaylı Olarak Gözetildiği Alanlar .....	207
4.2.4. Diğer Alanlar .....	246
4.3. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Çocuğun -Üstün Yararı .....	252
4.3.1. Genel Olarak.....	252
4.3.2. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Bakımından Çocuğun Yararı.....	253

4.3.3. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Çocuğun Yararının Kamu Düzeni Yönünden İncelenmesi .....	256
4.4. Bölüm Değerlendirmesi .....	265
5. SONUÇ .....	267
KAYNAKÇA .....	274



# I. BÖLÜM

## 1. GİRİŞ

Çocuk saf, masum, duyarlı ve bağımlı olması nedeniyle özellikle korunmaya muhtaçtır. Çocukların da diğer kişiler gibi korunmasına ilişkin anayasal ve medeni hakları bulunmaktadır. Bu nedenle çocuğun korunmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Çocukların korunması ve temsili her ne kadar öncelikle anne babaya yüklenen bir sorumluluk olsa da çocukların korunması ve yetişmesi toplumun geleceği bakımından önem taşıdığından toplumu da ilgilendiren bir husustur. Bu durum devlet ve düzen menfaati ile yakından ilgili olduğundan devletin koruması ve müdahalesini gerektirmektedir.

Çocuğun gelişip yetişkin olması süreci yani çocukluğu, kişilik oluşumu ve psikolojisi bakımından çocuğun gelecek yaşamında kuşkusuz yeri doldurulamayacak öneme sahiptir. Çocukluk, çocuğun büyüdüğü geliştiği bazı şeylerin ayırdına vardığı oldukça hassas bir dönemdir. Bu hassas dönemde çocuğa ilişkin alınacak her kararın çocuğun tüm yaşamını etkileyeceği açıktır.

Çocuk zayıf taraf olarak korunmaya değer olup, korunmaya değer birçok menfaati bulunmaktadır. Çocuğa sağlanacak koruma “birinci öncelik ilkesi” gereği çocuğun yararının gözetilmesini mümkün kılmalıdır<sup>1</sup>. Yabancı hukuklar bu konuda farklılıklar içerebileceğinden neyin çocuğun yararına olacağı belirsiz kalabilir. Bu nedenle çocuğun yararının sınır aşan uyuşmazlıklarda korunması önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Milletlerarası özel hukuk alanında da çocuğun korunması asıldır. Nitekim birçok milletlerarası sözleşmede çocuğun korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

---

<sup>1</sup> Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Tıpkı Bası) (2nd edn, Vedat 2017) 65, 162 vd.; Hayrunnisa Özdemir and Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (1st edn, Adalet 2012) 4ff.

Örneğin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, Lahey Sözleşmeleri gibi milletlerarası belge ve sözleşmelerde çok sayıda koruyucu hükümler söz konusudur.

Ancak milletlerarası özel hukuk halihazırda kanunlar ihtilafı kurallarından da oluşmaktadır. Bundan dolayı, milletlerarası özel hukuk alanında çocuğun korunmasının bu yönlerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Mevcut çalışma esas itibariyle bu konulara yönelmektedir. Bu kapsamda milletlerarası kanunlar ihtilafı hukuku bakımından çocuğun korunmasının temellerini ele alınıp sorunlu ve tartışmalı hususlara açıklık getirilecektir. Konu özellikle de 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun açısından incelemeye tabi tutulacaktır.

Milletlerarası özel hukukta çocuğun korunmasının nasıl sağlanacağı işin mahiyeti gereği birden fazla ülke hukukunu ilgilendiren bir husustur. Zira çocuğa ilişkin özel hukuk ilişkileri böyle durumlarda birden fazla hukuk ile irtibatlı halde bulunur. Hal böyle olunca da bu tür uyumsuzluklarda da çocuğun zayıf taraf olarak korunmasının usul ve esaslarının daha belirsiz olacağı aşıkardır.

Milletlerarası özel hukuk alanında çocuğun yararının korunmasına ilişkin olarak birkaç milletlerarası düzenleme dışında açık hükümler bulunmamaktadır. Özellikle devletlerin iç hukuklarında birkaç istisna dışında doğrudan çocuğun korunmasına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları (bağlama kuralları) öngörülmüş değildir. Bağlama kurallarında çocuğun durumu açık bir şekilde düzenlenmediğinden kanunlar ihtilafı hukukunda çocuğun korunması sistematığı çok anlaşılır değildir. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı hukuku alanında çocuğun korunması, diğer hukuk alanlarına nazaran daha belirsiz ve daha sorunsal olarak ortaya çıkmaktadır.

Çalışma kapsamında çocuğun yararına ilişkin düzenlemelere yalnızca genel olarak değinilip, tümüyle çocuğun yararının Türk milletlerarası özel hukukunda ve özellikle de MÖHUK'ta nasıl ve ne ölçüde dikkate alındığı/gözetildiği hususuna odaklanılacaktır.

Üç bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde çocuğun yararına ilişkin kavramsal açıklamalar yapılarak çocuğun korunmasının tarihsel gelişim ve esasları incelenecektir.

Bu kapsamda çocuk ve yarar kavramları ile çocuğun üstün yararı kavramı Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında ele alınacaktır. Burada son olarak çocuğun korunmasının yapısal ve hukuki temellerine değinilecektir.

Milletlerarası özel hukukta da önem arz eden çocuğun özellikle sınır aşan uyuşmazlıklarda her zaman, her şekilde ve gerektiği gibi korunması da mümkün olmayabilir. Bundan dolayı, çocuğun yararı sınır aşan olaylarda bir ölçüt olarak ele alınmalı ve gerektiğinde korunmaya alınmalıdır.

Bu sorunsalı ele alan çalışmanın birinci bölümünde daha önceleri hiç korunmayan ve küçük yetişkinler olarak adlandırılan çocukların korunmasının gerekliliği ile ortaya çıkan çocuğun yararı kavramına açıklık getirilmiştir.

Çocuk ve çocuğun korunması BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde açık şekilde ele alındıktan sonra çocuğa ilişkin diğer milletlerarası düzenlemelerde çocuğun yararı/yüksek yararı/üstün yararı gibi kavramlara yer vermeye başlanmıştır. Akabinde çocuğa ilişkin hususlarda gözetilmesi gereken ölçüt haline gelmiştir. Hatta 2021 yılında Çocuk Koruma Kanunu'nun 41. maddesine eklenen fıkralarda çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hususlarda çocuğun üstün yararının esas alınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu durum kanun koyucunun da kavramsal olarak çocuğun üstün yararı ifadesini benimsediğini göstermektedir.

Çocuğun yararı ve üstün yararı kavramları amacına uygun olarak hem Türk hukukunda hem de karşılaştırmalı hukukta tanımlanmamış tarif edilmiştir. Birçok hukuk düzeninde çocuğun- üstün - yararına ilişkin ölçütler belirlenmiştir. Terminolojik olarak çocuğun yararı, menfaati, çıkarı gibi kavramlarının yanı sıra çocuğun iyiliği, esenliği ve çocuğun refahı da kullanıldığından yeknesak bir kavram ve standart bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte kavramsal olarak belli ölçülerde tanımlanan çocuğun yararına normatif bir çerçeve çizmektedir. Ancak nasıl ifade edilirse edilsin tüm kavramlar çocuk için iyi olan, lehe olan anlamına gelmekte çocuk için pozitif bir görev üstlenmektedir. Tüm bunların yanında çocuğun üstün yararı, üstün menfaati ve yüksek yararı kavramları da kullanılmaktadır. Çalışmada "üstün yarar" kavramı esas alınmıştır. Bunun nedeni, çocuğun tüm yararı değil, korunması gereken ve bu nedenle diğer yararlardan üstün

tutulan yararının mevzu bahis olmasıdır. Ayrıca çocuğun kendi yararları arasında da derecelenme söz konusu olabilir.

Çalışmanın ikinci bölümünde çocuğun üstün yararı Türk milletlerarası özel hukukunun genel meseleleri bağlamında ele alınarak ortaya çıkan sorunlara açıklık getirilecektir. Milletlerarası özel hukukun adalet anlayışı, maddi sonucu en iyi veren hukuka değil, bilakis kişisel, konusal veya mekânsal olarak en sıkı irtibatlı olan hukuka bağlanır ve sonuç körlüğü söz konusu olabilir. Kanunlar ihtilafı hukukunda sonuç körlüğü olsa da çocuğun yararı için sonuç körlüğüne katlanılacak mıdır yoksa hakkaniyet gerektiren durumlarda alternatif bağlama, koruyucu hükümler getirilerek veya başka bir metotla çocuğun yararı dikkate alınabilecek midir sorusu tartışmaya açılmalıdır. Çocuğun üstün yararının bu noktada nasıl ele alındığı ortaya konulacak ve sorunsal durumlara ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır. Milletlerarası özel hukuk adaleti, uyuşmazlığa uygulanması en ilintili olan hukuku belirlemeye çalıştığından burada katı bir milletlerarası özel hukuk adaletinden bahsetmek çocuğun özelliği- zayıf tarafın korunması ile bağdaşmayacaktır. Gerçekten de çocuğun söz konusu olduğu durumlarda çocuğun yararı öncelikli olarak gözetilmesi gereken yararlar arasındadır ve çocuğun toplumsal yaşamda korunması gerektiği aşikârdır. Bu yönde çok sayıda çocuğu koruyucu düzenlemeler bulunmaktadır. Çocuğun korunması hem devletin sosyal devlet ilkesi hem de zayıfın korunması ilkelerinin temelinde yer aldığından, çocuğun yararının gözetilerek bağlama kurallarının oluşturulması aynı zamanda milletlerarası özel hukuk adaletinin de sağlanmasına katkıda bulunur. Zira soybağı kuralında getirilen bağlama noktalarının seçimi ve çokluğu dikkate alınacak olursa çocuğun korunmasından hareket edildiği söylenebilir.

Çocuğu korumak amacıyla getirilen düzenlemeler çocuğu her durumda koruyamayabilir; bu nedenle mutlak bir düzenleme yerine somut olayda çocuğun korunmaya değer yararı göz önüne alınmalıdır. Çalışmada da Türk milletlerarası özel hukukunun genel meselelerinde çocuğun yararının nasıl ve ne ölçüde gözetilebileceği hususu bu doğrultuda ele alınacaktır. Her somut olayda çocuğun yararı değişebileceğinden katı bağlama kurallarının her durumda çocuğun yararına olacağı söylenemeyebilir.

Yalnızca çocuğun yararı odaklı düzenlemelerin gerçekten çocuğun yararına olup olmayacağı somut olaya göre değişkenlik gösterebileceğinden tartışmaya açık bir husustur. Çocuğun korunmaya değer üstün- yararının her somut olayda üst norm olarak dikkate alınacağı ve şemsiye ilke olarak koruyucu olduğu şüphesizdir. Lâkin tarafların menfaatleri çatıştığında çocuğun aşırı korunması adil bir denge oluşmasına engel oluyor ya da olacak ise çocuğun yararının çok geniş yorumlamasının da doğru olmadığını düşünüyoruz. Bu durumda yabancı ülke hukuku bertaraf edilmeyip Türk kamu düzeninin gereklilikleri çerçevesinde yoruma tabi tutulmalıdır. Çocuğun korunmaya değer yararı, kamu düzeni müdahalesi gelmiyorsa yorumda dikkate alınabilir.

Çalışmanın sonuncu bölümünde çocuğun üstün yararının Türk kanunlar ihtilafına ve milletlerarası usul hukuna yansımaları ele alınacaktır. MÖHUK'un bağlama kuralları ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması tenfizi çerçevesinde çocuğun yararı hususu incelenecektir. Yürürlükte olan MÖHUK ile mülga MÖHUK ve karşılaştırmalı hukuktaki milletlerarası özel hukukta çocuğun yararına ilişkin hükümlere yeri geldikçe değinilmiştir. Mer'i MÖHUK hükümlerinde çocuğun yararının korunup korunmadığı, eğer korunuyorsa nasıl korunduğu hususu incelenerek özel bir bağlama kuralının gerekliliği tartışmaya açılmıştır.



## II. BÖLÜM

### 2. ÇOCUĞUN YARARINA İLİŞKİN KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR, TARİHSEL GELİŞİM VE ESASLAR

#### 2.1. Giriş Açıklamaları

Bu bölümde çocuğun yararı kavramı ile çocuğun üstün yararı kavramı Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında incelenerek çocuğun korunmasının tarihsel gelişimi ve çocuğun -üstün- yararı ile ilgili düzenlemeler ele alınacaktır. Zira çalışmanın esas konusunu da milletlerarası özel hukuk alanında çocuğun üstün yararı oluşturmaktadır. Bu nedenle, milletlerarası özel hukuk alanında çocuğun/çocuğun yararının ne şekilde gözetildiği konusuna açıklık getirebilmek için öncelikle çocuk korumasının genel esaslarının ele alınması son derece yararlı olacaktır. Bu gayeden hareketle aşağıda esas itibariyle çocuk ve yarar, üstün yarar kavramları açıklığa kavuşturulacak ayrıca konunun tarihsel gelişimi, yapısal ve hukuki temellerine değinilecektir.

Çocuğun yararı kavramı bağlamında konuya açıklık getirebilmek için öncelikle kavramın unsurlarının ayrı ayrı ele alınması planlanmaktadır. Bu çerçevede bir yandan çocuk ve yarar kavramlarının anlamları açıklanacak, diğer yandan da üstünlük kavramı incelenecektir. Buradan hareketle de çocuğun yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu incelenecektir.

## 2.2. “Çocuğun Yararı” Kavramı

### 2.2.1. Çocuk

#### A. Sözcük Anlamı

Çocuk kavramı için çeşitli tanımlar bulunmaktadır. Tek yönlü yapılacak bir tanım da zaten çocuğun özelliğine uygun düşmeyecektir. Her şeyden önce çocuk kavramının tanımının insanların birbirleriyle ilişkilerinin her toplumda farklılık göstermesi ve ayrıca çocukluk olgusunun da kültürel bir yönünün bulunması nedeniyle biyolojik, sosyolojik, kültürel ve hukukî yönlerden ayrı ayrı yapılması yerinde olacaktır<sup>2</sup>.

Çocuk, halk dilinde uşak veya küçük, ufaklık anlamında kullanılırken, Türk Dil Kurumu'nun Türkçe sözlüğünde ise,

- Küçük yaştaki erkek veya kız,
- Soy bakımından oğul veya kız, evlat ve
- Bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız, uşak olarak açıklanmıştır<sup>3</sup>.

Bunun dışında, “hayatın doğumdan erginliğe kadar geçen dönemini yaşayan, gelişim süreci içinde olan bir insan yavrusu, henüz yeterli olgunluğa ulaşmamış ve ergin sayılmayan küçük yurttaş” gibi ifadelerle açıklanmaya çalışılan çocuk için “yaşın küçük olmasına bağlı olarak sorumsuz ve her işlemi yapmaya yetkili bulunmayan insan tanımı”

---

<sup>2</sup> Duygu Öktem, ‘Türkiye’deki Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimi ve Yaş Ayrımcılığına İlişkin Paradigmanın İncelenmesi’ (2012) Ankara, Uluslararası Çocuk Merkezi Yayınları, 1ff.; Emine Akyüz, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması (Ankara Milli Eğitim Basımevi 2000) 42.; Özden Özer Taşkın, *Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir 2006.

<sup>3</sup> <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 10.03.2020. Çocuk, Arapça’da sibyan, İngilizce’de child, Almanca’da Kind, Fransızca’da enfant, İtalyancada bambino, İspanyolcada niño diye anılmaktadır. Latince’de ise çocuk, “konuşmasını bilmeyen” anlamına gelen infans ismiyle zikredilmektedir. Romalılarda ise çocuk, doğumdan 7 yaşına kadar olan evreyi ifade etmekteydi.

de yapılmaktadır<sup>4</sup>. Hemen hemen tüm ülke kültürlerinde ortak olan bir şey vardır ki çocuğun saf, masum, duyarlı, kusursuz ve sevimli olduğudur<sup>5</sup>.

## B. Hukuki Anlamı

Çocuk kavramının tek bir tanımı bulunmamakla birlikte hem milli hem milletlerarası alanda çocuğun statüsüne ilişkin çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Bu kapsamda da çocuğun tanımına ilişkin açıklayıcı hükümler de öngörülebilirken iç hukuk düzenlemelerimizde çocuğa ilişkin olarak yeknesak bir tanım bulunmamaktadır<sup>6</sup>. Bazı iç hukuk düzenlemelerinde “çocuk” kavramı yerine “küçük” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu iki kavram, bazen eş anlamlı bazen de farklı anlamda kullanılmaktadır<sup>7</sup>. Zira bu kavramların da birbiriyle tümüyle örtüştüğü de söylenemez. Bu nedenle çalışma kapsamında “küçük” kavramı “çocuk” kavramını tümünden ikame edici bir kavram olarak değil, “küçük çocuğu” ifade etmek üzere anlaşılacaktır.

<sup>4</sup> Mehmet Sağlam and Neriman Aral, ‘Tarihsel Süreç İçerisinde Çocuk ve Çocukluk Kavramları’ (2016) 1 (2) Çocuk ve Medeniyet Dergisi 43, 45ff.; Cemil Çelik, ‘Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi’ e-akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi, (2005) 36.; Kenneth G. S. Reid, ‘Age Of Responsibility’, J.W. Chambliss (ed) Juvenile Crime and Justice Los Angeles: 2011.

<sup>5</sup> Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku*, (Çocuk) (1st edn, Ankara Üniversitesi Yayını 1968), 9.; Ali Naim İnan, ‘Çocuk Hukuku Bakımından Korunma Kararı, Koruma ve Emniyet Tedbiri Kavramları’ (Tedbir) (1996) 5 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ’ye Armağan), 1,5ff.; Serozan, 3ff.; Detaylı bilgi için bkz. Özdemir and Ruhi, 5ff.; Yasemin Işıқтаç, *Çocuk Hukuku Ders Notları*, 2015.; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (Çocuk)* (8th edn, Pegem Akademi 2021). Ayrıntılı bilgi için bkz. Hacı Can, Ekin Tuna and Nehir Tuna, *Çocuk Hukuku* (1st edn, Nobel Yayınevi 2019),4ff.

<sup>6</sup> Pedagojide, 18 yaşına kadar bireylere çocuk; 21 yaşına kadar ise ergen olarak ifade edilmektedir. Ön erginlik dönemi 11-12 yaş ile ergenlik dönemi ise 12-21 yaş ise olarak belirlenmiştir. Hukukumuzda göre 18 yaşını doldurmuş bir birey artık küçük çocuk olarak ifade edilmese de, kendisini başkalarına beğendirme gereksinimi duyduğundan bu yaş grubu da ergen olarak nitelendirilmektedir. Zira, pedagojlara göre 21 yaşın doldurulması ile erginlik olunmaktadır. Halbuki Türk Medeni Kanunu uyarınca küçük olmayan bireyler ergindir (MK 11 ve 12). Erginlik, kural olarak 18 yaşın doldurulması ile kazanılır. İstisnai hallerde mahkeme kararı ile 15 yaşında ya da evlilik yoluyla 16, 17 yaşında erginlik kazanılabilir.

<sup>7</sup> Detaylı bilgi için bkz. Feridun Yenisey, Sinan Altunç, Başak Aslı Makaracı, Sinem Gülen Tek, Burak Huysal, F. Burcu Savaş Kutsal, Şebnem Kılıç and Gözde Kaçmaz, ‘Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler’ (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları 2017)

İç hukuk düzenlemelerimizin aksine milletlerarası düzenlemelerde “küçük” kavramının içeriğinin belirlenmesine uygulanacak hukuk konusu bir kanunlar ihtilâfı kuralını gerektirdiğinden “küçük” kavramının kullanılmasından genelde imtina edilmiştir<sup>8</sup>.

Öte yandan, hukukta çocuk kavramının genel olarak bir yandan küçüğü yetişkinden ayırmak diğer yandan da ana-babaya olan soybağını belirtmek amacıyla iki anlamda kullanıldığını belirtmek gerekir.

Çocuklara ilişkin hukuki düzenlemeler genelde yaş küçüklüğüne ya da biyolojik, ruhsal, ekonomik vb. nedenlerle bağımlı olmaya bağlanırlar. Küçük çocuklar (kural olarak on sekiz yaşından küçükler) ve bağımlı çocuklarla ilgili kurallar çocuk hukukunun temelini oluştururlar. Çocuğun korunması, onun sevgi ve şefkatle yetiştirilmesi sağlıklı toplumun temelidir; çünkü çocuklar da toplumun ve çağdaş uygarlığın bir parçasıdır. Çocuğun aile ve toplum içindeki yerini düzenleyen kurallar çocuğun biyolojik, fizyolojik ve psikolojik ve sosyolojik gelişimini etkiler. Dolayısıyla çocuğun tanımı çocuğun haklarını elde edebilmesi ve üzerinde tasarruf edebilmesi açısından oldukça önemlidir.

Hukukî olarak çocuğun tanımı ise ilgili hukuk alanına göre farklılık arz etmektedir. Her hukuk alanı özelinde farklı ölçütler kullanılmıştır. Bu ölçütler çocuğun yaşı, erginliği, ruhsal duruma ya da eylemlerine göre değişkenlik göstermekte, çocuk tanımları da bu ölçütlere göre farklılık göstermektedir<sup>9</sup>. Örneğin, çocuk tanımında birçok farklı ifade kullanılmaktadır. Örneğin, çocuk, “kendine özgü nitelikleri yanında hızlı ve şaşırtıcı değişimler gösterebilmesi” ile de öne çıkabilmektedir<sup>10</sup>. Başka bir tanımda ise “çocuğun

---

<sup>8</sup> Bkz. Ebeveynlerin Sorumluluğu ile Çocukların Korunmasına İlişkin Alınacak Tedbirler Hakkında Mahkemelerin Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Konusunda İşbirliğine Dair 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi ve Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme’de “küçükler” terimi yerine “çocuk” kavramı kullanılmıştır. Bkz. Bilgin Tiryakioğlu, ‘Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme’ (1999) (Nihal Uluocak’a Armağan) 383.

<sup>9</sup> Sağlam and Aral, 47: Çocuğun üstün yararını irdeleyeceğimiz çalışmada çocuk kavramının yalnızca hukuki açıdan tanımlanmasının yetersiz kalacağını, özellikle sınır aşan uyuşmazlıklarda çocuğun üstün yararının belirlenebilmesi için çocuk kavramının sosyolojik, psikolojik açıdan tanımlanmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

<sup>10</sup> Atalay Yörükoğlu, *Değişen Toplumda Aile ve Çocuk* (1st edn, Özgür Yayınları 1997) 21.

sürekli gelişim içinde olduğu belirtilmekte<sup>11</sup>, fakat aynı zamanda “kültürün devamlılığı açısından da değerli bir varlık olduğu” vurgulanmaktadır.

Yapılan tüm tanım girişimlerinde çocukların yetişkinlerden farklı fiziksel ve ruhsal yapılarının olması nedeniyle onlara karşı yöneltilecek davranış ve uygulamaların işin mahiyeti gereği yetişkinlerinkinden farklılaşabileceğine dikkat çekilmektedir<sup>12</sup>.

Hukuki metinlerde çocuğun belirlenmesinde daha ziyade yaşın esas alındığı görülmektedir. Somut korunma ihtiyacına göre farklı yaş basamakları belirlenmiştir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ’de<sup>13</sup> (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi) çocuk şöyle ifade edilmiştir:

*“Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”*

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğu, “on sekiz yaşından küçük insan” olarak tanımlamaktadır (m. 1)<sup>14</sup>. Buna göre belli bir yaşın (18 yaş) altındakileri çocuk yani küçük olarak kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun birçok maddesinde “çocuk” kavramı yerine “küçük” kavramının kullanıldığı görülmektedir. “Küçük” ile “çocuk” kavramları birbirleri yerine kullanılabilirler gibi, farklı anlamlara da gelebilirler. Türk Medeni Kanunu’na göre her küçük çocuk sayılmakla birlikte, her çocuk küçük olarak addedilemez:

Yine, 2003/86 sayılı AB Yönergesi<sup>15</sup> nde de kavrama ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Yönerge’ nin 4/1. maddesinde, “küçük çocuğun ilgili üye devletçe belirlenen erginlik yaşının altında kalan ve evli olmayanları” ifade edeceği belirtmiştir.

Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Anlaşması ile 1980 tarihli Çocukların

<sup>11</sup> Tuncel Altınköprü, *Çocuğun Başarısı Nasıl Sağlanır* (11th edn, Hayat Yayıncılık 2003) 12.

<sup>12</sup> Mazhar Bağlı, ‘Türk Modernleşmesi Bağlamında Hukuk ve Yargılama: Çocuk Yargılaması’ II. Ulusal Çocuk ve Suç Sempozyumu Bildiriler (Türkiye’de Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı 2003) 276,278.

<sup>13</sup> RG. 11.12.1994/22138.

<sup>14</sup> Günseli, Demirci, *Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Korunması* ( Selçuk Üniversitesi SBE 2010) 6ff.

<sup>15</sup> 2003/86 sayılı Aile Birleşimi Hakkına Dair Direktif, Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ L 251, 3.10.2003.

Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair Lahey Anlaşması'nda çocuk, 16 yaşını doldurmamış kişiler şeklinde tanımlanmaktadır. Böylece 16 yaşına giren kişi artık bu Sözleşmeler bakımından çocuk sayılmayacaktır. 16 yaşın çocuğun olgunluğa eriştiği yaş olarak baz alındığı söylenebilir<sup>16</sup>.

1980 tarihli Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nde öngörülen yaş sınırı diğer Lahey sözleşmelerine göre daha katı düzenlenmiştir. Nitekim 24 Ekim 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme 'ye<sup>17</sup> göre “21 yaşını doldurmamış ve evli olmayan kişiler çocuk” olarak kabul edilirken<sup>18</sup>, Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 tarihli Sözleşme<sup>19</sup>'de çocuk; “gerek çocuğun vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna, gerekse mutat meskeninin bulunduğu devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kimselerdir”<sup>20</sup>. Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi<sup>21</sup> (Avrupa Sözleşmesi) ise;” on altı yaşından küçük ve mutat meskeni veya vatandaşlık kanunu veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olmayan kişiyi” çocuk olarak belirtmiştir. Şu hâlde Avrupa Sözleşmesi'ne göre “kişi on altı yaşından küçük olmakla birlikte, mutat meskeni hukukuna veya millî kanununa<sup>22</sup> veya talepte bulunulan devletin iç hukukuna göre ikamet edeceği yeri seçme serbestisine sahip ise, bu kişi çocuk” olarak kabul edilmemektedir.

Devletlerin iç hukuk düzenlerinde<sup>23</sup> de çocuk, on sekiz yaşından küçük olarak tanınmış ve Çocuk Hakları Beyannamesindeki haklardan yararlanabilmektedirler. İç hukukumuzda yapılan değişikliklerde bu tanımlar genel olarak muhafaza edilmiştir.

---

<sup>16</sup> Cara L. Finan, ‘Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction’ (1994) 34 (3) Santa Clara Law Review, Vol 34,1994, 1007, 1032.

<sup>17</sup> RG. 17.09.1971/ 13959.

<sup>18</sup> Bkz. Sözleşmenin 1. madde hükmü.

<sup>19</sup> RG. 12.01.1977/ 15817.

<sup>20</sup> Bkz. Sözleşmenin 12. madde hükmü.

<sup>21</sup> RG. 02.11.1999/ 23864.

<sup>22</sup> İngiliz hukukuna göre 16 yaşına gelen kimse serbest iradesi ile mutat meskenini seçme hakkına sahiptir.

<sup>23</sup> BGB § 2 Reşitlik yaşının gelmesi, Reşitlik kişinin hayatının 18 yılının tamamlanması ile ortaya çıkar.< [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_2.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_2.html)> Erişim Tarihi 01.06.2021.

Örneğin, Türk Anayasası'nın 41.maddesinde çocuk kavramına yer verilerek, çocuk koruma altına alınmış ancak kavramın tanımı yapılmamıştır. Çocuğa ilişkin asgari koruma düzenlemeleri getirilmiş, çocuk kavramı yasalara ve milletlerarası düzenlemelere bırakılmıştır.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 3/1a<sup>24</sup> maddesinde daha geniş bir çocuk tanımından hareket edilmiştir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi tanımına benzer nitelikte, “*Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuktur.*” şeklinde tanımlanmıştır. Çocuk Koruma Kanunu'na göre, “*tedbirin uygulanması, onsekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir*”. Çocuk Koruma Kanunu, çocuklara ilişkin özel bir kanun olması sebebiyle çocuk kavramını daha geniş yorumlayarak daha çok çocuğun yararlanmasını amaçlamıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda çocuk kavramına da yer verilmiş olmakla birlikte çocuk kavramı açıkça tanımlanmış değildir. Çocuğun hak ehliyetinin başlangıcına aile hukukunda yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda çocuk kavramının tanımına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bunun yerine çocuğa ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 11.maddesi “*Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.*” düzenlemesiyle on sekiz (18) yaşın ikmali ile erginliğin başladığını belirtirken çocuk tanımı yapmamıştır. Şahsın hukuku bağlamında doğum ile ergin oluncaya kadarki dönemde kişiler korunmuştur, çocuk veya Türk Medeni

---

Kuzey Ren-Vestfalya Eyaleti Belediye Kanunu (Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen GO NRW)

YENİ

Bölüm 23a Çocukların ve gençlerin katılımı

Bu Yönetmelik kapsamındaki çocuklar ve gençler, henüz 18 yaşını doldurmamış yerel halktır.< <https://www.kinderrechte.de/kinderrechte/die-gesetzlichen-regelungen-in-deutschland/>> Erişim Tarihi 01.06.2021.

İsviçre örneği için;

1997'nin başında İsviçre, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni onayladı. Küçüklerin (18 yaşına kadar) korunması ve esenliği için devletlerin sorumluluğunu vurgular. < <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialpolitische-themen/kinder-und-jugendfragen/grundlagen-gesetze/gesetze.html>> Erişim Tarihi 01.06.2021.

<sup>24</sup> Çocuk Koruma Kanunu

Madde 3- (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi.

Kanunu'nda kullanılan terim ile küçüktür<sup>25</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesine göre, “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.” O halde çocuğun korunması sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü ana kadar uzanmaktadır<sup>26</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nda hak ehliyeti ve aile hukuku alanlarında çocuğa ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerden “çocuk” kavramının tanımına dayanak noktası çıkıp çıkmadığı tartışmaya açıktır.

Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nda çocuk kavramı açıkça tanımlanmamış olsa da küçük kavramı açıklanmıştır. Nitekim, Türk Medeni Kanunu 12.maddesinde<sup>27</sup>, “on beş yaşını doldurmayan kişileri küçük” olarak ele alınmıştır. Dolayısıyla, bu kapsamda çocuk kavramı açısından küçüğün, küçük çocuk olarak anlaşılmaktadır.

İş Kanunu'nunda çocuğa ilişkin hükümler bulunmaktadır. İş Kanunu, çocukların çalıştırılması bakımından yaş sınırlaması ile çocuk işçi ve genç işçi ayırımı yapmıştır. 15-18 yaş arası genç işçi olarak belirtilmiştir. Her ne kadar çocuk kavramı açıkça tanımlanmamış olsa da İş Kanunu çocukluğun tespitinde yaş küçüklüğünden hareket etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 6/1-c maddesi uyarınca 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur. Türk Ceza Kanunu'nun “yaş küçüklüğü”nü düzenleyen 31. maddesi de yaş gruplarını (0-12, 12-15 ve 15-18 şeklinde) belirleyerek çocukların sorumluluğunu düzenlemiştir. Çocukların ceza sorumluluğu için asgari yaş sınırı 12

<sup>25</sup> Serozan, 10.; Gülçin Elçin Grassinger, *Medeni Kanunda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler (Tedbirler)* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2009).

<sup>26</sup> Hükümdeki “sağ ve tam doğum” koşulunun geciktirici mi yoksa bozucu şart mı olduğu öğretilerde tartışmalıdır. Leyla Müjde Kurt, ‘Cenin Malvarlığı Hakları’ (2011) 2 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177, 181ff. oradaki dipnot 18,19,29 ve 21; (T. M. Mannsdorfer ‘Rights of Embryo and Fetus in Private Law’ (Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé, Zurich 2002) 515, 554.; H. Hausheer and R. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (2005) 11, 12.; A. Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, (4th edn, Bâle 1999) 52.; Ergun Özsunay, ‘Rights of embryo and foetus in private law’, *Convergence of legal systems in the 21st century, General Reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-20 July 2002* ( Extrait, Bruxelles 2006) 1297, 1298.

<sup>27</sup> Türk Medeni Kanunu

Ergin kılınma Madde 12: Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.



olarak kabul edilirken (TCK'nın 31/1 maddesi) 12 yaşından küçük çocuklar ile 15 yaşından küçük sağır ve dilsizlerin (TCK'nın 33. maddesi) ceza sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>28</sup>. 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte 18 yaşını doldurmamış olan çocuklar (TCK'nın 31/3 maddesi) ile 18 yaşını doldurmuş ve fakat 21 yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizlerin (TCK'nın 33. maddesi) ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmiştir<sup>29</sup>.

Yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzluklarını konu edinen MÖHUK bağlamında tıpkı diğer kanunlarda olduğu gibi çocuk kavramına ilişkin açık bir tanım bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kanunda yer alan bazı bağlama kuralları doğrudan çocuğa yönelmektedir. Çocuğa ilişkin düzenlemelerde yalnızca 16. madde ve 17. maddede "çocuk" kelimesi (terminolojisi) ile kullanılmıştır. MÖHUK'ta çocuk- küçük ayrımına da gidilmemiştir.

Milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı bakımından çocuk özellikle soybağı ve velayet bakımından bir önem arz eder. Bunun dışında MÖHUK'un evlat edinmeyi düzenleyen 18. maddesinin de bu bakımdan önem taşıdığı söylenebilir. Her ne kadar MÖHUK'un 18. maddesi çocuk kavramına yer vermese de bağlama kuralının mahiyeti itibariyle özellikle çocuğu ilgilendirdiği aşikârdır. MÖHUK'un çocuğu ilgilendiren başka düzenlemeleri de bulunmaktadır, ancak bu düzenlemeler yukarıda belirtildiği üzere, doğrudan çocuğa özel olarak yönelmezler. Örneğin miras, sözleşme, temsil gibi konularda çocuk özellik arz etmez. Bu gibi durumlara ilişkin bağlama kurallarında çocuklar kural olarak yetişkinler gibi ele alınırlar. Ancak bunlar genel düzenlemeler olduğundan çocuğun korunması bakımından bazı eksiklikler içerebilmekte ve bazı durumlarda yetersiz kalabilmektedirler. Özellikle çocuğun yaş küçüklüğüne göre belirlendiği durumda örneğin çocuğun mirasçı olduğu durumda çocuğun milli hukukunun çocuğun cinsiyeti bakımından ayrımcılık yapması halinde ya da çocuğun bir sözleşmenin tarafı olduğu ya da çocuğun temsil edildiği durumlarda çocuk özellik arz

---

<sup>28</sup> 12 yaşından küçük çocuğun (veya 15 yaşından küçük bir sağır ve dilsizin) ceza sorumluluğu konusunda bir araştırmaya gidilmesi kabul edilmemiştir. İskoçya'da çocuklar 8 yaşında işledikleri suçtan sorumlu tutulabilmektedirler. İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'da asgari yaş 10'dur. Çeşitli Kuzey ülkelerinde cezai ehliyet yaşı 15 olarak belirlenmiştir; Belçika'da ise bu yaş 18'dir.

<sup>29</sup> Bu kişilerin içinde buldukları yaş küçüklüğü veya sağır ve dilsizlik hâli nedeniyle kusurluluk hâllerinin diğer kişilerden daha az olduğu kabul edilerek cezalarında bir indirim kabul edilmiştir.

etmeyebilir. Bazı durumlarda çocuktan yana pozitif ayrımcılık mümkün iken bu gibi durumlarda mümkün olmamaktadır.

Sonuç olarak, hukukî düzenlemelerde esas alınan yaş genellikle 18 yaş olup bu yaşın ikmal edilmesi aranmaktadır. On sekiz yaşından küçük olanlar çocuk olarak kabul edilerek çocuklarla ilgili kurallar başta BM Çocuk Hakları Sözleşmesi olmak üzere, birçok milletlerarası sözleşmede, Anayasa’da, Türk Medeni Kanunu ve İş Kanunu’nda bu şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere çocuğa ilişkin her düzenlemede çocuk için farklı koruma şekilleri getirilmiş ve çocuğun korunması sağlanmıştır.

## 2.2.2. Yarar

### A. Sözcük Anlamı

Yarar kavramı, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde kelime anlamı itibariyle, “*bir işten elde edilen iyi sonuç, fayda, avantaj ya da çıkar*” olarak açıklanmaktadır<sup>30</sup>. Çocuk bağlamında yarar kavramı, çocuğa yarayan, elverişli veya uygun olan, yani çocuğun lehine olan şeklinde anlaşılabilir.

Günlük konuşma dilinde yarar, menfaat ve çıkar olarak da ifade edilebilmektedir. Çıkar dolaylı bir biçimde elde edilen kazanç, menfaat<sup>31</sup> anlamındadır. Türk Dil Kurumu’na göre menfaat çıkar anlamındadır<sup>32</sup>. Menfaat ve çıkar kelimeleri çocuğun korunmasının ötesinde kişiler arasında rekabetçi bir izlenim de uyandırmakta ve bu yönüyle de çocuğun zayıf konumuna pek uygun düşmemektedir. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında daha ziyade “yarar” kavramı kullanılacaktır.

---

<sup>30</sup> TDK yarar:

1.(isim) bir işten elde edilen iyi sonuç, fayda, avantaj

2.(isim) Çıkar

3.(sıfat) Yarayan, elverişli, uygun < <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 22.07.2020.

<sup>31</sup> Menfaat kavramının terminolojik olarak detaylı bilgi için bkz. Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (1st edn, Yetkin Yayınları 2009)

<sup>32</sup> <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 01.02.2021.

## B. Hukuki Çerçevesi

### a. Anlam ve İçeriği

Hukuki düzenlemelerde yarar/menfaat kavramına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır<sup>33</sup>. Dolayısıyla kavramın lafzı bakımdan kelime anlamı önem taşıyacaktır. Kavramın hukuki olarak somutlaşması ise yargı uygulaması ve öğretici görüşleriyle sağlanacaktır. Hukuki düzenlemelerde “menfaat”, “çıkar” gibi kavramlar da<sup>34</sup> “yarar” kavramına eş anlamlı olarak kullanılabilir<sup>35</sup>. Kavramın hukuki olarak tanımlanmasının zorluğu belirtildiği üzere terminolojik farklılıklara da yol açmaktadır. Bu durum aynı düzenlemenin içinde de söz konusu olabilmektedir. Fakat burada belirtmelidir ki, iç hukuk düzenlemelerinde hatta aynı düzenlemede bazen yarar bazen de menfaat kavramlarının kullanılması anlaşılır değildir<sup>36</sup>. Örneğin, Türk Medeni Kanunu’nda, “çocuğun yararı” ve “çocuğun menfaati” kavramları birbiri yerine kullanılmıştır. Kanunda bu kavramların tanımına veya içeriğine ilişkin bir açıklık da bulunmamaktadır. Gerçekten de hukukî düzenlemelerde farklı kavramlara yer verilebilmekte ve bu konuda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Örneğin Türk Medeni Kanunu’nun 305. maddesinde, “çocuğun yararı” kavramı kullanılırken Türk Medeni Kanunu’nun 339/1.maddesinde “çocuğu menfaati” kavramı kullanılmıştır. Bir diğer örnek ise yine Türk Medeni

<sup>33</sup> TMK’da, “çocuğun yararı” ve “çocuğun menfaati” kavramları birbiri yerine kullanılmıştır. Kanun bu kavramların tanım ve içeriğine bir açıklık getirmemiştir. TMK’nın 339/1. maddesinde, “çocuğun yararı” kavramı yerine “çocuğun üstün menfaati” kavramı kullanılmıştır. TMK’nın soybağının hükümlerini düzenleyen 325/1. maddesi ve velayete ilişkin vasi atanmasını düzenleyen 337/2. maddesi, çocuğa ilişkin koruma yöntemlerini düzenleyen 346. maddesi ve velayetin değiştirilmesini düzenleyen 349. maddesinde çocuğun menfaati kavramı yer almaktadır.

<sup>34</sup> Davada menfaat kavramının ne öğretici tarafından ne de içtihatlarla açık ve kesin bir biçimde belirlenebilmiştir; çünkü menfaat kavramı belirsiz ve değişik görünümlere sahip bir kavramdır. Türk hukukunda Bilge, bu belirsizliğe “Menfaat kavramının ve onu belirleyen ölçünün esnek, hatta kaypak bir nitelik arzettiği şüphe götürmez” diyerek dikkat çekmiştir. Hanağası, 3.; Necip Bilge, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (2nd edn, Sevinç Matbaası 1967), 359.; Necip Bilge and Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (1st edn, Sevinç Matbaası 1978) 407.

<sup>35</sup> Milletlerarası düzenlemelerde ise genellikle yarar kavramına yer verilmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) md. 24’de 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları New York Sözleşmesi’nden esinlenerek çocuğun menfaati şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>36</sup> TMK

*I. Evlilik birliğinin sarsılması*

*Madde 166- “.....Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir. ....Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir”. Aynı hükümde hem korunmaya değer yarar hem de çocukların menfaati olarak kullanılmıştır.*

Kanunu'nun soybağının hükümlerini düzenleyen 325/1. maddesi ve velayete ilişkin vasi atanmasını düzenleyen 337/2. maddesi, çocuğa ilişkin koruma yöntemlerini düzenleyen 346. maddesi ve velayetin değiştirilmesini düzenleyen 349. maddesinde “çocuğun menfaati” kavramının kullanılmasıdır. Çocuk Koruma Kanunu'nun<sup>37</sup> 4/b maddesinde de çocuğun yararı yanında esenliğinden de bahsedilmiştir. Yine Çocuk Koruma Kanunu'nun 41. maddesine eklenen fıkralarda<sup>38</sup> çocuğun üstün yararı ifadesi kullanılmıştır. Bu durum, kanun yeknesaklığı bakımından üzerinde durulması gereken bir husus olarak göze çarpmaktadır.

Çocuğun yararı ve öncelik taşınması gerek iç hukuk gerekse milletlerarası düzenlemelerde temel bir ilke olarak belirtilmesine rağmen, kavramın isimlendirilmesi ve içeriği konusunda birlik bulunmamaktadır. Bunun bir nedeni yarar konusunun “içeriği belirsiz, hâkimin takdirine bağlı, somut olayın özelliklerine göre değişebilir olmasıdır<sup>39</sup>. Nasıl ki çocuk kavramını bir tek tanımla sınırlamak çocuğun biricikliği ile bağdaşmıyorsa; çocuğun yararı ve önceliğini de bir kalıba sokmaya çalışmak, sınırlamak yerinde olmayacaktır.

Çocuğun yararı<sup>40</sup> somut olayda değişkenlik göstermektedir çünkü yararın belirlenmesinde birçok faktör etkilidir. Zira bu faktörlere, çocuğun yaşı, idrak kabiliyeti,

---

<sup>37</sup> RG. 15.07.2005/25876.

<sup>38</sup> DÖRDÜNCÜ KISIM

Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Görevli ve yetkili birim

MADDE 41/A- (Ek:24/11/2021-7343/39 md.)

(1) Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair aile mahkemeleri tarafından verilen ilam veya tedbir kararları, çocuğun üstün yararı esas alınarak, Adalet Bakanlığınca kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince bu Kısım hükümlerine göre yerine getirilir.

Çocuk teslimine dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi

MADDE 41/B- (Ek:24/11/2021-7343/40 md.)

(7) Çocuğun üstün yararının gerektirdiği hâllerde müdürlük, yükümlüyle irtibata geçmeye veya teslim emri tebliğine gerek olmaksızın doğrudan beşinci fıkra hükmünü uygulayabilir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi MADDE 41/C- (Ek:24/11/2021-7343/41 md.)

(8) Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair işlemlerin çocuğun üstün yararını koruyacak şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla müdürlüğün önerisi üzerine aile mahkemesince, çocuk, hak sahibi veya yükümlü hakkında danışmanlık tedbiri uygulanmasına karar verilebilir. Yükümlünün teslim emrine aykırı ilk hareketinde müdürlük yükümlü hakkında danışmanlık tedbiri uygulanmasını aile mahkemesinden talep eder.

<sup>39</sup>Detaylı bilgi için bkz. Akyüz, *Çocuk* 53ff.

<sup>40</sup> Çocuğun yararı hususunda detaylı bilgi için bkz.: Michael King and Catherine Kratz, ‘La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence ?’ (1992) 22 Droit et Société Année 607-613.; Thomas Köster, *Sorgerecht und Kindeswohl, Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts* (1st edn, Peter Lang 1997).

olgunluğu, yaşadığı ortam, maruz kaldığı uyarıcılar ve bulunduğu sosyal şartlar örnek verilebilir. İşte bu faktörler değişken olduğu için yarar kavramının göreceli ve varsayımına dayalı olduğunu belirtmek gerekir<sup>41</sup>. Dolayısıyla öğretide “çocuğun yararı kavramının belirlenmesi” tartışmaya neden olmaktadır. Nitekim çocuğun yararı kavramının standartlarının belirlenmesi söz konusu olduğunda kavram belirsizliği nedeniyle birçok eleştiriye maruz kalmıştır<sup>42</sup>. Çocuğun yararı gizemli boş bir formül (*mystifizierende Leerformel*)<sup>43</sup>, her nedeni kapsayan genel bir madde<sup>44</sup> (*jedes Motiv deckende Generalklausel*) ve devletin müdahalesine kapı aralayan konsept (*staatliches Einfallstor in das private Erziehungskonzept*)<sup>45</sup> olarak ifade edilmiştir. Ayrıca çocuğun üstün yararı ilkesi, medeni hukuk teorisinde sürekli gündeme gelen ileride de değinileceği üzere genel kaçış hükümleri bağlamında incelenmeye başlanmıştır<sup>46</sup>.

Çocuğun yararının tespitinde birçok değişken bulunduğundan genel bir tanımın yeterli olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır. Öğretide de tanımdan ziyade kavramın yalnızca tarif edilebileceği kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Bu kavramdan ne olduğu, şartları, kapsamının tarifi ve açıklanması gerekmektedir. Kavramın tarif edilmesi işlevine daha uygun düşecektir. Gerçekten de çocuğun yararı kavramının açık bir hukuki tanımının yapılmamış olması aslında kavramın amacına uygundur. Zira bu şekilde kavram, her somut olayın özelinde değerlendirilebilecektir. Düzenlemelerde yarar/menfaat kavramının tanımlanmamış olmasının özellikle somut olaydaki vakıaların değerlendirilmesi, yorumlanması ve hükme bağlanması bakımından son derece yararlı olduğu söylenebilir. Çocuğun yararının tanımlanmamış olması, çocuğun maddi yararı

---

<sup>41</sup> Elçin, *Tedbirler* 58.

<sup>42</sup> Katharina Parr, *Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB*, (Inaugural – Dissertation zur Erlangung der Würde eines doctor iuris der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius – Maximilians – Universität Würzburg, 2005), 2.

<sup>43</sup> Robert Mnookin, ‘Was stimmt nicht mit der Formel „Kindeswohl“?’, *FamRZ* 1975, Heft 1, (1-6).

<sup>44</sup> Caroline Steindorff, *Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten* (Neuwied, Berlin, Krefeld 1994) 50; H.-J Plewig, 1994: Das “Kindeswohl“ — Grenzen der Sozialdisziplinierung durch Kinderrechte. In: Steindorff, C. (Hrsg.) (eds) : *Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten*, Neuwied, Krefeld u. Berlin, 14.

<sup>45</sup> Julius von Staudinger and Michael Coester, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung 2004, 4. Buch: Familienrecht, §§ 1638 – 1683, Berlin 2004 (Neubearbeitung 2004), § 1666a Rn. 14.

<sup>46</sup> Joachim Gernhuber, *Neues Familienrecht* (Tübingen 1977) 104ff.; Erik Jayme, Vorwort bei Mnookin; *FamRZ* 1975, 1.; Günseli Öztekin Gelgel, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar* (1st edn, Filiz Kitabevi 2000) 112.

<sup>47</sup> Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış (19th edn, Beta Yayınları 2016) 450.; Elçin, *Tedbirler* 58; Canan Şimşek, *Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları* (2012) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 11.

belirlenirken somut olaydaki vakıalara uygun biçimde yorumlanmasına ve içeriğinin doldurulmasına olanak sağlar. Bu nedenlerle kanun koyucu, çocuğun yararından ne anlaşılması gerektiği konusunu hâkimin takdirine bırakmıştır. Hâkim olayı değerlendirirken, uygulamadan ve somut olaydan hareket etmelidir<sup>48</sup>.

Karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapıldığında başka hukuk sistemlerinde de terminolojik farklılıkların olduğu görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda çocuğun yararı kavramının yerine çocuğun iyiliği, esenliği kavramı kullanılmıştır. Alman hukukunda çocuğun iyiliği, çocuğun refahı anlamına gelen “*Kindeswohl*” veya “*Wohl des Kindes*” kavramı çocuk hukukunda belirleyici olmaktadır<sup>49</sup>. Alman öğretisinde bu kullanımın bilinçli bir tercih olup olmadığı tartışılmıştır<sup>50</sup>.

İsviçre hukukunda ebeveyn sorumluluğu hükümlerinde çocuğun yararı (*Kindesinteresse*) bir boyutuyla ele almaktadır<sup>51</sup>. Gerçi çocuğun yararı kavramı çocuğun korunması, bakımı ve menfaatleri<sup>52</sup> olarak üç boyutlu kabul edilmektedir. Aynı zamanda bu kavram bünyesinde çocuğun sosyal, ekonomik ve hukukî yararını da bulundurmaktadır<sup>53</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 129 III 250<sup>54</sup> kararında, velayetin tevdi konusunda çocuğun yararı araştırılarak, velayetin değiştirilmesinin çocuğa etkisi incelenmiştir<sup>55</sup>. Zira çocuğun yararı, velayete ilişkin durumlarda dikkate alınan en temel kavramdır. Yukarıda da belirtildiği üzere benzer bir durum Türk öğreti

<sup>48</sup> Akyüz, *Çocuk* 76ff.

<sup>49</sup> BGB 1697a, BGB 1666.

<sup>50</sup> Parr, 1 ff.

<sup>51</sup> Thomas Sutter-Somm and Felix Kobel, *Familienrecht* (Schulthess Verlag 2009) 230.: Im Allgemeinen Alman Medeni Kanunu

I. Genel olarak

Madde 301

1 Ebeveynler, çocuğun iyiliği için bakım ve yetiştirme süreçlerini yönlendirir ve kendi hareket etme yeteneklerine bağlı olarak gerekli kararları verir.

İbis Çocuğa bakan ebeveyn şunlara tek başına karar verebilir:

1.mesele sıradan veya acil;

2.diğer ebeveyne makul bir çabayla ulaşamıyorsa.

2 Çocuğun ebeveynlerine itaat borcu vardır; Ebeveynler, çocuğa yaşamlarını olgunluklarına göre düzenleme özgürlüğü verir ve mümkün olduğunca önemli konularda görüşlerini dikkate alırlar.

3 Çocuk, ebeveynlerinin rızası olmadan evden ayrılamaz; ayrıca yasadışı olarak onlardan alınamaz.

4 Ebeveynler çocuğa ilk adı verir.

<sup>52</sup> Mehmet Köksal, ‘Çocuğun Menfaati’ Konusunda Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler’, in 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (2017) Cilt I 358.

<sup>53</sup> Abik, 21, 22.

<sup>54</sup> ATF 129 III 250 kararı için bkz. www.admin.ch. Erişim Tarihi 05.02.2019.

<sup>55</sup> Ayrıca bkz. ATF 100 II 76, www.admin.ch, Erişim Tarihi 05.02.2019.

ve yargı uygulamasında da söz konusudur. Yarar kavramı yerine esenlik<sup>56</sup>, güvenlik<sup>57</sup>, menfaat<sup>58</sup> gibi kavramlar da zikredilebilmektedir. Yarar kavramı tüm bu kavramları barındırmakta, somut olaya göre bu kavramlar kullanılmaktadır.

Görüldüğü üzere yarar kavramı için aynı anlama gelebilecek nitelikte birçok farklı kavram kullanılmasına karşın bu kavramların içerik bakımından farklılık bulunmakta mıdır? Yarar kavramı için bu kadar farklı terimin kullanılmasına karşın, bu kavramlar arasında acaba içerikleri bakımından da bir farklılık var mıdır<sup>59</sup>? Örneğin Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen hükümlerde ebeveynin velayetten doğan görevlerinin çerçevesi, çocuğun yararı, menfaati kavramlarıyla belirlenmektedir<sup>60</sup>. Çocuk hem korunmaya muhtaç ve hem de haklarını kullanma konusunda aciz olabileceğinden çocuğun konu olduğu uyuşmazlıklarda, çocuk için iyi olan, onun esenliği, yararı veya menfaati kanun koyucu tarafından öncelikli olarak dikkate alınmaktadır<sup>61</sup>.

Ancak bu durum, aşağıda ele alınacağı üzere kesinlik arz etmemektedir. Kavramların her hal ve şartta aynı anlama geleceği ve aynı etkiyi doğuracağı söylenemez. Kavramların eş anlamlı olarak anlaşılacağı ve kullanılacağı esas alınsa dahi bu çalışma kapsamında terminoloji bütünlüğünü sağlamak ve çalışmanın başlığını dikkate almak üzere “yarar” kavramına odaklanılacaktır.

Çocuğun yararından ne anlaşılması gerektiğine<sup>62</sup> ilişkin öğretide birçok açıklama bulunmaktadır. Bunlardan biri, çocuğun yararının anne, baba ve diğer kişiler ile çatışması halinde öncelikli olarak ele alınması gerektiğidir<sup>63</sup>. Bir diğer görüş ise “çocuk yetişkin olsaydı vereceği kararın çocuk adına karar veren kişinin kararı ile aynı doğrultuda olması ile çocuğun yararının korunmasının sağlanacağı” şeklindedir<sup>64</sup>. Başka bir görüşe göre; çocuğun yararı veya güvenliği, çocuğun maddi, manevi ve

---

<sup>56</sup> Oğuzman and Dural, 303.

<sup>57</sup> İnan, 104.

<sup>58</sup> Elçin, *Tedbirler* 58.

<sup>59</sup> Elçin, *Tedbirler* 58.

<sup>60</sup> Elçin, *Tedbirler* 60.

<sup>61</sup> Bkz.; Yargıtay 2 HD 2412/ 5136, 27.03.1991.< www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12.03.2019

<sup>62</sup> Elçin, *Tedbirler* 59.; Arzu Genç Arıdemir, *Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu*, Çocuk Hakları Çalışmaları I (Oniki Levha Yayıncılık 2017) 145.

<sup>63</sup> Özdemir and Ruhi, 5, 6; Akyüz, *Çocuk* 12.

<sup>64</sup> Elçin, *Tedbirler* 59.

sosyoekonomik bütünlüğünün korunması, yetiştirilmesinin yanında kültürel haklarının ve eğitim öğretiminin sağlanması olarak ifade edilmiştir<sup>65</sup>. Her ne kadar çocuğun yararı kavramının yeknesak bir tanımı bulunmasa da *Hegnauer*, çocuğun yararını şu sözlerle tarif etmiştir: “Çocuğun kişiliğinin psikolojik, ruhsal, fizyolojik, sosyal ve hukuksal olarak en iyi şekilde gelişebilmesi ve gelişmesi için uygun koşulların ve ortamın tesisidir”<sup>66</sup>. Ezcümle, çocuğun yararı şöyle izah edilebilir: çocukla ilgili bir konuda yarar çatışması olduğunda çocuğun yararına olacak şekilde uyumsuzluk çözümlenmesidir<sup>67</sup>.

Çocuğun yararı bir açıdan geniş bir açıdan da dar yorumlanmaktadır<sup>68</sup>. Çocuğun yararı bir yandan sınırlama nedeni olabileceği gibi bir sınırlama nedeninden ziyade çocuğun haklarının kullanılmasında ölçüt işlevi görmektedir<sup>69</sup>. Geniş yorumlama çocuğun korunmaya değer durumu varsa koruma amaçlı en geniş şekilde yararına olan esas alınır, diğer yandan da çocuğun yararının gözetilmesi çocuğun esenliği iyiliği gerektirdiği ölçüde ya da bunlarla sınırlanmış şekildedir. Bazen de çocuğun esenliği çocuğun yararının en geniş ve kapsamlı şekilde ele alınmasını da gerektirebilir.

Öğretide de çocuk yararı kavramı, “haklı neden” gibi içeriği belirsiz hâkimin takdirine göre değişebilen, somut olayın özelliklerine uyumlu hale getirilebilir hakkaniyet (*ius aequum*) kavramı olduğu ifade edilmektedir<sup>70</sup>. “Çocuk yararı” kavramının bu niteliklerinin çeşitli bakımlardan yararlı olduğunu söyleyebiliriz. Bu nitelikler öncelikle anılan kavramın çocuk haklarının bireysel ve somut ilişkinin özelliklerine uyarlanabilmesi bakımından yararlıdır. Hukukta böyle belirsiz kavramları kapsayan kurallara da sıkı ve sert kurallar kadar ihtiyaç duyulmaktadır<sup>71</sup>. Çocuk yararı bir hakkı işaret etmemekte tüm çocuk haklarının kullanılmasında bir kılavuzdur. Çocuk yararı

---

<sup>65</sup> İnan, 712.

<sup>66</sup>Cyrl Hegnauer, *Berner Kommentar*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht. 2. Abteilung: Die Verwandtschaft. 2. Teilband: Die Wirkung des Kindesverhältnisses. 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder Kommentar zu Art. 270-295 ZGB, Bern 1997, Art. 276 N 23, N 78 deart. 283, N. 67, N. 68 (Berner Komentaar).

<sup>67</sup> Serozan, 162.

<sup>68</sup> Aynı yönde bkz. Zermatten, 489, 492, 493., Özge Yücel, ‘Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi’, (2013) 1 (2) Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 117, 118ff.

<sup>69</sup> Serozan, 66; Özer Taşkın, 1,19.

<sup>70</sup> Serozan, 66.; Detaylı bilgi için bkz. Raymie H Wayne, ‘The Best Interests of the Child: A Silent Standard – Will You Know It When You Hear It?’(2008) 2 (33,34) J Pub. Child Welfare, 33, 36ff.

<sup>71</sup>Sadece kişi özgürlüklerine yönelik disiplini vergi ve ceza mevzuatında bu kavramlara yer olamaz. (Serozan, 65ff)



velayette, evlat edinmede, tanımada, soybağı uyuşmazlıklarında, yapay döllemenin yol açtığı sorunların çözümünde, çocuğa bakma ve yardım etme yükünün saptanmasında ve özel hukuktaki daha birçok olguda dikkate alınır<sup>72</sup>.

Çocuklarla ilgili tüm kararlar, acil ve gelecekteki refahlarını sağlamak için her çocuğun yararına verilmelidir. Çocuk yararının öncelikten yararlanması tüm çocukların iyiliğini teşvik etmeye ve güvence altına almaya yönelir. Bu birkaç düzeyde gerçekleşir:

- *Fiziksel iyilik hâli*: Çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak,
- *Zihinsel iyilik hâli*: Çocuğa entelektüel gelişim fırsatı vermek,
- *Sosyal iyilik*: Çocuğa sosyal ve ruhsal gelişim fırsatı vermek<sup>73</sup>.

Zira Yargıtay<sup>74</sup> da çocuğun üstün yararının belirlenmesinde benzer ölçütlerden yararlanmaktadır.

Çocuğun yararı, kısa vadeli, dar çerçeveli düşünülmemelidir. Kavram, geniş çerçevede ve uzun vadede çocuğun ve toplumun çıkarını ifade etmektedir<sup>75</sup>. Çocuk yararı kavramının içeriği ve sınırları somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından takdir edilebilmelidir. Çünkü kavrama, dar ve kesin bir çerçeve çizilmesi hâkimin çocuğun çıkarlarını somut olayın özelliklerine göre uyarlamasını engelleyecek ve adaletsiz bir sonuç doğmasına yol açabilecektir<sup>76</sup>.

Son tahlilde belirtilmelidir ki çocuğun yararının korunmasında sınırsız bir koruma söz konusu değildir; elbet sınırları vardır. Çocuğun esenliğinin iyiliği yönünde karar

---

<sup>72</sup> Serozan, 66: Kamu hukuku alanında da etkisi bulunmaktadır. Çocuğun anayasal temel haklarının sınırlandırılmasında “çocuğun üstün yararı” başlıca parametredir.

<sup>73</sup> Serra Müderrisoğlu, Pınar Semerci Uyan, Burcu Yakut Çakar, Abdullah Karatay and Başak Ekim Akkan, UNICEF Çocuk Refahı Belgesi (2013) 40.

<sup>74</sup> Yargıtay tarafından çocuğun üstün yararının belirlenmesinde yararlanılan ölçütler aşağıdaki gibidir: Çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimi; çocuğun yaşı, çocuğun görüşü; çocuğun diğer taraf ile kişisel ilişkisinin zedelenmemesi; çocuğun alıştığı çevre ve ortamdan koparılmaması, kardeşlerin ayrılamaması; uzman raporu; ana baba arasındaki anlaşma; tarafların boşanmalarındaki kusurları ve ahlaksal değer yargıları ile alan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanan hakları dikkate almalı ve bir yorum yapmalıdır.

<sup>75</sup> Serozan, 65; Akyüz, *Çocuk* 52ff.

<sup>76</sup> Yazar, çocuk yararı kavramını, haklı neden kavramı gibi somut olayın özelliklerine uyarlanabilir “gevşek hakkaniyet kavramı” olarak açıklamaktadır. Kavramın muğlak çerçevesine tam olarak oturmaktadır. Serozan, 65.

alınmalıdır, her yarar değil gerekli olduğu sürece çocuğun gelişimi, esenliği, iyiliği açısından çocuk yararı korunmalıdır. Çocuğun her maddi yararı değil korunmaya değer yararı dikkate alınacaktır. Söz konusu zayıf taraf olan çocuğun esenliği, iyiliği, fiziksel, ruhsal gelişiminin sağlanması ve teşvik edilmesi gerektiği kanısındayız.

### ***b. Göreceli Niteliği***

Kavramın açıklamasında ifade edildiği üzere çocuğun yararı görecelidir. Genel olarak çocuk yararı; çocuğa ilişkin her durum ve davada dikkate alınan, çocuğun özelliğine ilişkin birçok değişkene (yaş, fiziksel, zihinsel, ahlaksal, psikolojik ve fizyolojik gelişim) bağlı olmasının yanında çocuğun isteklerine, mutluluğuna, çocuğun imkanlarına, yaşadığı ortama, ilişkilerine ve çocuğun yakınlarının yorum ve fikirlerine göre değişebilen göreceli bir ölçüttür<sup>77</sup>. Çocuğun yararı kavramının belirsizliği, kesin bir tanımı olmaması ve değişebilirliği karar veren hâkimin ya da diğer kişilerin takdir yetkisinde önemli rol oynamaktadır<sup>78</sup>.

Ayrıca kavram soyut nitelik taşıdığından hâkimin kişisel fikirleri ve değer yargılarıyla şekillenmektedir. Hâkim durumun özelliklerine göre çocuğun yararını belirler ve bu doğrultuda karar verir. Örneğin çocuğun kişiliği veya malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar çocuğa ilişkin olduğundan hâkim karar verirken çocuğun yararını mutlaka dikkate almalıdır<sup>79</sup>.

Hâkimin bu ölçüte göre verdiği kararın aksini ispat yükü de çocuğun kendisine düşmektedir<sup>80</sup>. Halbuki bu ölçütün amacı çocuğun yararının tespit edilip bu yönde karar verilmesini sağlamaktır. Lâkin çocuğu ilgilendiren her yargılama farklı koşullarda gerçekleşmekte ve somut adalet anlayışını gerektirmektedir. Bu nedenle çocuğun yararı

---

<sup>77</sup> Yücel, 117.

<sup>78</sup> Detaylı bilgi için bkz. Yücel, 117ff; Steven Peskind, 'Determining the Undeterminable: The Best Interest of the Child Standard as an Imperfect but Necessary Guidepost to Determine Child Custody' (2004-2005) (25) Northern Illinois University Law Review, 449 457.; Gülçin Evgen Elçin, 'Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar' in Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İlkay Engin (eds), Oniki Levha Yayıncılık (2010), 823, 831.; Dorothea Harder-Herken, *Das Wohl des Kindes und der Begriff "Kindeswohl"*, Inaugural-Dissertation (Berlin 1987) 65; Koritz, 213; Zermatten, 494; Akyüz, *Çocuk* 46, 50.; Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (1st edn, Vedat 2010) 151.

<sup>79</sup> Elçin, 9.

<sup>80</sup> Peskind, 460.

belirlenirken farklı koşullarda somut olay adaletinin gerçekleşmesi amacı güdüldüğünden bu ölçüt vazgeçilmezdir. Kavramın göreceliği aslında bu bakımdan hem olumlu hem de olumsuz bir özelliktir<sup>81</sup>.

Zira, çocuğun yararı bir kılavuz ilkedir<sup>82</sup>. Ayrıca bu ilke BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin birçok maddesine de yansımıştır. Örneğin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12.maddesinde “*Taraf devletler görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özen gösterilmek suretiyle tanınır*” şeklinde yer almaktadır. Bu madde uyarınca çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine göre görüşleri dikkate alınmalıdır. Bazı durumlarda çocuğa ilişkin adli ya da idari işlemlerde çocuğun olgunluk derecesi dikkate alınarak doğrudan ya da temsilci aracılığıyla dinlenmesinin çocuğun yararına olacağını düşünüyoruz<sup>83</sup>.

Çocuğun korunması ile çocuğun yararı sağlanabilecektir. Dolayısıyla çocuğun korunması özellikle velayet ilişkisinde çocuk için her yönüyle fiziksel, psikolojik, sosyal, maddi, hukukî ve ahlaki gelişimi için en uygun ortam ve şartların sağlanmasını gerektirmektedir<sup>84</sup>. Tüm bu sebepler nedeniyle çocuğun korunması gereken yararının belirlenmesi için hukukun yanında pediatri, psikoloji ve çocuk psikiyatrisi gibi disiplinler arası kollektif bir çalışma gerektirmektedir<sup>85</sup>. Örneğin tıbbi açıdan çocuğun yararının üstünlüğünün tespitinde çocuğun sosyal yaşamında ilişki kurma ve uyum sağlayabilmesi için çocuğun sağlıklı fiziksel gelişiminin yanı sıra ruhsal gelişimi ile psikolojik gelişimi de belirleyici öneme sahiptir<sup>86</sup>. Bu nedenle, çocuğun, uzun vadede gelecekteki ve toplumsal yaşamdaki konumu esas alınmalıdır<sup>87</sup>. Bu bağlamda çocuk için

---

<sup>81</sup> Zermatten, 494, 495.

<sup>82</sup> Yücel, 121ff.

<sup>83</sup> Akyüz, *Çocuk* 54ff.

<sup>84</sup> İlknur Serdar, ‘Birlikte Velayet’ (2008) 10 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155, 164.; Serozan, 162; Özdemir and Ruhi, 6.

<sup>85</sup> Harder-Herken, 7, 35.; Canan Yılmaz, ‘Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması’ (2015) 35 (1) MHB, 103, 105ff. <http://dergipark.gov.tr/download/articlr-file/411017> Erişim Tarihi 05.04.2021. Schwenzer ve Dimsey (2006’dan aktaran Yılmaz, 2015.; Judith Larsen, ‘A Guardian Ad Litem’s Notes from the Field: Teen Girls and Poverty’ (2008) 28 Children’s Legal Rights Journal 52; Akyüz, *Çocuk* 48.

<sup>86</sup> Yücel, 120; Harder-Herken, 35.

<sup>87</sup> Serozan, 65; Akyüz, *Çocuk* 54.

çözüm yolu ararken çocuğun geleceği ile toplumsal, ekonomik ve sosyal etkileri ve çocuğun ruhsal durumu göz önüne alınmalıdır<sup>88</sup>.

Ayrıca aşağıda detaylı inceleneceği üzere çocuğun yararı bağlamında önem arz eden bir diğer husus da çocuğun yararının niteliğine ilişkindir. Bazı milletlerarası düzenlemelerde konu kavramsallaştırılarak pozitif temele bağlanmıştır. Yararın niteliği bakımından “en iyi yarar”, “yüksek yarar” ve “üstün yarar” gibi göreceli kavramlarla ifade edilmektedir. Nitekim bu ifadelerin öğretilde ve milletlerarası hukuk metinlerinde de yerleşmiş kavramlar olduğu belirtilmelidir. Milletlerarası hukuk metinlerinde “yüksek yarar” kavramı daha çok kullanılmaktadır<sup>89</sup>.

Ayrıca öğretilde kullanılan yüksek kelimesi yarara üstünlük mü yoksa önem mi katmaktadır? Bu husus da muallaktır. Bir hukuk ilkesi, zaman, yer ve uyumsuzluğun özelliklerine bağlı olarak oluşmaktadır. Örneğin çocuğun üstün yararını (BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde yüksek yarar olarak kullanılmaktadır) oluşturan etmenler, çocuğun kendisi, anne-babası ve toplumdur<sup>90</sup>. İlkeyi oluşturan etmenlerin sübjektifliği ve değişkenliği çocuğun yararının üstün bir ilke olarak kabul edilmesinde zorluklara neden olmuştur. “Yüksek yarar” ifadesi ilkenin amacını daha belirgin hale getirmektedir<sup>91</sup>.

Çocuğun yararının gözetilmesi, yarar çatışmalarında çocuğun tarafının tutulması, ona iltimas geçildiği anlamına geldiği kabul edileceği takdirde bu durumun eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesi ile çatıştığını söylemek çok da yanlış olmayacaktır<sup>92</sup>. Çocuğun yararı her somut olayda değişecektir ve kavram kendi içinde göreceliliğini barındırmaktadır. Lakin belirtilmelidir ki her durumda ve her koşulda çocuğun tarafının tutulmasının değil çocuğun korunmaya değer yararının korunmasının hakkaniyetli olacağı kanısındayız.

---

<sup>88</sup> Serozan, 65.

<sup>89</sup> BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde çocuğun yüksek yararı şeklinde kullanılmıştır. TMK’nın 166.maddesi korunmaya değer yarar, çocuğun menfaati, TMK’nın 24. Maddesinde kişilik hakkına saldırıya ilişkin düzenlemesinde daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ifadeleri kullanılmıştır.

<sup>90</sup> Hugues Fulchiron, Les droits de l’enfant à la mesure de l’intérêt de l’enfant, Gazette du Palais, 8 décembre 2009, n 342, 15.

<sup>91</sup> Jean Zermatten, L’intérêt supérieur de l’enfant, de l’analyse littérale à la portée philosophique, Institut international des droits de l’enfant, (Working Report), Working report 3-2003, 10.

<sup>92</sup> Serozan, 67.

### 2.3. “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı

Çalışmanın başlığında çocuğun üstün yararı kavramı kullanılmakla birlikte çocuğun durumu açıklanırken daha ziyade çocuğun yararı kavramı kullanılacaktır. Çocuğun üstün yararı, kimi zaman çocuk açısından olumlu bir etki yaratabildiği ve çocuğun birçok yararı arasından üstün olanı belirtebildiği yarar anlamına gelebildiği gibi yararlar arasında çatışma ilişkisinin olduğu intibasını da uyandırabilmektedir. İşte bu nedenle çocuğun üstün yararı kavramı, çocuğun kendi yararları arasında çatışma bulunduğu veya diğer yararlar karşısında korunması/üstün tutulması gerektiğinde yer verilecektir.

Bu bağlamda ayrıca belirtilmelidir ki milletlerarası düzenlemelerde sıklıkla “çocuğun yüksek yararı” kavramı kullanılmaktadır. Çocuğun yüksek yararı da çocuğun üstün yararı kavramı ile aynı nitelikte olmakla birlikte aşağıda açıklanacak olan nedenlerden dolayı çalışmada “yüksek” yerine “üstün” ibaresi tercih edilecektir.

#### 2.3.1. Çocuğun Üstün Yararı Kavramının Terminolojik İncelemesi

Çocuğun üstün yararı kavramının terminolojik incelemesi yapıldığında hem çeviriden kaynaklı hem de kavramın yorumu bakımından farklılıklar görülebilmektedir. Bu farklılığı en aza indirebilmek açısından BM Çocuk Hakları Sözleşmesi İngilizce metninde çocuğun üstün yararı kavramı “*best interest of the child*” şeklinde olmasının bilinçli ya da tesadüfen kullanıldığı hususu tartışmaya açılmıştır<sup>93</sup>.

Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde “çocuğun yararı<sup>94</sup>” ve “çocuğun yüksek yararı” şeklinde kullanılmıştır. Fransızca metinde “çocuğun yüksek yararı” (*l'intérêt supérieur de l'enfant*<sup>95</sup>), İspanyolca metinde de benzer şekilde “*el interés superior del niño*” şeklinde yer almaktadır. En iyi “*best*” ve üstün “*superior*” kelimelerinin farklı olması

---

<sup>93</sup> Liebel, 2.

<sup>94</sup> “Madde 3. 1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

<[https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF\\_CocukHaklarinaDairSozlesme.pdf](https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarinaDairSozlesme.pdf)> Erişim Tarihi 12.05.202.

<sup>95</sup> Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu’elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l’intérêt supérieur de l’enfant doit être une considération primordiale.”

öğretide de eleştirilmiştir. Zira her iki kelime de birbirinden farklı anlamlara gelmektedir.

Bir başka tartışma konusu da Sözleşmede kullanılan çocuğun en iyi yararı mı (*best interest of child*) yoksa çocuğun kendi yararı mı (*self interest of child*) farkının yaratılması amacının güdüldüğü hususudur. Nihayetinde çocuk için yapılacak tüm işlemlerin çocuğun en iyi yararına olacak şekilde yapılması gerektiği hususunda bir karara varılmıştır<sup>96</sup>. Yüksek sözcüğü çocuğun birçok yararı arasından en iyi, en üstün, en önemli yararını betimlemekte, diğer yararlardan farkını ortaya koymaktadır, sıradanlıktan çıkarmaktadır. Ezcümle, bu dönüşüm bilinçli bir tercihtir. “Yüksek” sözcüğü ile çocuk haklarının gerçekleştirilebilmesinde çocuğun gereksinimlerinden yüksek olanın tercihi işlevi yüklenmiştir<sup>97</sup>.

Bununla birlikte “yüksek<sup>98</sup>” sözcüğü, üstün, en önemli anlamında kullanılırken yüksek kavramının belirlenmesi oldukça zordur<sup>99</sup>. Yüksek sözcüğünün, belirli bir yere ya da bir şeye göre yukarıda, güçlü, etkili, üstün anlamlarının yanında birçok anlamı daha bulunmaktadır. Bu birçok anlamının içinden üstün, en önemli anlamı ile çocuğun yüksek yararı kavramının içi doldurulabilir. Üstün<sup>100</sup> sözcüğü de yüksek sözcüğüne benzer “benzerlerine göre daha yüksek bir düzeyde, birine veya bir şeye göre nitelik bakımından daha yüksek, daha elverişli anlamına gelmektedir. Sözleşme’nin İngilizce metninde, Türkçe metnin aksine, yarar çoğul olarak kullanılmış ve “çocuğun en iyi

---

<sup>96</sup> Liebel, 4.

<sup>97</sup> Serozan, haklı olarak çocuk yararının yetişkinlerin yararıyla özdeşleştirilip yozlaştırılmaması gerektiğini, aksi takdirde ön kapıdan içeri alınan çocuk haklarının çocuk için en iyisini bildiğini iddia eden yetişkinlerin büyükenmeleri yüzünden arka kapıdan dışarı kaçırılabilceğini vurgulamaktadır. Serozan, 67.

<sup>98</sup> TDK Sözlük

- 1.(sıfat) Altı ile üstü arasındaki uzaklık çok olan, alçak karşıtı:
- 2.(sıfat) Belirli bir yere göre daha yukarıda bulunan.
- 3.(sıfat) Güçlü, şiddetli:
- 4.(sıfat) Etkili:
- 5.(sıfat) Derece veya makamı bakımından üstün:
- 6.(sıfat) Normal değerlerin üstünde olan:
- 7.(isim) Yukarıda, üst tarafta olan yer:
- 8.(sıfat) mecaz Erdemli, faziletli:
- 9.(sıfat), mecaz Toplum içinde para, ün vb. bakımından üstünlüğü olan

<sup>99</sup> Ayrıca bkz. Jean Zermatten, ‘The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function’ (2010) (18) International Journal of Children’s Rights, 483, 488.

<sup>100</sup> TDK sözlüğe göre üstün: Benzerlerine göre daha yüksek bir düzeyde olan, onları geride bırakan, birine veya bir şeye göre nitelik bakımından daha yüksek, daha elverişli olan, faik.

yararları” şeklinde bir kavrama yer verilmiştir (*the best interests of the child*)<sup>101</sup>. Bu bağlamda ortaya çıkan soru, kavramsallaşma bakımından hangi kavramın amacına daha uygun ve işlevsel olacağı noktasındadır. Buna göre, çocuğun yararının gözetilmesi hangi kavramsal temel üzerinden çerçevelenmesi doğru olacaktır? Bu noktada daha somut bir ifadeyle; çocuğun “yüksek yararı”, “en iyi yararı” veya “üstün yararı” mı esas alınmalıdır?

Düzenleme boşluklarının doldurulmasında çocuğun en iyi, yüksek yararına olan mı, yoksa korunmaya değer yararı mı esas alınacaktır? Yüksek yarar gerek çocuğun gerekse diğer ilgililerin birçok yararı arasından çocuğun lehine olanın tercih edilmesi – mutlak-sonucunu doğurur<sup>102</sup>. Gerçi bu durum da sübjektif bir sonuç doğurabilir çünkü anne babaya göre iyi olan ile hakime göre iyi olan farklı olabilir ama sonuç olarak çocuk için en iyi yarar hedeflenmektedir. Ancak bu durumun hukukun menfaatler kuramı açısından kabul edilebilirliği tereddütlüdür. Hukuk, esas itibarıyla menfaatler arasında dengeyi gözetir ve bu dengeden sadece haklı bir neden varsa sapar. Bu sapma durumu genellikle zayıfın korunmasına yöneliktir. Ancak buradan zayıf tarafın mutlak şekilde korunduğu sonucu çıkmaz. Mamafih, zayıf taraf ancak menfaati - hukuken - korunmaya değer olduğunda korunur. Korunmaya değer değilse, korunmayacaktır. Yararın üstün olması, bu gerekliliği karşılayan bir durumdur. Çocuğun yararı ancak hukuken korunmaya değer olduğunda, diğer yararlar karşısında üstün ve öncelikli olabilir. Sonuç olarak, çocuğun yararına ilişkin olarak hukuki anlamında mutlak bir üstünlük verildiği anlamına yol açacak kavramsallaştırmalardan imtina edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Her ne kadar terminolojik olarak farklı kelimeler kullanılsa da “en iyi” ya da “yüksek” ya da “üstün” yarar kelimeleri bir araya gelince hizmet ettiği amaç çok açıktır. Bu amaç çocuğun iyiliği (*wellbeing*), esenliği ve çocuğun refahıdır (*welfare*). Çocuğun refahının, çocuğun yararının ve çocuğun yüksek yararının eşanlamlı ifadeler olarak kabul

---

<sup>101</sup> “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.” Convention on the Rights of the Child (art. 3, para. 1) Committee on the Rights of the Children General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) <[https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf)> Erişim Tarihi 27.09.2020.

<sup>102</sup> Funderburk, 235.

edilebileceği şeklinde düşünenler bulunmaktadır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin amacına bakıldığında, çocuğun yararının ve çocuğun üstün yararının içeriği aynı olan ifadeler olduğunu söyleyebiliriz. “En iyi” niteleyicisi, büyük olasılıkla sınırlayıcı değil, açıklayıcı bir üstünlük olarak görülmelidir. Öte yandan, çocuğun refahı, yararı (*kindeswohl*), ideal bir devlet (her çocuğun ahlaki, fiziksel ve sosyal refahı) (*besten Interesses des Kindes*) oluşturduğu anlamıyla çocuğun yararından ayrılır. Çocuğun iyiliği, Sözleşmenin önsözünde de bahsettiği çocuğun refahıdır, hizmet ettiği amaç da yasal bir kavram olan çocuğun üstün yararıdır. Bu durum özellikle BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Giriş bölümünde<sup>103</sup> ve madde 3/2<sup>104</sup> ve 3/3<sup>105</sup> çocuğun esenliği, çocuğun bakımı ve korunması şeklinde düzenlenerek çocuğun refahı amaçlanmıştır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3/2.maddesinin “*Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.*” düzenlemesi ile çocuğun esenliğinin esas alındığı açıkça görülmektedir. Ayrıca ABTHŞ (Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı) 24.maddesinde “*Çocuklar, kendi iyilikleri için gerekli olan korunma ve bakım hakkına sahiptir*” düzenlemesi ile çocuğun iyiliği (*well-being*) şeklinde yer almaktadır.

Ezcümle, her ne kadar terminolojik olarak farklı kelimelerin kullanılması hususu tartışılrsa da her iki kavram da her koşulda çocuğun yararının diğer yararlardan daha üstün olduğu anlamına hizmet etmektedir. Bir başka deyişle, çocuğun yararı herhangi bir yetişkinin ya da kurumun yararından kaçınılmaz olarak daha üstündür ve üstün

---

<sup>103</sup> Paragraf 5: “*Toplumun temel birimi olan ve tüm üyelerinin ve özellikle çocukların gelişmeleri ve esenlikleri için doğal ortamı oluşturan ailenin toplum içinde kendisinden beklenen sorumlulukları tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli koruma ve yardımı görmesinin zorunluluğuna inanmış olarak,...*”  
Paragraf 10: “*Çocuk Hakları Bildirisinde de belirtildiği gibi “çocuğun gerek bedensel gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de uygun yasal korumayı da içeren özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğunu hatırla tutarak.”*”

<sup>104</sup> BMÇHS mad.3/2: “*Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.*”

<sup>105</sup> BMÇHS mad.3/3: “*Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.*”



olacak şekilde yorumlanmalıdır, çünkü çocuk bu kişiler karşısında istisnaidir<sup>106</sup>. Ancak bu durum katlanılmaz olarak yorumlanmış ve haklı olarak eleştirilmiştir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3/1. maddesi ve 5. maddesi beraber incelendiğinde açıkça görülecektir ki çocuk toplumdaki, ailesinden, ebeveynlerinden, vasisinden veya kendisinden sorumlu kişilerden bağımsız olarak bireyselleştirilmemelidir. Çünkü çocuk ailenin bir üyesi, yaşadığı toplumun ve devletin bir bireyi ve geleceğidir<sup>107</sup>.

Modern devlet çocuğun fiziksel, duygusal, zihinsel olarak esenliğini korumak ve çocuğun “üstün yararı” na özen göstermekle yükümlüdür. Ayrıca çocukların yeteneklerine göre gelişmelerini ve onların ekonomik ve sosyal refahını da sağlamaktır. Ezcümle, “çocuğun yararının üstünlüğü” kavramı; çocuğa ilişkin her durumda dikkate alınan, çocuğun fiziksel, zihinsel ve psikolojik gelişimi ile çocuğun koşullarına, yarar çatışması yaşadığı kişilere ve her somut olaya göre değişebilen bir ölçüttür<sup>108</sup>. Özellikle sınırların kalktığı, yabancı unsurlu ilişkilerin arttığı günümüzde çocuğun korunması, çocuğun üstün yararı meselesi oldukça önem kazanmıştır. Yukarıda açıklamalar ışığında MÖHUK bağlamında çocuk zayıf taraf olduğu için taraf menfaati, çocuk lehine pozitif ayrımcılık yapılabilir mi, yapılabiliyorsa nasıl sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır.

### **2.3.2. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi -Çerçevesinde- Çocuğun Üstün Yararı Kavramı**

Çocuk hukukunun temel özelliklerinden<sup>109</sup> çocuğun yararı önceliği ilkesi, çocukların fiziksel, duygusal, zihinsel ve sosyal gelişimleri bakımından önceliğini ifade etmektedir. 1990 yılında New York'ta toplanan “Dünya Çocuk Zirvesi” “çocuklara birinci öncelik” ilkesinin bütün ilkelere kılavuz ilke olması çağırısı yapmıştır. Bu ilkeye göre, çocukların temel ihtiyaçlarının her durumda ulusal ya da uluslararası düzeyde ya da aile içindeki

<sup>106</sup> Irene Thery, Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique? in. *Esprit* (1940-), no. 180 (3/4), Editions Esprit, 1992, 5, 12. <<http://www.jstor.org/stable/24274982>> Erişim Tarihi 12.11.2019.

<sup>107</sup> Zermatten, 7ff.

<sup>108</sup> Ayrıca bkz. Elçin, *Tedbirler* 58; Grassinger, *Çocuğun Menfaati*, 823,826.; Harder-Herken, 65; Zermatten, 493; Akyüz, *Çocuk* 46.

<sup>109</sup> Detaylı bilgi için bkz. Can, Tuna and Tuna, 5ff.

kaynakların ayrılmasında üst düzey bir öncelik taşıması gerekmektedir<sup>110</sup>. Çocuğun büyüüp gelişmesi için tek bir fırsatı vardır ve o da çocukluğudur ve bu yıllar çocuğun hassas, kırılğan olduğu bir dönemdir. Bu nedenle her durumda ve her koşulda çocuğun yararı, çocuklara birinci öncelik ilkesi gereği öncelikle korunmalıdır<sup>111</sup>.

Çocuk Hakları Komitesine göre “birinci planda gözetilme” çocuğun yüksek yararının diğer yararlar göre öncelikli konumda olduğu anlamına gelmektedir<sup>112</sup>. Çocuk özelliği gereği yetişkinlerin yardımına ihtiyaç duyar, olgunluk düzeyleri daha az olduğundan yetişkinlere kıyasen kendi yararlarını savunma imkânı düşüktür<sup>113</sup>, çocuğun esenliğini çocuğa rağmen koruma esastır<sup>114</sup>. İşte bu nedenle çocuğun üstün yararının öncelikli olarak dikkate alınması, çocuğun diğer yararlarının da gözetilmesini gerektirmektedir.

Çocuğun üstün yararında, yararların üstünlüğü değil “öncelikli bir düşünce” anlamı esas alınmalıdır. Çünkü, çocuğun üstün yararının öncelikli bir düşünce olarak dikkate alınması, ilkenin bağlayıcılığını ve üstünlüğünü belirleyecektir. Aslında Sözleşme’nin hazırlanması aşamasında “öncelikli bir düşünce” ifadesi tartışılmıştır. Yazım aşamasında kelimelerin birçok farklı anlama gelebileceği düşüncesiyle kelime tercihlerinde tartışmalar yaşanmıştır. İlkenin önceliği –çocuğun üstün yararının önceliğini en iyi anlatacak söz öbeği seçiminde titizlikle çalışılmıştır. Zira tartışmalar “üstün düşünce” (*paramount consideration*) ve “öncelikli düşünce” (*primary consideration*) söz öbekleri etrafında yapılmıştır. Bu çalışmalarda yer alan temsilcilerinin çoğunluğu “üstün” (*paramount*) sözcüğünün geniş bir anlama geldiği konusunda uzlaşmışlardır. Bu nedenle üstün sözcüğünden ziyade “öncelikli” (*primary*) kelimesi daha uygun bulunmuştur<sup>115</sup>. “Üstün düşünce” diğer yararlardan kesin olarak üstün olan iken “öncelikli düşünce” ilk olarak düşünülmesi gereken şeklindedir<sup>116</sup>.

<sup>110</sup> Akyüz, *Çocuk 7.*; UNICEF “Çocukların Yaşatılmaları, Korunmaları ve Geliştirilmelerine İlişkin Dünya Bildirgesi ile bu Bildirge’nin 1990’lı yıllarda uygulanmasına ilişkin “Faaliyet Planı” Dünya Çocuklarının Durumu 1991.

<sup>111</sup> Carl Funderburk, ‘Best Interest of the Child Should Not Be an Ambiguous Term’ (2013) 33 (2) CHILD. LEGAL RTS. J. 229, 230ff. Akyüz, *Çocuk 8ff.*

<sup>112</sup> General Comment No: 14, para. 37.

<sup>113</sup> General Comment No.14, para 37.

<sup>114</sup> Funderburk, 230.; Yücel, 117ff.

<sup>115</sup> Office of The United Nations High Commissioner For Human Rights,

<sup>116</sup> G. van Bueren, *Les droits des enfants en Europe* (Editions du Conseil de l’Europe 2008) 35.

“Öncelikli düşünce” görüşünün daha uygun olduğuna karar verildikten sonra bir başka tartışma “bir” (a/ the) kelimesine ilişkin yapılmıştır. “Öncelikli düşünce”, çocuğun yararının diğer yararlar kıyasen daha yüksek değerde olanı işaret ederken, “öncelikli bir düşünce” çocuğun birçok yararından birisi şeklinde anlama geldiği öne sürülmüştür. Her ne kadar yazım sürecinde “öncelikli düşünce” (*the primary consideration*) olarak başlasa da süreç sonunda “öncelikli bir düşünce” (*a primary consideration*) olarak değişmiştir. Katılan ülkelerin çoğunluğu her toplumda yararların değişebileceğini, korunması gereken yararın farklılık arz edeceğini belirterek “öncelikli düşünce”nin çocuğun yüksek yararının gerçekten korunmasına hizmet edeceğini ifade etmişlerdir<sup>117</sup>. Sözleşme’nin Fransızca metni “öncelikli bir düşünce”ye yer verirken Türkçe metinde “temel düşünce” olarak belirtilmiş “bir” sözcüğü kullanılmamıştır. Öyle ki Türkçe metinde öncelik kelimesine hiç yer verilmemiş yalnızca “temel<sup>118</sup>” kelimesi kullanılmıştır. Hatta Türkçe metinde hem “yüksek” hem “bir” kelimesine yer verilmemiş “temel” kelimesinin çocuğun yüksek yararının diğer yararlardan üstün olduğu anlamında yorumlanmıştır. Bu tercihin bilinçli olmadığı ama yine de güdülen amacın bu yönde olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>119</sup>. Zira BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 21. maddesi evlat edinmeye ilişkin işlemlerde çocuğun yüksek yararının temel düşünce olduğunu düzenlemiştir<sup>120</sup>. Yazım aşamasında da mutlaka çocuğun yüksek yararının üstün bir hale getirilmesi değil de çocuğun üstün yararıyla birlikte tüm yararların dikkate alınması esas alınmıştır. Ezcümle, karar verilirken çocuğun üstün yararına özel bir önem ve öncelik verilmeli ancak bunun diğer yararlardan otomatik üstünlüğü olduğu sonucuna varılmamalıdır<sup>121</sup>. Fransız Yargıtayının da görüşü aynı doğrultudadır ve kararlarında “hâkim bütün yararları ama özellikle çocuğun üstün yararını göz önüne alarak karar vermelidir”<sup>122</sup> şeklinde ifade etmektedir.

Çocuğun üstün yararı kavramına lafzı yorum yapıldığında üstün yararın birçok yarardan üstün olanın anlamına geldiği söylenebilir. Zira BM Çocuk Hakları Sözleşmesi İngilizce

<sup>117</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, op.cit., s. 345.

<sup>118</sup> BMÇHS Madde 3 – 1

“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”

<sup>119</sup> Detaylı bilgi için bkz. Sağlam and Aral, 7.

<sup>120</sup> Merve Sizer, *Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü*, (1st edn, Yetkin Yayınları 2021) 32.

<sup>121</sup> Zermatten, Working Report 8.

<sup>122</sup> Cass. française, avis, 13 sept. 2010, n.10-00004.

metinde, “*The best interests of the child shall be a primary consideration*” şeklinde düzenlenmiştir. Metinde çocuk (*child*) kelimesi tekil olarak kullanılırken en iyi yarar<sup>123</sup> da (*the best interests*) çoğul olarak kullanılmıştır. Sözleşme’nin İngilizce metnine göre (*the best interests of the child*) “çocuğun en iyi yararları” gibi bir anlama gelmektedir<sup>124</sup>. Bir başka deyişle Sözleşmede çocuğun yararının sadece bir yararı olmadığını, çocuğa ilişkin birden çok yarar arasından en iyilerinin tespiti amaçlanmıştır. Hüküm genel olarak incelendiğinde hüküm açıklama yapmamakta veya kesin kurallar koymamaktadır. Bu durumda bu hükmün hukukun genel ilkesi niteliğinde olduğu açıktır<sup>125</sup>.

Common law ülkelerinde çocuğun en iyi yararını belirleyebilmek için hassas yıllar (*tender years*), cinsiyet savaşları (*gender wars*) gibi öğretiler kullanılmakla birlikte ailenin en iyi yararı, çocuğun refahı ya da zararı testi gibi birçok öğreti de bulunmaktadır<sup>126</sup>.

Milletlerarası alanda meydana gelen ve çocuğu da içine alan ilgili bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda neredeyse tüm ülkelerin kabul etmiş olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve ülkelerin özel hukuk alanındaki kanunları göz önünde bulundurularak bir yargılama yapılması gerekmektedir.

---

<sup>123</sup> Öğretide “*interest*”, menfaat olarak kullanılmış olsa da çocuğun yararı kavramının daha yerinde olduğu kanısındayız.

<sup>124</sup> “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.” Convention on the Rights of the Child (art. 3, para. 1) Committee on the Rights of the Children General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) <[https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf)> Erişim Tarihi 27.09.2021.

<sup>125</sup> Bea Verschraegen, *Die Kinderrechtekonvention* (1st edn, Manz Verlag Wien 1996) 5.

<sup>126</sup> Rosario Espinosa Calabuig and Laura Carballo Piñeiro, ‘Child Protection in European Family Law’ in: Thomas Pfeiffer, Quincy C. Lobach and Tobias Rapp, (Eds.): *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg: (Heidelberg University Publishing, 2021) 56.; Mark S. Guralnick, *Interstate Child Custody Litigation, Tools, Techniques and Strategies* (1st edn, American Bar Association 1993) 4.; Barbara Bennett Woodhouse, ‘Child Custody in the Age of Children’s Rights: The Search for a Just and Workable Standard’, (1999) 33 *Family Law Quarterly* 815, 817.; Françoise Boulanger, *Les Rapports juridiques entre parents et enfants* (1998) 14ff.; Ramsay Laing Klaff, ‘The Tender Years Doctrine; a Defense’ (1982) 70 (2) *California Law Review* 335, 372.

Zira BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Anayasa hükümleri, herhangi bir menfaatler çatışmasında çocuğun yararının üstün tutulmasını emretmektedir<sup>127</sup>. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>128</sup>,nin dört yol gösterici ilkesinden birisi de çocuğun üstün yararadır. Diğer ilkeler de bunu tamamlayıcı nitelikte olan ayrımcılık yapmama, çocuğun varlığını ve gelişimini sürdürmesini sağlama ve katılımdır.

Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3/1. maddesi "*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*" ve BMÇHS'nin 18/1. maddesi "*Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.*" düzenlemeleri ile çocuğun yararı kavramını temel almıştır.

Çocuğun yararının korunması kavramı BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde açık şekilde belirtildikten sonra çocuğa ilişkin milletlerarası düzenlemelerde çocuğun yararı/ üstün yararı/yüksek yararı kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Çocuğun üstün yararı kavramı ilk olarak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde belirtildiğinden üstün yarar kavramı bu Sözleşme ve Sözleşme'nin yazım aşaması dikkate alınarak incelenecektir.

Henüz çocuğun yararı dahi tanımlanamamış ancak tarif edilebiliyor iken, çocuğun üstün yararı kavramının tespiti oldukça zordur. Zira öğretilerde de daha önceleri çocuğu ilgilendiren konularda çocuğun yararı dikkate alınırken en üstün değer mi, yoksa temel değerler mi olduğu tartışılmıştır. Tartışmanın temelinde çocuk hukukunun mihenk taşlarından<sup>129</sup> birini oluşturan 1924 Çocuk Hakları Bildirisi (Çocuk Haklarına İlişkin Cenevre Deklarasyonu) ile 1989 BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde çocuğun yararı için birbirinden farklı kavramların kullanılması yatmaktadır. Çocuk Hakları Bildirisi, "insanlığın çocuğa vermesi gerekenin en iyisini vermesi" (*that mankind owes to the*

<sup>127</sup> Serozan, 162.

<sup>128</sup> Amerika Birleşik Devletleri hariç bütün Birleşmiş Milletler üyeleriyle Filistin, Vatikan, Nieu ve Cook Adaları sözleşmeye taraftır.

<sup>129</sup> Espinosa Calabuig and Carballo Piñeiro, 50.

*child the best that it has to give...*) şeklinde düzenlerken BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde “en temel düşünce” (*the best interests of the child shall be a primary consideration*) ve ibaresi yer almıştır. Öncelikle Çocuk Hakları Bildirgesi<sup>130</sup> nde yer alan “çocuk için en iyisi” kavramı ve sonrasında onu bağlayıcı niteliğe dönüştüren BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun yüksek yararı, çocuğun en iyi yararı şeklinde kullanılmıştır. Gerçekten de bu düzenlemelerde, daha önce kanunda sadece çocuğun yararı, esenliği, iyiliği vb. şeklinde söz edilen kavram BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile ilk defa “çocuğun yüksek yararı” kavramına ve bir kurala dönüşmüştür<sup>131</sup>.

Sözleşmenin Türkçe metninde “yüksek yarar” olarak ifade edilmiştir. Örneğin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 21. maddesinde “*Taraf Devletler, çocuğun en yüksek yararlarının temel düşünce olduğunu kabul edecek...*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bir görüşe göre çocuğun yararı bakımından en üstün yerine temel düşünce kavramının kullanılması bilinçli bir tercihtir<sup>132</sup>. Ayrıca daha önce belirtildiği üzere çocuğa ilişkin birçok milletlerarası sözleşmelerin dibacesinde “çocukların üstün yararının öncelikli olarak göz önünde bulundurulacağı” ibaresi yer almaktadır.

---

<sup>130</sup> Çocuk Hakları Cenevre Bildirgesi

Yaygın Olarak "Cenevre Beyannamesi" Olarak Bilinen Bu Çocuk Hakları Beyannamesi ile, Tüm Ulusların Erkek ve Kadınları, İnsanlığın Çocuğa Vermesi Gerekenin En İyisini Borçlu Olduğunu Kabul Ederek, Beyan Ve Görevi Olarak Kabul Eder. Irk, Milliyet veya İnançla İlgili Tüm Hususların Ötesinde ve Her Şeyden Önce: <<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>>.Erişim Tarihi.02.01.2021.

<sup>131</sup> Bkz. Ali Naim İnan, ‘Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi’, (Beyanname), (1968) I (1-4) Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 201, 207.; Elçin, ‘Çocuğun Menfaati’ 824; Nikola Koritz, ‘Kinderrechte im Konflikt ihrer Eltern Die Gefahr in Streitzeiten die Rechte der Kinder zu missachten’ (2012) Heft 5 Zeitschrift für die Anwaltpraxis Familie Partnerschaft Recht 212, 213.; Zermatten, 484. Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Michael Coester, *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff*, Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft Arbeiten zur Rechtsvergleichung (1st edn, Metzner 1983) 114, 134ff.; Andreas Brauchli, *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts* (Schultess 1982) 31; Manfred Liebel, ‘Kindeswohl oder Kindesinteresse — ein bloßer Streit um Worte?’ (2005) 29 (10) Sozial Extra, 41, 42..

<sup>132</sup> Alston, 12. Bkz. Jane Spinak, ‘When Did Lawyers for Children Stop Reading Goldstein, Freud and Solnit? Lessons from the Twentieth Century on Best Interests and the Role of the Child Advocate’ (2007) 41 (2) Family Law Quarterly (2007) 7, 156.

### 2.3.3. Türk Hukukunda “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı

#### A. Genel Açıklamalar

Çocuğun yararı ve birçok yararı arasındaki üstün yararı kavramı çocuk hukuku bakımından temel nitelikte olmakla beraber birçok uyuşmazlıkta da karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun aynı anda birçok yararı söz konusu olabilir. Bir başka deyişle yararları yarışabilir. Böyle bir durumda çocuğun üstün yararı, çocuğun iyiliği doğrultusunda yapılması gerekenleri ve aynı zamanda çocuğun iradesini yani duygularını, düşüncelerini ve isteklerini korumak amacıyla ortaya çıkmış bir kavramdır. Çocuklara ilişkin verilen her karar veya yapılan her işte onların üstün yararı önceliklidir.

Türk hukukunda da çocuğun yararının öncelikliği<sup>133</sup>, çocuğa ilişkin durumlarda yönlendirici bir işlev gören kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>134</sup>: Çocuğun yararı ve çocuğun yararının öncelikliği çocuğa ilişkin durumlarda göz önünde bulundurulması gereken bir ölçüttür. Ancak çocuğun yararı tanımlanıp ve unsurları belirlense dahi dikkate alınan etmenler çatışırsa hangisinin üstün tutulacağı sorunu henüz çözülememiştir<sup>135</sup>. Bununla birlikte böyle bir durumda çocuğun yararının üstünlüğünün belirlenmesi de karar veren hâkimin ya da diğer kişilerin takdirine kalmaktadır. Hakimin takdiri ise çocuğa ilişkin birçok etmenin yanında toplumsal, çevresel ve iç etmenlere bağlıdır. Çocuğun üstün yararı da çocuğun haklarının uygulama biçimini belirleyerek ve bu etmenlere uygun olarak çocuğun hakları uygulanabilir.

Çocuğun üstün yararı her olayda değişkenlik göstereceğinden somut olay koşullarına göre her zaman yeniden değerlendirilmelidir. O imkân daha sonra çocuğun üstün yararına değilse, bu ölçüt gereği verilen karar çocuğun hayatını aleyhinde etkileyecek hale geldiyse bu durum tespit edildiğinde yeni bir karar verilebilmelidir. İşte bu nedenle çocuğun üstün yararı sabit değildir, her zaman somut olay koşullarına göre değişebilir, canlı bir kavramdır. Ayrıca çocuğun durumu ve koşullarına bağlı ve değişebilen

<sup>133</sup> Serozan, 65.

<sup>134</sup> Detaylı bilgi için bkz. Yücel, 117ff.; Serozan, 65ff.

<sup>135</sup> Özer Taşkın, 20.

nitelikte olduğundan<sup>136</sup> verilen karar yeni koşullara uygun değilse yeni bir karar verilmesi gerekir<sup>137</sup>. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 351/1. maddesine göre “Durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir.” Her ne kadar çocuğun yararı değişebilir de olsa çocuk açısından istikrar (tek ev prensibi) ve düzen çocuğun hayatı için çok önemlidir. Düzensiz bir hayat çocuğun psikolojisini çok olumsuz etkileyecektir<sup>138</sup>.

Çocuğun yararı belirlenirken çocuk bir aile içinde yaşıyor ise yaşadığı aile bireylerinin yararları ile çocuğun yararı/yararları birlikte değerlendirilmelidir, çünkü çocuk da ailenin bir üyesidir. Nitekim ailenin olağan hayatı çocuğun sağlıklı gelişimine engel değilse çocuğun yararına aykırı olarak kabul edilmeyecektir<sup>139</sup>. Sonuç olarak, çocuğa ilişkin koruma tedbirlerinin alınabilmesi çocuğun yararının tehlikeye düşmesi halinde mümkündür. Burada kıstas çocuğun yararının gerçekten tehlikeye düşecek olmasıdır; örneğin; ailenin bir başka yere taşınması, tüm ailenin sağlıksız beslenmesi, çocuğun özel kursa gitmemesi gibi durumlar tek başına çocuğun gelişimini etkilemeyeceğinden çocuğun yararına aykırılık olarak değerlendirilemez<sup>140</sup>.

Çalışma kapsamında da MÖHUK'ta çocuğun yararının daha da geniş ele alınması gerekmektedir, çünkü çocuğun yararının korunmasına ilişkin MÖHUK'ta özel bir hüküm öngörülmuş değildir. Çocuğun yararının esas alınması genel hükümler çerçevesinde incelenecektir. Bu bağlamda çocuğun yararı, ancak çocuğun esenliği, iyiliği veya korunmaya değer bir menfaati olduğu sürece dikkate alınabilir. Dolayısıyla öğretide de de yapılan bu tartışmalar çok belirleyici değildir. Çocuğun her yararının mutlaka dikkate alınacağı ve korunacağı anlamına gelmez.

---

<sup>136</sup> Goldstein, Freud and Solnit, 11; Elçin, ‘Çocuğun Menfaati’ 832.; Natalie Ivanits, ‘Elterliches Einvernehmen und Kindesbeteiligung’, (2012) Heft 3 Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 101.

<sup>137</sup> Yusuf Solmaz Balo, *Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması* (1st edn, Seçkin Yayınları 2005) 120. Özer Taşkın, gelecekteki yararı düşünülerek uzun vadeli bir karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak ilerdeki yararı ile bugünkü uyumsuz olabilir ve uzun vadeli bir karar olması için çocuğun bugünkü mutluluğu, yararı göz ardı edilemez.:s. 23.

<sup>138</sup> Detaylı bilgi için bkz Atalay Yörükoğlu, *Çocuk Ruh Sağlığı* (29th edn, Özgür Yayınları 2016); Goldstein, Freud and Solnit, 32; Özer Taşkın, 98; Harder-Herken, 66.

<sup>139</sup> Emine Akyüz, Hâkimin Velayet Hakkına Müdahalesi (Yayınlanmamış Doktora Tezi 1974) 55.

<sup>140</sup> Elçin, *Tedbirler* 61.



## B. Çocuğun Kendi Yararları Arasındaki Üstünlük İlişkisi (İç İlişkide Üstünlük/Üstün Tutulma)

Çocuğun aynı anda birden çok yararı olabilir ve yararlar arasında bir yarar daha üstün olabilir. Zira çocuğun her yararının değil, çocuğun korunmaya değer yararının korunması gerektiğini belirtmiştik. Ancak çocuğun korunmaya değer yararının tespiti de kolay değildir. Zira, çocuğun korunmaya değer yararı, birden çok yararın arasında üstün tutulan yarar olabilir.

Çocuğun yararlarının yarıştığı durumlar da olabilir, çünkü çocuğun yararı değişkendir. Somut olayda farklılık göstermesinin yanı sıra tek bir olayda dahi karar verildikten sonra çocuğa ilişkin durumlarda değişiklik olabilir. Çocuğun kendi yararları arasındaki üstünlük işte bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun kendi yararları arasındaki üstünlük ilişkisi için 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi<sup>141</sup>,’nde ifade edilen “çocuğun üstün yararı” kavramı bu bağlamda örnek olarak ele alınabilir. Bu Sözleşme, çocuğun mutat meskenine iade engeli olarak çocuğun üstün yararının aksini gerektirme durumunu düzenlemiştir. O halde, çocuğun mutat meskenine iadesinin çocuğun yararına olacağı varsayılmakla beraber, çocuğun başka bir yararının daha üstün olabileceği, bu durumda mutat meskene iadesine karşı çıkabilmesine imkân verilmiştir. Bu konuya ilişkin örnek verilebilecek yargı kararı pandemi sürecinde 31.03.2020 tarihinde İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi (Aile Bölümü) tarafından çocuğun iadesine ilişkindir<sup>142</sup>. COVID-19 salgınında çocuğun mutat ikamet ettiği ülkeye geri dönüp dönmeyeceği sorusuna verilecek cevap 1980 tarihli

<sup>141</sup> RG. 23965/4461. Sözleşme metni için bkz. [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=24](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24) , Erişim Tarihi.11.10.2020.

<sup>142</sup> Re PT [2020] EWHC 834 (Fam),Karara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ekin Tuna, ‘Legal Aspects of the Effects of the Covid-19 Pandemic Process on the Child -Decision of the Supreme Court of England Wales of 31 March 2020 (Re PT [2020] EWHC 834 Fam)’ in Salvo Andò, Refik Korkusuz, Paola Todini(eds) *Diritti Umani Durante Il Covid-19 Human Rights In The Regime Of Covid-19* 27-28 May 2021 (eCampusUniversityPress 2021) 109-120.

Kazım Sedat Sirmen, ‘Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’ndeki “Ciddi Risk” İstisnasının Uygulanmasına Etkisi’ in Kemal Şenocak (ed.) *Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları (Yetkin Yayınları 2021)* 667,687.; Lale Ayhan İzmirli, ‘Milletlerarası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin 13/1-B Maddesi Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Çocuğun Mutad Meskenine İadesine Etkisi’ (2021) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 469-512.

Lahey Sözleşmesi'nin 13.maddesi<sup>143</sup> kapsamında çocuk için ciddi risk (*grave risk*) oluşturup oluşturmadığına göre değişecektir.

Karara konu olan PT (kaçırılan çocuk) ve her iki ebeveyni de İspanyol vatandaşıdır. PT 2008'de doğmuş ve Şubat 2020'de annesi HH tarafından İngiltere'ye getirilinceye kadar tüm hayatını İspanya'da geçirmiştir. PT tek çocuktur ve PT'nin anne ve babası 2009'da ayrılmıştır. Ebeveynlerin ayrılmasının ardından, İspanya'da PT ile ilgili olarak anne tarafından yasal işlemler başlatılmıştır. Yargılamalar sonucu 25 Mayıs 2012 tarihinde İspanya Mahkemeleri tarafından, annenin PT'nin velayetini alması ve ebeveyn sorumluluğunun her iki tarafça paylaşılmasına (müşterek velayet) karar verilmiştir. Baba ile çocuk arasında kişisel ilişki okuldan sonraki cuma gününden pazar akşamına kadar hafta sonları ve her okul tatilinin yarısını her biri ile geçirilmesi şeklinde düzenlenmiştir. Hatta adres değişikliği söz konusu olursa otuz gün önceden ebeveynlerin birbirlerine bir bilgi vermesi gerekmektedir. 13 Şubat 2020'de, anne ve PT, İngiltere'nin Güney Doğu'suna annenin partnerinin yanına taşınmışlardır. PT'nin babası çocuğunun İspanya'ya iade edilmesi için yasal süreç başlatarak, kendisinin bilgisi veya rızası olmadan çocuğun İspanya'dan anne tarafından çıkarılmasını kanıt olarak mahkemeye sunmuştur. Baba, anneden PT'yi İspanya'ya geri göndermesini istemiş, ancak PT'nin annesi çocuğu geri göndermemiştir. Baba, çocuğunu görebilmek için İngiltere'ye giderek, anne ve PT ile bir alışveriş merkezinde buluşmuştur. Ancak anne, çocuğun İspanya'ya dönmesine yine izin vermemiştir. Dava ilk olarak 10 Mart 2020 tarihinde görülmüş ve dava babanın rızası alınmadan çocuğun yurt dışına

---

<sup>143</sup> Madde 13

Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:

a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya,

b) Geri dönmemesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmelerini emretmek zorunda değildir. Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmelerini emretmeyi reddedebilir. Bu maddede yer alan şartların değerlendirilmesinde, adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutlak ikametgahı devletin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri gözönünde bulundurması gereklidir.

götürülmesi ve ilgili Lahey sözleşmesinin 13. maddesi (b)<sup>144</sup> bağlamında geri dönüşün çocuğu fiziksel ya da psikolojik zarar veya başka bir şekilde çocuğu tahammül edilemez bir duruma girip giremeyeceği bağlamında değerlendirmiştir. PT, hakimın belirttiği gibi, Mahkemede CAFCASS (Children and Family Court Advisory and Support Service (Çocuk ve Aile Mahkemesi Danışma ve Destek Servis) memur ile yaptığı görüşmede babasıyla kalmak istediğini ama annesinden de ayrılmak istemediğini, İngiltere'ye de gelmek istemediğini ve İspanya'ya dönmek istediğini söylemiştir. Mahkeme, yakın zamanda İngiltere'ye getirilene kadar tüm hayatı boyunca İspanya'da yaşadığı için PT'nin mutlak olarak İspanya'da ikamet ettiğine dair kanıtlar doğrultusunda PT'nin İspanya'dan haksız yere çıkarıldığına ve iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararda çocuğun her iki durumda da (annesini veya babasıyla) kalmasında yararı vardır. Kararın verildiği koşullarda- pandemi koşullarında çocuğun yararı kısa vadeli değil uzun vadeli düşünülerek esnek çerçevede yorumlanmalıdır. Öncelikle, böyle durumlarda Mahkeme kaçınılmaz olarak pandemi bağlamında geri dönme durumunda çocuk için riskleri belirlemek durumundadır. Bu konudaki içtihat eksikliğinden dolayı ve çocuğun dönüşünün büyük bir risk oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir. Mahkemenin genel varsayımı, derhal geri dönüşün çocuğun üstün yararına olduğu şeklindedir. Somut olayda değişkenlik gösterebilir ve unutulmamalıdır ki, madde 13 (b) 'de öngörülen istisna, yalnızca bir çocuğun makul olarak nelere katlanmasının beklenebileceğini ve bunu aşan durumlarla ilgilidir<sup>145</sup>. Mevcut koronavirüs pandemisinin sunduğu fiziksel zarar riski için o tarihte İngiltere ve İspanya'nın verileri karşılaştırılarak İngiltere'ye kıyasla İspanya'da İspanya'da virüse yakalanma riski daha yüksek hesaplanmıştır. Ayrıca uluslararası seyahatin neden olduğu enfeksiyon riskinin artması sonucu mahkeme, iade emrinin getirebileceği tüm olası zararları araştırarak mı karar vermiştir? Geri dönüş halinde çocuğun fiziksel veya psikolojik tehlikede olması mı, yoksa tahammül edilemez duruma düşmesi daha ağır basacaktır? Mahkemenin bu konuya yaklaşma biçimine göre geri dönüşün fiziksel tehlike getirebileceği açıktır. COVID-19'un kontaminasyon ve tüm olası komplikasyonlara rağmen çocuğun yaşlılar veya diğer kişiler gibi (kronik hasta insanlar) riskli gruplarda olmaması fiziksel olarak

---

<sup>144</sup> İadenin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğu tespit edilirse, iade kararı verilmesi zorunlu değildir.

<sup>145</sup> Ushakov/ Rusya § 97, X v. Letonya § 116, Maumousseau ve Washington / Fransa §§ 69 ve 73, K.J. / Polonya §§ 64 ve 67.

risk grubunda olamasa bile pandeminin psikolojik yönü küçümsenmemelidir. Zira Dünya Sağlık Örgütü'nün açıklamasına göre virüs yayılımı toplumda önemli ölçüde korku ve endişe uyandırmaktadır. Bu nedenle 12 yaşında bir çocuğun idrak kabiliyetine göre COVID-19, çocuğu endişeli veya sıkıntılı hissettirebilir ve bu nedenle büyük olasılıkla ona psikolojik zarar da getirecektir. Bu anlamda potansiyel psikolojik zarar kaçınılmazdır ve öngörülemez bir durum olması nedeniyle fiziksel zarar da ortaya çıkabilecektir. İade emri (özellikle COVID-19'un bulaşması riskinin önemli olduğu bir ülkede) çocuğun psikolojik bütünlüğünü korumak da önem arz etmektedir. Mahkemenin aslında her iki ülkedeki durumları karşılaştırması, ancak yine de COVID-19'un doğasını göz önünde bulundurarak, genel ve ülkeye özgü sağlık kuruluşlarına dayanan gelişmeler raporlar, günümüzde çevrimiçi olarak nispeten kolay bir şekilde erişilebilmektedir ancak yalnızca bu raporlar mahkemenin argümanı olmamalıdır. Mahkeme bu davada madde 13 (b) savunmasının yapılmadığına kanaat getirmiştir. COVID-19 salgını sırasında bir çocuğun geri dönüşü, tüm yararları bakımından ciddi bir risk oluşturur. Hayatı boyunca İspanya'da yaşamış sosyal ilişkilerinin merkezi konumunda olan İspanya'nın çocuğun mutad meskeni olduğu aşikârdır. En azından çocuk kaçırma vakaları bakımından- somut olay özelinde değişecektir, lakin ancak en azından bu konudaki yargı uygulamaları oluşturulmaya başlanabilir. Sözleşme kapsamında pandemide kilitli kalmanın (*lock down*) "ciddi risk" kavramı<sup>146</sup> olarak görülmesinin ve çocuğun fiziksel ve psikolojik yararının bütün olarak korunabileceği ve diğer yararları arasında üstün tutulan yararının bu şekilde temin edilebileceği kanısındayız.

Sonuç olarak çocuğun kendi yararları arasında üstünlük ilişkisi çocuk için hangisi daha iyi daha lehine olacak ise o yönde karar verilmesi şeklinde telakki edecektir. Her somut olay özelinde çocuğun yararı değişeceğinden çocuğun fiziksel, psikolojik kendi yararları arasında bir değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

---

<sup>146</sup> Nadia Rusinova , 'Child abduction in times of corona' <<https://conflictoflaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/>> Erişim Tarihi. 01.05.2020.

### C. Diğer Yararlar Karşısındaki Üstünlük İlişkisi (Dışa Karşı/Dış İlişkide Üstünlük)

Çocuk, zayıf taraf olarak korunma bulur ve bu koruma hemen hemen tüm hukuk düzeni ve alanlarında söz konusudur. Ancak, çocuğun diğer kişiler karşısındaki üstünlüğü mutlak bir durum da değildir. Üstünlük durumun gereklerine göre değişir, somut olayın özelliklerine göre tartılması gerekir. Çocuğun üstün yararından ziyade çocuk için iyi olan ne sorusu daha geniş kapsamlıdır. Çocuğun üstün yararının tespitinde, ebeveynlerin ve toplumun yararı ile dengesi önemlidir<sup>147</sup>.

Kısacası, çocuklar zayıf konumda bulduklarından genelde çocuğun yararı öncelikle dikkate alınır, ancak dikkate alınabilmesi için de korunmaya değer olmalıdır. Hatta öyle ki çocuğun yararına karşılık yetişkinlerin yararı da korunmalıdır. Çalışmamızda temel aldığımız korunmaya değer yarar kavramı özellikle bu hususta oldukça önem arz etmektedir. Çocuğun korunmaya değer yararının başka yararlarla (yetişkinler ya da devletin yararı ile) çatışması halinde ise, çocuğun menfaati dikkate alınmalı ve eylemler, işlemler çocuğun yararına olacak şekilde yapılmalıdır<sup>148</sup>.

Anayasa ve kanunlarda güvence altına alınan- temel- hak ve özgürlükler dikey (devlete karşı) ve yatay (üçüncü kişilere karşı) ilişkilerde farklı etkiler gösterirler. Bu hak ve özgürlükler içerik olarak bazı yararları koruma altına aldığına göre, yararların korunmasının dikey ve yatay ilişkide farklı değerlendirmek gerekir.

Çalışma konumuz özel hukuk alanına ilişkin olduğundan, çocuğun yararının korunması hususu daha ziyade üçüncü kişiler ilişkisinde (yatay ilişki) önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda çocuğun yararının korunması hususu, yatay ilişki itibariyle ele alınacaktır.

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisine, “yatay etki” adı verilirken “yatay etkileme”, “anayasanın özel hukuka etkisi”, “anayasanın kişiler arası ilişkilere

---

<sup>147</sup> Funderburk, 235.

<sup>148</sup> Pelin Taşkın, ‘Çocuğun Soyadıyla İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2018) 51 (2) Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi 69, 89.

uygulanması”, “üçüncü kişilere etki” olarak adlandırılmaktadır<sup>149</sup>. Yatay etkinin devlet ile vatandaş arasındaki doğrudan etkisi ve üçüncü kişilere karşı (vatandaş-vatandaş) doğrudan veya dolaylı etkisi de bulunmaktadır<sup>150</sup>,

Bir görüşe göre Anayasa hükümlerinin temel haklara doğrudan uygulanabilir etkisi bulunmaktadır. Kişilerin özel hukukunu ilgilendiren durumlarda Anayasa’da belirtilen temel hakların kişiyi etkileyip etkilemediği doğrudan etkinin merkezinde bulunmaktadır<sup>151</sup>.

Çocuğun yararının korunması hususu da bu noktada daha ziyade üçüncü kişiler ilişkisinde (yatay ilişki) önem arz etmektedir. Aşağıda iki başlık altında çocuğun yararının toplumsal yarar karşısında ve üçüncü kişi yararı karşısında üstün tutulma hususu incelenecektir.

#### **a. Toplumsal Yarar Karşısında Üstün Tutulma (Dikey İlişkideki Üstünlük)**

Çocuğun yararının en iyi biçimde korunması, çocuğun birçok açıdan esenlikte olmasına yönelir. Çocuk bulunduğu birçok ortamda korunmaya muhtaçtır. Çocuğun her daim ailesiyle birlikte olması düşünülemez, çocuğun yaş evrelerine göre bulunduğu yerler farklıdır. Bu nedenle çocuğun sadece aile içindeki yararının gözetilmesi gerçekten korunması için yeterli değildir. Çocuk bulunduğu ya da bulunabileceği her ortamda korunmalıdır<sup>152</sup>. Çocuğun yaşının gerektirdiği (ana babadan ayrılmama, oyun, dinlenme hakkı) korumanın sağlanmasının yanında temel kişi hakları, sosyal ve ekonomik haklar, korunma hakları da çocuğa da tanınmalıdır<sup>87</sup>.

---

<sup>149</sup> Burcu Savaş, ‘İş Hukukunda ‘Siber Gözetim’ (2009) 3 (22) Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi 115.

<sup>150</sup> Sibel Kılıçarslan-İsfen, ‘Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi’,(2011) I (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193, 194.

<sup>151</sup> Ahmet Türkmen, Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2020) 26 (2) 1126, 1131.; Kılıçarslan-İsfen, 195.

<sup>152</sup> Serozan, 2.

## **b. Üçüncü Kişi Yararı Karşısında Üstün Tutulma (Yatay İlişkideki Üstünlük)**

Çocuğun yararının, başka yararlarla (yetişkinler ya da devletin yararı ile) çatışması halinde çocuğun tarafının tutulması ve eylemlerin, işlemlerin çocuğun yararına olacak şekilde yapılmasıdır<sup>153</sup>. Ayrıca çocuğun gelişimi bağlamında çocuğun iyiliği, esenliği, refahı için gerekeni emreden bir norm<sup>154</sup> olması çocuğa ilişkin her durumda çocuğun üstün yararının gözetilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk ise başta BM Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>155</sup> olmak üzere milletlerarası sözleşmeler ile ulusal mevzuat hükümlerine dayanmaktadır<sup>156</sup>.

Çocuğun üstün yararı kavramı yalnızca çocuk ile sınırlı olmayıp çocuk dışındaki kişilerin haklarını da etkiler. Çocuğun üstün yararı ilkesi hem özel hukuk hem de kamu hukuku ile ilintilidir. Özel hukukta çocuğun ailesi ile olan ilişkilerde çocuğun üstün yararı önemli bir değişkendir<sup>157</sup>. Anayasa'nın ailenin korunması ve çocuk haklarını düzenleyen 41. maddesi anne ve babanın çocuğun üzerindeki yetkilerini düzenlemektedir<sup>158</sup>. Buna karşın anne babanın çocuğun eğitimi, sosyal ve ekonomik ilişkilerinde esas çocuğun üstün yararı ilkesidir ve velayet hakkının sınırlarını çizmektedir<sup>159</sup>. Velayet hakkının kullanımında velinin şahsi istekleri değil çocuğun üstün yararının gerçekleştirilmesi amaçlanmalıdır<sup>160</sup>. Zira velayet her ne kadar hak olsa da çocuğun üstün yararının gerçekleştirilmesini sağlayan ona aracılık eden bir

<sup>153</sup> Bkz. Özer Taşkın, 89ff: Her koşulda ve her durumda çocuğun yararının gözetilmesi tartışmalı bir husustur.

<sup>154</sup> Yücel, 118ff.

<sup>155</sup> Anayasa'nın 90. maddesi kapsamında BM Çocuk hakları Sözleşmesi'nde yer alan çocuğun yüksek yararı ilkesinin iç hukukta bağlayıcı ve uygulamada kanunlar ve diğer kanunlar altı düzenlemeler karşısında uygulanması zorunlu hukuk normlarıdır. (Selin Esen, and Ali Erdem Doğanoglu, 'Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Normatif Değeri ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?': < <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/b/CYY.pdf>> Erişim Tarihi 01.05.2021.

<sup>156</sup> Çocuğun yararı kavramı BMÇHS'nin temel kavramıdır, Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku hükümlerinde esas alınmıştır. Elçin, 'Çocuğun Menfaati' 823, 824; Türk hukukunda çocuğun üstün yararı kavramı, Türk Medeni Kanunu'nda madde 317'de "küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse", madde 325'te "çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde", madde 324'te "çocuğun huzuru tehlikeye girerse", madde 337'de "çocuğun menfaatine göre", madde 339'da "onun menfaatini göz önünde tutarak", madde 346'da "çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde" ibareleri ile düzenlenmiştir.

<sup>157</sup> Serozan, 66.; Akyüz, *Çocuk* 12.

<sup>158</sup> Serozan, 43.; Taşkın, 72.

<sup>159</sup> Elçin, 'Çocuğun Menfaati' 830.

<sup>160</sup> Elçin, 8.

yükümlülüktür<sup>161</sup> . Anne veya babanın velayet hakkı amacına uygun kullanılmalıdır<sup>162</sup> . Bu hak ile çocuğun yararı çatıştığında çocuğun üstün yararı ilkesi devreye girerek çocuğun hakları üstün tutulabilir. Ancak menfaat dengelemesi yapılarak çocuğun üstün yararı da dikkate alınarak verilecek kararın her iki hakka da saygı duyularak verilmesi ve çocuğun korunması amaçlanmaktadır<sup>163</sup> . Görüldüğü üzere çocuğun üstün yararı kavramı, her durumda da hakkı sınırlayıcı değildir, hakların uygulanmasını ve çocuğun korunmasını sağlayıcı bir etkiye sahiptir. Çünkü çocuğun üstün yararı birden çok hususu kapsamaktadır<sup>164</sup> .

Velayet hakkı ana ve babaya tanınmış bir hak olmasının yanında asıl işlevi çocuğun korunmasıdır ve bu ilişkinin merkezinde çocuk bulunmaktadır<sup>165</sup> . Çocuğun da anne babanın da yararına kural olarak çocuğun yararının hizmet ettiği düşünülmektedir. Anne ve baba mali durumu iyi olsa dahi çocuklarını özel okula ya da özel bir kursa göndermeyebilirler. Bu durumun çocuğun yararına olmadığı düşünülerek velayet hakkının kötüye kullanıldığı anlamına gelmemelidir. Çocuk, devlet okulunda da iyi bir eğitim alıyor olabiliyor, okuldaki kurslar çocuk için yeterli olabilir; mutlaka özel bir kursa ya da özel derse ihtiyacı olduğu anlamına gelmez.

Çocuğun üstün yararının tespiti, çocuğun bugünü ve geleceğini etkileyecektir. Örneğin hâkim, velayete ilişkin bir karar verirken, çocuğun yararını ve gelecekteki yararını dikkate almalıdır. Hatta hâkim kararını verirken, çocuk yetişkin olduğunda nasıl bir karar verilmiş olmasını isteyeceğini de dikkate almalıdır<sup>166</sup> . Bu nedenle aile hukukunda, ana, baba ve çocuğun yararının çatışması halinde, çocuğun yararı somut olayın ve durumun gereklerine göre üstün tutulmalıdır<sup>167</sup> . Dolayısıyla, uygulanacak

---

<sup>161</sup> Serozan, 44.

<sup>162</sup> Serozan, 44. Bu durumda çocuğun üstün yararı ilkesi, anne ve babanın velayet hakkına müdahale edilmesi noktasında hukuki temel oluşturacaktır. Bkz. Elçin, 8.

<sup>163</sup> Brauchli, 140.

<sup>164</sup> Yücel, 121 ff.; Zermatten, 489.

<sup>165</sup> Serozan, 250; Elçin, *Tedbirler* 59; Yargıtay 2 HD, 14060/16341, 22.11.2001; Yargıtay 2 HD, 14425/443, 01.02.1999, <<http://kazanci.com>> Erişim Tarihi. 17.12.2018; Serdar, 166.

<sup>166</sup> Stephen Parker, 'The Best Interests of the Child – Principles and Problems'(1994) 8 (1) International Journal of Law and the Family 26, 30.

<sup>167</sup> Ingeborg Schwenzer, *Zivilgesetzbuch I*, Art. 1-456 , in Basler Kommentar, 4. Auflage, (eds)Hrsg.: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011).; Bilge Öztan, *Aile Hukuku (Aile Hukuku)* (6th edn, Turhan Kitabevi 2015) 626; Serdar, 166; Burak Huysal, *Devletler Özel Hukukunda Velayet* (1st edn, Legal Yayıncılık 2005) 155, dipnot, 456. Huysal'a göre, hakim çocuğun yararını üstün tutarken çocuk lehine pozitif ayrımcılık yapmalıdır.



yabancı hukuk çocuğun yararı yerine ana, babanın yararlarını üstün tutarsa bu durum kamu düzenine aykırı bir düzenleme olarak kabul edilebilecektir<sup>168</sup>.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Önsöz'ünde “çocukların zayıf ve bağımlı konumlarının, haklarının ihlali durumlarında bu durumların telafisi açısından kendileri için gerçek güçlükler yaratabileceğini kabul ederek”, Hâlihazırdaki Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol<sup>169</sup> , “Çocuğun yüksek yararının, herhangi bir hak ihlali durumunda telafi ve tazminat arayışlarında saygı gösterilmesi gereken başlıca mülahaza olduğunu ve bu tür telafi ve tazminat işlemleri sırasında her kademedede çocuğa duyarlı usuller geliştirilmesi gerektiğini tespit ederek,...” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun özel ve bağımlı durumu nedeniyle çocuğun korunması için çocuk için uygun usullerin oluşturulmasını düzenlemiştir.

Çocuğun özel ve bağımlı olmasının yanında bazı sorumlulukları da bulunmaktadır. Bir başka deyişle çocuk zayıf taraf olması nedeniyle bütün sorumluluktan muaf değildir. Mamafih, çocuğun korunmaya değer yararı korunmalı bunun yanında çocuğun hukukî sorumluluğu (sözleşmesel sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu) bulunmaktadır. Zira çocuk geçerli bir sözleşme akdettiyse, sözleşme sorumluluğu velayet ve vesayet hükümleri bağlamında incelenmelidir. Belirtilmelidir ki borçlar hukuku alanına giren sözleşmelerde çocuk özelliği nedeniyle korunmayacaktır, yararı üstün tutulamayacaktır. Çocuğun haksız fiilin sorumluluğunda ayırt etme gücüne sahip olması önem arz eder; çünkü ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsiz çocuğun kural olarak haksız fiil sorumluluğu bulunmamaktadır. İstisnai olarak kusursuz sorumluluk hallerinde, ayırt etme gücü bulunmayan çocuk haksız fiilinden sorumlu tutulur. Özellikle Türk Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi gereğince, tam ehliyetsiz çocuğun haksız fiilinden sorumluluğu hakkaniyet gerektirdiği durumda mümkündür. Ayırt etme gücü bulunan çocuk bakımından haksız fiil sorumluluğu doğacaktır. Zira olayların birçoğunda, çocuğun bir malvarlığı bulunmadığından zararın tazmini söz konusu olamayacaktır.

<sup>168</sup> Günseli Gelgel, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* (Çocuk Hukukundan Doğan Problemler) (1st edn, Beta İstanbul 2012) 31.

<sup>169</sup>RG. 03.04.2017/30027. Onay belgeleri 26 Aralık 2017 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve İhtiyari Protokol, Türkiye bakımından 26 Mart 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Lakin bu zararların tazmini için, çocuğun fiillerinden dolayı velisinin sorumluluğu da düzenlenmiştir. Velayet sahiplerinin velayetten kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranmaları kusur sorumluluklarına neden olmaktadır. Bu noktada daha geniş yorumlanırsa çocuğun otoritesi altında bulunan ve “ev başkanı” olan kişilerin de küçüğün verdiği zararlardan dolayı kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır (TMK 369). Uygulamada davalar velayeten anne ve babaya açılmakta ve kararlar anne ve babayı bağlayıcı şekilde verilmektedir. Bir çocuğun başka bir çocuğa ya da yetişkine karşı haksız fiil sorumluluğu bağlamında her somut olaya göre çocuğun üstün yararı kavramı değerlendirilmelidir. Görüldüğü üzere haksız fiil sorumluluğunda çocuğun yararı üstün tutulmamaktadır. Belirtilmelidir ki çocuğun sınırsız korunması söz konusu olmadığından çocuğun korunmasının sınırı hakkaniyettir. Sözleşme ilişkisinde ise hakkaniyet bulunmamakta sorumluluk bakımından ise velisinin rızası veyahut icazetine bakılmaktadır.

#### **2.4. Yabancı Devlet Hukuklarında “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı**

Bu başlık altında karşılaştırmalı hukuk incelemesinde Alman, İsviçre ve Amerikan hukukunda çocuğun üstün yararı kavramı incelenecektir.

##### **2.4.1. Alman Hukukunda “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı**

Alman hukukunda yasal olarak çocuğun iyiliği (refahı) kavramı 19.yy. sonlarında aile hukukunda kullanılmaya başlanmış olup çocukları ve gençleri korunmaya yöneliktir<sup>170</sup>. O dönemden beri Alman hukukunda çocuk hakları ve çocuğun korunmasına ilişkin yasal terim olarak çocuğun refahı anlamına gelen “*Kindeswohl*” kavramını tercih etmiştir. Çocuk mutlaka birisine bağımlı olduğundan kendisini koruması ve kendi yararını belirlemesi oldukça zordur. Bu nedenle çocuğun hakları ve refahı ancak kanunlarla ve düzenlemelerle korunabilecektir. Bu düşünceden hareketle yasal terim olarak *Kindeswohl* çocuğun iyiliği, çocuğun refahı kavramından hareket edilerek çocuk hukukunun merkezine koyulmuştur. Alman hukukunda da bu kavramın hukukî olarak tanımlanmasının zorluğu ve belirsizliği tartışılmış, yargı kararlarında ölçüt norm olarak

---

<sup>170</sup> Steindorff, 1ff.

kullanılarak somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu şekilde genel normların esnekliği sayesinde çocuğun refahı için gerekli özel durumlarda farklılaşarak çocuğun refahına hizmet edebilmektedir.

Lafzi olarak çocuğun yararı kavramı ile çocuğun refahı kavramı farklıdır. Çeviriden kaynaklı farklı kelimelerle ifade edilse de her iki kavram da çocuğun korunması ve çocuğun iyiliğine olacak şekilde yorumlanmalıdır. Almanya’da kanun koyucu BGB § 1671’de “çocuğun yararı” kavramını velayete ilişkin kararlarda önemli ve belirleyici ölçüt olarak ifade etmiştir, kavramın tanımı yapılamadığından içeriğini uygulama, kararlar ve öğretisi somutlaştıracaktır<sup>171</sup>. Çocuğun yararının üstünlüğünün tespitinde göz önüne alınan etkenler deneyimle ve somut olaylar ile belirlenmiştir<sup>172</sup>.

Yasal bir kavram olarak çocuğun üstün yararı, Alman hukukunda BGB § 1697a<sup>173</sup>, da çocuğun yüksek yararı ilkesi (*Kindesinteresse*) yerine çocuğun refahı, esenliği, çocuğun iyiliği ilkesi şeklinde (*Kindeswohlprinzip*) düzenlenmiştir. BGB’nin 1671. Paragrafında<sup>174</sup>, “çocuğun esenliği” prensibi velayete ilişkin belirleyici ölçüt olarak esas alınmıştır. Velayet kararlarının çocuğun iyiliğine, yararına (*Wohl des Kindes*) olacak şekilde verilmesi buyrulmuştur. Yine, BGB’nin 1666. paragrafında<sup>175</sup> da çocuğun iyiliği, esenliği, refahı anlamına gelen “*Kindeswohl*” kavramı kullanılmıştır. Alman hukukunda çocuğun üstün yararı çocuğun iyiliği, esenliği ve refahı şeklinde çerçevelendirilmiştir. Çocuğu refahı tehlikeye girerse alınacak yasal önlemler “*Çocuğun fiziksel, zihinsel veya ruhsal iyiliği veya mülkü tehlikede ise ve ebeveynler tehlikeyi istemiyorsa veya tehlikeyi önleyemiyorsa, aile mahkemesi tehlikeyi önlemek için gerekli önlemleri almalıdır.*” şeklinde belirtilmiştir. Koruyucu görevlerinin yerine getirilmesinde, devletin ebeveynlik sorumluluk sınırlarına uyumu ve çocukların refahı için risklerin önlenmesi için müdahale etmesi gerekir; ancak, ebeveynlik sorumluluğu

<sup>171</sup> Yücel, 120.; Harder-Herken, 64.

<sup>172</sup> Zermatten, Working Report, 11ff.

<sup>173</sup> Alman hukukunda §BGB 1697a: “Aksi öngörülmedikçe, mahkeme bu başlıkta düzenlenen ve fiili şartları ve olasılıkları ve ilgili kişilerin meşru menfaatlerini göz önünde bulundurarak çocuğun yüksek yararına en uygun kararları alacaktır.”

<sup>174</sup> Ortak velayetin kaldırılmasının ve başvuru sahibine aktarılmasının çocuğun yüksek yararına en iyi şekilde olması beklenir.

<sup>175</sup> BGB§1666 Çocuğun Üstün Yararına Yönelik Bir Tehdit Durumunda Adli Tedbirler

(1) Çocuğun fiziksel, zihinsel veya ruhsal iyiliği veya mülkü tehlikede ise ve ebeveynler tehlikeyi istemiyorsa veya tehlikeyi önleyemiyorsa, aile mahkemesi tehlikeyi önlemek için gerekli önlemleri almalıdır...”

da devlete göre önceliğe sahiptir. Çocuk refahı bu nedenle ebeveynlik sorumluluğunun sınırı ve kıstasıdır. Ayrıca büyüyen çocuğun kendi kaderini tayin yeteneği, çocuğun refahına ilişkin devlet yorumu, çocuğun refah riski sınırına kadar ebeveynlerinkine bağlıdır.

#### 2.4.2. İsviçre Hukukunda “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı

İsviçre hukukunda da (İsviçre Medeni Kanun m.133<sup>176</sup>, m. 301<sup>177</sup>) terminolojik olarak “çocuğun esenliği” (*Kindeswohl*) terimi kullanılmıştır. İsviçre doktrininde (Almanca konuşulan bölge bakımından *Kindeswohl* terimi kullanılmaktadır) Çocuğun yararı yerine kullanılan *Kindeswohl* teriminin günümüzde değişmesi gerektiğine ilişkin bir görüş de bulunmaktadır. İsviçre Medeni Kanun ve milletlerarası sözleşmelerde tercih edilen çocuğun yararı (*child's wellbeing, Kindeswohl*) kavramı yerine<sup>178</sup> BM Genel Müdürlüğü'nün Şubat 2015 tarihli İsviçre Çocuk Hakları Komitesi'nin 26-27 sayılı Tavsiye Kararı 14 (2013)'nda da ifade edildiği üzere “*übergeordneten Kindesinteresse*” (*overarching child interest*) çocuğun üstün tutulan yararı kullanılmalıdır. İsviçre'de çocuğun üstün yararı kavramının içi farklı şekillerde doldurulabileceğinden politik ve yasal düzeyde tutarlı bir şekilde kullanılması gerekmektedir.

Bu hususta Federal Konseyin (*Bundesrat*), çocuğun refahı ve çocuğun üstün tutulan yararı kavramlarını eş anlamlı olarak mı kullandığı ve konunun yasama organı tarafından değiştirilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. "Çocuk refahı" terimi hakkındaki tartışmada, "çocuk refahı" (*bien de l'enfant, bene del figlio, child's wellbeing*) ve "çocuk menfaatinin ağır basması" (*übergeordnetes Kindesinteresse, intérêt supérieur de l'enfant, faiz superiore del fanciullo*) terimlerinin farklı anlamları olduğu izlenimini verebileceği ifade edilmektedir. Federal Konsey bu konuda değildir. Bu nedenle, son yıllarda Federal İdare (*Bundesverwaltung*), Birleşmiş

<sup>176</sup> Çocuğun yüksek yararı için önemli olan tüm koşulları dikkate alır. Ebeveynlerin ortak talebini ve mümkün olduğunca çocuğun görüşünü dikkate alır.

<sup>177</sup> İsviçre hukukunda 1976 yılında yapılan revizyonda velayetin amaca bağlılığı, çocuğun bakımını ve eğitimini onun yararına yöneldiği kabul edilmiştir. (Recommendation No. 26-27 of the UN Committee on Children's Rights to Switzerland of February 2015, according to which "In the spirit of the General Remark No. 14 (2013)

<sup>178</sup> Committee On The Rights Of The Children General Comment No. 14 (2013) On The Right Of The Child To Have His or Her Best Interests Taken As A Primary Consideration (Art. 3, Para. 1)

Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin yukarıda belirtilen tavsiyesi hakkında yorum yapmaya davet edildiği her yerde açıkça “çocuk refahı” kavramının Almanca konuşulan bölgede yaygın olduğunu ve İsviçre'deki sabit dil düzenlemesine karşılık geldiği ve İsviçre'nin bu düzenlemesinin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin içeriğine eşdeğer olduğu belirtilmektedir.

Nitekim İsviçre Federal Konseyi de BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi "*Çocukları etkileyen tüm önlemler için [...] çocuğun yüksek yararına öncelik verilmesi gerektiğini*" belirtmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin 14 No'lu Genel Yorumuna (2013) göre çocuğun refahının üçlü bir anlamı olduğu anlamına gelir ki bu anlamları şöyle sıralayabiliriz:

(1) Öncelikle öznel bir haktır: Her çocuğun kendi refahına en kısa sürede sahip olma hakkı vardır çocuğa ilişkin karar verilirken çocuğun üstün yararı, özellikle de birbiriyle çatışan birkaç çıkar olduğunda dikkate alınarak değerlendirilir. Çocuk için en iyi çözüm bulunmalıdır.

(2) Aynı zamanda usuli (prosedürel) bir kuraldır: Her karar verici kararının çocuk üzerindeki etkisini değerlendirmeli ve daha sonra çocuğun çıkarlarını nasıl dikkate aldığını açıklamalıdır.

(3) Ve son olarak, bir yorumlama ilkesidir: Hukukî yorumlama çerçevesinde, çocuk için daima en iyi çözüm seçilmelidir. Ayrıca çocuğun üstün yararı için çocuğun görüşünün dinlenmesi ve değerlendirilmesinin gerekli olduğu da eklenmelidir. Bu ilkeler İsviçre'de sınırlama olmaksızın geçerlidir. Federal Yüksek Mahkeme içtihatlarında, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. maddesi veya "Federal Anayasa'nın (*Bundesverfassung*) 11. maddenin<sup>179</sup> 1. paragrafının yol gösterici ilkesine atıfta bulunmakta olup buna göre çocuğun tüm kararlarda yararına öncelik verilmelidir<sup>180</sup>. Ayrıca burada, "çocuk refahı" ve "çocuk yararı" terimlerinin Federal Yüksek Mahkemenin içtihatlarında eşanlamlı olarak kullanıldığı belirtilmelidir. Bu nedenle, çocuğun refahının yol gösterici ilkesi, her

<sup>179</sup> BGE Madde 11 Çocukların ve ergenlerin korunması

1 Çocuklar ve ergenler bütünlüklerini ve gelişimlerini özel olarak koruma hakkına sahiptir.

2 Haklarını yargıların sınırları dahilinde kullanırlar.

<sup>180</sup> Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (*BGE*) 143 I 21 E. 5.5.2.

bir kararda, özellikle bireysel davaya ve dolayısıyla özellikle karardan etkilenen çocuğa ilişkin olarak dikkate alınmalıdır. Federal Yüksek Mahkeme, bu bağlamda, aile hukuku içtihatlarında da şunları belirtmiştir: "Çocuk refahı [çocuk haklarının en yüksek ilkesidir [...]]; bu nedenle, her zaman ebeveyn-çocuk ilişkisini düzenlemek için belirleyici faktör iken, çıkarlar ve ebeveynlerin istekleri arka plana atılmalıdır "(BGE 142 III 612 E. 4.2).

Federal Konsey, İsviçre hukuk sisteminde "çocuk refahı" terimini "kapsayıcı çocuk çıkarları" ile değiştirmeye gerek olmadığı görüşündedir. Federal Konsey için odak noktası terminolojik sorun değil; Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden doğan hakların doğru uygulanması üzerinedir. Çocuklar, hukukun tüm alanlarında özel kişiler olarak tanınmalıdır; çocuk bir karardan etkilendiğinde, çocuğun üstün yararına öncelik verilmelidir<sup>181</sup>.

Sonuç olarak çocuk ile ilgili tüm mevzuat ve uygulamalar çocuğun üstün yararı ilkesi dikkate alınarak hazırlanmalı ve uygulanmalıdır. Bu temel ilkenin pratikte uygulama alanı bulabilmesi için somutlaşarak yazılı hale de getirilmelidir. Çocuğun üstün yararı kavramı, hassas ve kırılgan olan çocuk için yasama, yürütme ve yargı gücüne sorumluluk yüklemektedir. Hukuk düzeninde de çocuğa öncelik verilmesi gereğiyle hareket edilmelidir<sup>182</sup>.

#### **2.4.3. ABD Hukukunda (Amerikan Hukukunda) “Çocuğun Üstün Yararı” Kavramı**

ABD hukukunda çocuğun üstün yararı için terminolojik olarak “*best interest of the child*” kavramı kullanılırken kavramın tanımı yapılmamıştır. Bazı eyalet yasalarında madde başlığı olarak “*best interest of the child*” kullanılırken madde içinde hem çocuğun esenliği, refahı anlamına gelecek şekilde “*welfare of the child*” hem de “*child’s best interest*” kullanılmaktadır<sup>183</sup>. Zira Amerikan hukuku bağlamında da çocuğun üstün

<sup>181</sup> Die Bundesversammlung — Das Schweizer Parlament

<sup>182</sup> Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Çocuk Hakları Hukuku*, (2nd edn, Yetkin Yayınları 2021) <<http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/magdurcocuklarraporu19-5x27-5.pdf>> Erişim Tarihi 12.06.2020.

<sup>183</sup> Maryland law

“(c) Best Interest of the Child. In determining what decision-making authority and parenting time arrangement is in the best interest of the child, the parties may consider the following factors:

yararı için standart bir tanım bulunmamakta<sup>184</sup> çocuğa ilişkin kararlarda dikkate alınması gereken mülhaza olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun üstün yararı 1789 tarihli Amerikan Anayasası ve Yargı Yasası'nın 3. Maddesi (Article III of the U.S. Constitution and the Judiciary Act of 1789) hükmü çerçevesinde anayasal bir haktır. Mahkeme çocuğun üstün yararını yorumlarken anayasal tüm haklarını dikkate almalı fakat yararı belirlerken çocuk ile anne ve babanın anayasal hakları arasında denge kurmalıdır. Anne baba ile çocuğun hakları çatışırsa mahkeme anne babanın çocuğu nasıl yetiştireceği konusunda anne, babanın yetkisini sınırlayabilir.

Amerikan hukukunda aile mahkemeleri yerel ve eyalet yasalarına tabidir. Boşanma, velayet gibi hususların yanında aile içi çocuğa kötü muamele gibi çocuğa ilişkin ve çocuğu etkileyen kararlar verirler. Böyle durumlarda somut olayda çocuk için daha uygun ya da çocuğun lehine olanın tespitinde çocuğun üstün yararı dikkate alınmalıdır. Amerikan hukukunda da çocuğun üstün yararı kavramı tanımlanmadığından, diğer ülke hukuklarında da benzer olarak çocuğun üstün yararı, çocuk için en iyisinin tespitine ilişkin bazı ölçütler getirilmiştir. Çocuğun üstün yararı, çocuğun kendisi, velisi ya da vasisinin durumuna/ehliyetine göre değişebilir durum olup bu hususta çocuğun güvenliği ve esenliğinin temini (*wellbeing*) çocuk için en önemli (*paramount*) şeydir.

Eyalet yasaları genellikle en iyi olanın, -üstün yararın belirlenmesi için belirli sıklıkta rehber ilkelere atıf yapmaktadır. Bu rehber ilkeler somut olayın koşullarına göre değişmekle birlikte çocuğun üstün yararı belirlenirken dikkate alınan ölçütler olarak karşımıza çıkmaktadır. Her eyalete göre değişkenlik gösteren bu rehber ilkeleri şöyle sıralayabiliriz. Aile birliğinin önemi ve çocuğun evinden uzaklaşmasını/götürülmesini önleme, çocuğu ailesi ile yaşamasını mümkün kılma<sup>185</sup> önemli rehber ilkelerden

---

(1) Stability and the foreseeable health and welfare of the child;

(2) Frequent, regular, and continuing contact with parties who can act in the child's best interest;..."

<[https://govt.westlaw.com/mdc/Document/NA3C6BD409CEB11DB9BCF9DAC28345A2A?viewType=FullText&originationContext=documenttoc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=\(sc.Default\)#co\\_anchor\\_IFD342F7035D311ECB0E88A5B44CE513B](https://govt.westlaw.com/mdc/Document/NA3C6BD409CEB11DB9BCF9DAC28345A2A?viewType=FullText&originationContext=documenttoc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)#co_anchor_IFD342F7035D311ECB0E88A5B44CE513B)> Erişim Tarihi. 01.11.2021.

<sup>184</sup> Funderburk, 235.

<sup>185</sup> Yaklaşık olarak 28 eyalette (Alabama, Alaska, California, Colorado, Georgia, Hawaii, Idaho, Indiana, Kansas, Maine, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, New Jersey, New Hampshire, New Mexico, New York, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Utah, Washington, West Virginia ve Wyoming) ve American Samoa, Guam, Puerto Rico, and the U.S. Virgin Islands. Bu bilgiler Haziran 2020 yılında yapılmış bir çalışmadan alınmıştır.: Child Welfare Information

birisidir ve çocuğa ilişkin verilecek kararlarda mahkeme göz önüne almalıdır. Bir diğer ilke, çocuğun sağlığı, güvenliği ve korunmasıdır<sup>186</sup>. Çocuğa ilişkin verilen kararların kalıcı olabilmesi<sup>187</sup> bir diğer rehber ilkedir. Zira çocukların hayatının sürekli değişken olması onları hem fiziksel hem psikolojik olarak etkileyecektir. Bir diğer rehber ilke ise çocuğun evden uzaklaştırılması/uzaklaştırılmak zorunda kalınması halinde çocuk bağımsız ve yetişkin hale gelene dek gerekli bakımın, tedavinin, çocuğa yardımcı olacak rehberliğin verileceğinin teminatıdır<sup>188</sup>.

Bu rehber ilkeler ışığında 22 eyalet ve Columbia Bölgesi (District of Columbia) kendi tüzüklerinde mahkemelerin çocuğun üstün yararını belirlerken dikkate alacakları spesifik unsurları belirtmişlerdir. Zira bu unsurlar eyaletten eyalete değişkenlik gösterse de çoğunlukla kullanılanlardan bahsedilecektir. Çocuğun üstün yararı belirlenirken çocuğun, ebeveynleri, kardeşleri, evde yaşayan diğer kişiler ya da bakıcılar ile olan duygusal bağları ve ilişkileri<sup>189</sup>, ebeveynlerin çocuğa güvenli ev ve yeterli yiyecek, giyecek ve tıbbi bakım gibi hizmetleri sağlama imkanları<sup>190</sup>, çocuğun ruhsal ve fiziksel sağlık ihtiyaçları<sup>191</sup>, anne ve babanın ruhsal ve fiziksel sağlığı<sup>192</sup>, aile içi şiddetin varlığı<sup>193</sup> gibi unsurlar dikkate alınacaktır. Bu eyaletlerin sekizinde<sup>194</sup> ve Columbia Bölgesi yasalarında tüm bu unsurlar yer aldığından bahsi geçen unsurlar çocuğun üstün yararının tespitinde dikkate alınmalıdır. Örneğin Illinois hukuku, çocuğun üstün yararı belirlenirken bu unsurların, çocuğun yaşı ve gelişimi bağlamında dikkate alınması gerektiğini belirtirken benzer şekilde Columbia Bölgesinde çocuğa ilişkin verilecek

---

Gateway. Determining the best interests of the child. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, Children's Bureau, 2020.

<sup>186</sup> 21 Eyalet (Arizona, Arkansas, Colorado, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Kansas, Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Pennsylvania, Utah, Washington, West Virginia, and Wyoming) ve Northern Mariana Islands.

<sup>187</sup> 19 eyalet (Alabama, Alaska, California, Hawaii, Idaho, Iowa, Kansas, Louisiana, Maine, Nebraska, New Mexico, New York, North Carolina, Oklahoma, South Carolina, Texas, Vermont, Washington, and West Virginia) ve U.S. Virgin Islands.

<sup>188</sup> 12 eyalet (Alabama, Colorado, Georgia, Hawaii, Idaho, Kansas, Mississippi, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, and West Virginia) ve American Samoa, and Guam.

<sup>189</sup> Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Illinois, Kansas, Maryland, Massachusetts, Michigan, North Dakota, Ohio, Oregon, Tennessee, Vermont, and Virginia ve District of Columbia.

<sup>190</sup> Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Maryland, Michigan, North Dakota, Texas, Vermont, and Wisconsin

<sup>191</sup> Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Kansas, Maine, Michigan, Nevada, and Virginia ve District of Columbia

<sup>192</sup> Delaware, Georgia, Kentucky, Michigan, North Dakota, South Dakota, Tennessee, Texas, and Virginia

<sup>193</sup> Delaware, Georgia, Kentucky, Michigan, North Dakota, Oregon, Tennessee, Texas, and Virginia

<sup>194</sup> Georgia, Illinois, Maine, Maryland, Michigan, Oregon, Vermont, and Virginia



kararlarda çocuğun üstün yararının tespitinde mahkemeler listelenen her unsuru dikkate almak zorunludur. Yasalarında çocuğun üstün yararına ilişkin unsurları düzenleyen 14 eyalet<sup>195</sup> ise sadece bu dört unsur ile değil ilgili tüm unsurları dikkate alarak karar verecektir. Çocuğun üstün yararı belirlenirken dikkate alınmayacak unsurları da düzenleyen 3 eyalet bulunmaktadır. Connecticut hukukuna göre çocuğun üstün yararı tespit edilirken çocuğu doğurmanın kişinin ya da çocuğun bakımını üstlenen kişinin sosyoekonomik durumu göz önüne alınmalıdır. Delaware hukukunda çocuğun velisinin ya da beraber yaşadığı ebeveyninin cinsiyeti nedeniyle çocuk için daha iyi/uygun olacağının mahkeme tarafından dikkate alınabilecek bir unsur olarak görülmemesi gerektiği belirtilmiştir. Idaho hukuku ise ebeveynin herhangi bir engelinin bulunması çocuğun üstün yararının belirlenmesinde dikkate alınmasını ve pozitif ayrımcılık yapılmasına müsaade etmemektedir.

Kalan 28 eyalet ve American Samoa, Guam, the Northern Mariana Islands, Porto Riko ve the U.S. Virgin Islands daha genel rehber ilkelerle çocuğun üstün yararının tespitinde mahkemelere geniş takdir yetkisi vermektedir. Alabama hukukuna göre mahkemelerin kendi yetki alanına giren konularda çocuğun bakımı, korunması ve tedip edilmesi amaçlarından birisidir. Kaliforniya ve Iowa hukukunda çocuğun üstün yararı Amerikan Indian/Yerli Alaskalı (American Indian/Alaska Native) çocukların benzersiz kabile kültürü ve değerleri ile kabile ilişkilerini koruyacak adımları içermeli ve bu şekilde dikkate alınmalıdır. Federal Indiana Çocuk Refahı Yasası (Federal Indian Child Welfare Act) (P.L. 95-608) ilgili hükümlerine göre çocuğun ev dışında bir bakıma ihtiyaç duyması halinde gerekli yere yerleştirilmeli mümkün olduğunda da çocuk ailesi ile temasa geçebilmeli ve iletişimini devam ettirebilmelidir.

Çocuğun üstün yararı tespit edilirken mahkemelerin göz önüne aldıkları başka unsurlar da bulunmaktadır. Bu unsurlar Federal ve Eyalet Anayasasında yer alan çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemeler olup çocuğun bakımına ilişkin herhangi bir ihmal ya da çocuk istismarı Anayasal çerçevede korunur. Bazı eyaletlerde ebeveyn ve/veya

---

<sup>195</sup> Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Kansas, Kentucky, Massachusetts, Nevada, North Dakota, Ohio, South Dakota, Tennessee, Texas, and Wisconsin.

çocuk hakları konusunu ele alırken, çocukların üstün yararına açıkça işaret edilmiştir<sup>196</sup>. Örneğin New Hampshire hukukuna göre çocuğa ilişkin yargısal süreçler ilgili tarafların yasal hakları ve Anayasal hakları bağlamında yürütülecektir. Bir diğer önemli unsur çocuğun ailesi ile olan yakın bağları ve bu durumun sürekliliğidir. Örneğin Alaska hukuku çocuk evden uzaklaştıysa çocuğun anne babası ve/veya aile üyeleri ile sık, düzenli ve makul ziyaretinin önemine dikkat çekmektedir. Florida hukuku ise çocuğun üstün yararının tespitinde çocuğun ebeveynleri, kardeşleri ve diğer akrabaların arasındaki sevgiyi, şefkati ve duygusal bağların önemini düzenlemektedir<sup>197</sup>. Son olarak da BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12.maddesinde de belirtildiği gibi bazı eyaletlerde de çocukların görüşleri çocuğun üstün yararının belirlenmesinde önemli unsurlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Lakin çocuğun görüşünün alınması bu yönde karar verileceği anlamına gelmemekle birlikte çocuğun isteklerinin mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için çocuğun belirli bir yaş ve olgunlukta olması gerektiği düzenlenmiştir<sup>198</sup>. Görüldüğü üzere Amerikan hukukunda da çocuğun yararı kavramının tanımı yapılmayarak çocuğun üstün yararını tespitine ilişkin ölçütler belirlenmiştir.

## **2.5. Çocuğun –Üstün- Yararının Yapısal ve Hukukî Temelleri**

### **2.5.1. Genel Açıklamalar**

Çocuklar yetişkinlerden farklı olarak kendilerine has özellikleriyle bir başka deyişle duygusal sezgileriyle ve temel fizyolojik ihtiyaçlarıyla hareket etmektedirler. Çocuklar yetişkinler gibi düşünüp hareket etmediklerinden kendilerini koruyabilmeleri beklenemez. İşte bu nedenle hâkim çocuğun üstün yararını koruyan düzenlemeler ve ilkeler ışığında çocuğun üstün yararını tespit ederken çocuğun duygularını ve çocukların bu özelliklerini dikkate almalıdır. Çocuğun üstün yararı belirlenirken çocuk hukukuna hâkim olan prensipler dikkate alınmalı ve çocuğun üstün yararının korunabilmesi için

<sup>196</sup> Georgia, Missouri, Montana, Nevada, New Mexico, New York, North Carolina, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Utah, Washington, West Virginia, and Puerto Rico.

<sup>197</sup> California, Colorado, Connecticut, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Kansas, Maine, Maryland, Minnesota, Missouri, Montana, New Hampshire, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Vermont, Virginia, West Virginia, and Wisconsin as well as the District of Columbia and the U.S. Virgin Islands.

<sup>198</sup> Delaware, Florida, Georgia, Illinois, Maine, Massachusetts (çocuk 12 yaşın altında ise), Michigan, North Dakota, Ohio, Rhode Island, Virginia, and Wisconsin.

de hukuki temelin sağlam olması gerekir. Bu prensiplerden biri “çocuğun yararının önceliği ilkesi”dir. Konumuz bağlamında bu prensibe göre çocukla ilgili hükmün yorumunda çocuğun yararı dikkate alınmalıdır<sup>199</sup> ancak bunun sınırı ne olmalıdır sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

Çocukların korunması konusunda özel hukuk ve kamu hukuku arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır<sup>200</sup>. Çocuk hukuku, çocuğun korunması yönünden hem kamu hukuku hem özel hukuk yönüyle de çocuğun yararını esas alan hukukî düzenlemeleri ifade etmektedir<sup>201</sup>. Bir başka deyişle çocuk hukukuna hâkim olan prensiplerin kaynağı anayasa, kanun ve milletlerarası sözleşmelerdir.

Çocuk toplumun geleceği olduğu için önemlidir bunun yanında çocuk kendine has özellikleri nedeniyle zayıf taraftır; haklarını koruyabilme, birlik oluşturma imkanına sahip olmadığından da sürekli korunması gerekmektedir. İşte bu nedenle norm koyucular, düzenlemelerinde bu hususu dikkate almaktadırlar<sup>202</sup>. Bu düzenlemeler çocukların korunmaya değer yararının korunmasına zemin hazırlamakta çocukla ilgili bir hükmün yorumunda çocuğun yararının esas alınmasını temin etmeye çalışmaktadır.

Çocuğun yararının korunması değişik şekillerde sağlanır. Koruma evvela açık bir pozitif kuralla düzenlenebilir. Fakat koruma aynı zamanda genel hukuk ilkesiyle de gerçekleşebilir. Bunların ötesinde, menfaatler kuramı ve esnek hukuk kuralları da özellikle kural boşluklarının ve yorum sorunlarının giderilmesinde önem arz edebilir. Çocuğun yararının korunmasına ilişkin pozitif düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu nedenle çocuğun yararının korunmasının hukuki temelleri bulunmaktadır. Bu başlık altında çocuğun korunmasının tarihsel gelişimi ile yapısal ve hukuki temelleri incelenecektir. Tarihsel gelişimden sonra çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemeler ve T.C. Anayasa'nın 41.maddesi olmak üzere çocuğun özelliğine ilişkin Kod kanunlarda (TMK, TCK, İş Kanunu, vb) çocuğun korunmasına yönelik ilgili düzenlemeler ve konumuz bağlamında önem arz ettiğinden milletlerarası sözleşmeler ele alınacaktır.

---

<sup>199</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 510.

<sup>200</sup> İnan, *Çocuk* 21ff.

<sup>201</sup> Öztan, *Aile Hukuku* 514.

<sup>202</sup> Öztan, *Aile Hukuku* 516.

## 2.5.2. Çocuğun Korunmasının Tarihsel Gelişimi

Birkaç yüzyıl öncesine kadar çocukların korunmasının yalnızca çocuğun ailesi tarafından sağlanabileceği düşüncesinin yerini geçen yüzyılda Devletin sorumluluğunun da bulunduğu düşüncesi almıştır. Çocuk uzun zamandır yalnızca velayet konusu olmaktan çıkmış, toplumda da korunmaya başlanmıştır. Bu durum yasalara da çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemelerle yansımıştır<sup>203</sup>. Çocuklar daha önceleri toplumda korunmuyordu ve çocuğun hakları da bulunmuyordu. Çocuklar uzun zaman fabrikalarda, tarlalarda işçi olarak görülmüş çocuğun korunması dahil tüm sorumluluğunun ailesine ait olduğu düşüncesi yaygındı<sup>204</sup> ve velayet altındaki çocuğa müdahale edilemiyordu. Halbuki çocuklar bir toplumun geleceğidir. Devletlerin gelişmişlik düzeyi çocuklarına verdiği değer ile ölçülmelidir.

Hal böyle iken çocuğun yararı kavramı ile yetinilmeyerek çocuğun üstün yararı kavramı ortaya çıkarak yasal düzenlemelerde yer almaya başlamıştır. Çocuğun sınır aşan uyumsuzluklarda da korunması gerektiğine de dikkat çekilerek milletlerarası düzenlemeler de yapılmıştır. Zira çocuğun üstün yararının kavramının yer aldığı milletlerarası düzenlemelere aşağıda değinilecektir.

Velayet altındaki çocuğun korunması velayet, vesayet altındaki çocuğun korunması vesayet ile sağlanırken çocuğun üstün yararı bu korumanın sınırlarını belirlemede kullanılan bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar kanuni düzenlemelerle çocuk korunmaya çalışılsa da uygulamada bazı durumlarda çocuğun yararı adına yapılanlar çoğu zaman çocuğun zararına sonuçlar doğurmuştur. Çocuğun yararı kavramı ile aile yararı eşit görülmüş, bazen de anne babanın yararları, ihtiyaçları ya da eksikliği ile göz önüne alınmıştır. Özellikle boşanma davalarında çocuklar, yetişkinler arasında yaşanan psikolojik savaşın mağduru olmuşlardır. Yetişkinler kendi sorunlarının yanında bazen kasten bazen de yaptıklarının ayırına varmadan kendi menfaatleri doğrultusunda çocuğun haklarını ihlal etmiştir. Bu duruma sebebiyet veren durum ise yine çocuğun özelliğinden kaynaklanmaktadır, çocuğun idrak kabiliyetinden yoksun olduğu ve henüz

---

<sup>203</sup> Zermatten, 2010 483.

<sup>204</sup> Akyüz, *Çocuk* 2ff.

kendi yararını bilebilecek yeterlilikte olmadığı varsayılmıştır<sup>205</sup>. Çocuk yararı kavramıyla çocuk yanlısı bir hukuksal tutum alınırken yetişkinler çocuğun yararını kendi yararları ile özdeşleştirdiği durumda çocuğun yararı tamamen yozlaştırılabilir hatta yok olabilir<sup>206</sup>.

Milletlerarası düzenlemelere de zemin oluşturan çocuğun yararı kavramı, ilk kez kamu hukuku alanında ortaya çıkmıştır. Çocuk korumasının hukuki boyutuyla gündeme gelmesi çok eskilere gitmekle beraber, 1874'te New York'da yaşanan bir çocuk istismarı olayında cereyan etmiştir<sup>207</sup>. Sözü edilen olayda, bir üvey annenin *Mary Wilson* adlı 8 yaşında bir kız çocuğuna kötü muamelesi (evde tek başına bırakılma, dayak vs.) söz konusuydu. Eve gelen bir misafirin, bu durumu fark etmesi üzerine bu kişi çocuğa yardım amaçlı birçok yere başvurursa da yalnızca Hayvanları Koruma Derneği'nden yardım alabilmişti. Dernek, çocuğu hayvan statüsünde olarak kurtarmak istese de çocuğu evden alamamıştır. Bu kişi, bu kez çocuğun bir vatandaş olduğu bu nedenle haklarının olduğunu kabul ettirebilmek için uzunca bir süre uğraşmış, nihayetinde çocuğu bir bakım evine aldırarak üvey annenin bir yıl hapis cezası ile cezalandırılmasını sağlamıştır. Akabinde çocuk korumasına ilişkin ilk dernek de Society for the Prevention of Cruelty to Children (davanın avukatlığını yapan kişi tarafından<sup>208</sup>) kurulmuştur<sup>209</sup>.

Çocukların birey olarak muamele görmeleri gerektiği ve ayrıca yapıları gereği özel korumaya ihtiyaç duydukları fikirleri ilk kez 19. yüzyılın ortalarından itibaren Fransa'da dile getirilmeye başlamıştır. Böylece "küçükler hukuku"nun temellerinin ilk adımları atılmıştır. Bu dönemde çocuğun yararı devlet tarafından resmen tanınmış ve hâlâ izin verilen çocuk işçiliği 1841'den itibaren düzenleme altına alınarak çocuk korunmaya

---

<sup>205</sup> Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J. Solnit, 'Beyond the Best Interests of the Child' (1974) 74 (5) Columbia Law Review 996, 1001. ; Akyüz, *Çocuk* 51.

<sup>206</sup> Serozan, 67.

<sup>207</sup> Howard Markel, 'Case Shined First Light on Abuse of Children' December 14, 2009, *New York Times*. < <https://www.nytimes.com/2009/12/15/health/15abus.html>> Erişim Tarihi 10.01.2022.

<sup>208</sup> Society for the Prevention of Cruelty to Children Elbridge Thomas Gerry, John D. Wright ve Henry Bergh tarafından kurulmuştur.

<sup>209</sup> Can, Tuna and Tuna N, 5.; Detaylı bilgi için bkz. Eric A. Shelman and M.D. Stephen Lazoritz, 'The Mary Ellen Wilson Child Abuse Case and the Beginning of Children's Rights in 19th Century America.' London: McFarland & Company Inc. Publishers., 2005.<<https://www.nytimes.com/2009/12/15/health/15abus.html>> Erişim Tarihi 01.06.2021, <[https://en.wikipedia.org/wiki/Mary\\_Ellen\\_Wilson](https://en.wikipedia.org/wiki/Mary_Ellen_Wilson)> Erişim Tarihi 01.06.2021.

çalışılmıştır. Daha sonra 1881'den itibaren çocuklara eğitim hakkı da tanınmıştır. 20. yüzyılda ise çocuğun toplumun geleceği olduğu ifade edilmiştir. 20. yüzyılın başlarında, özellikle sağlık, sosyal ve adalet alanlarında çocuğun korunması düşüncesi kendisini kabul ettirmiştir. Çocukların korunmasına yönelik düşünceler Fransa dışında diğer Avrupa ülkelerinde de yaygınlaşmaya başlamıştır. Böylece, ailenin çocuğun tüm sorumluluğunu yüklenmesi mecburiyetinin etkisi azalmış, bunun yerine çocukların da haklarının olduğu, çocuğun ve bu hakların milletlerarası hukukta da korunması gerektiği fikri önem kazanmıştır. Bu kapsamda milletlerarası alanda çocukların korunması amacıyla bir örgütün kurulması gereği de ileri sürülmüştür.

Çocuk haklarının milletlerarası korunması ilk kez 1894 yılında *Jules Le Jeune*<sup>210</sup>'ün bir teşkilat kurulması fikriyle başlamıştır<sup>211</sup>. Zira bilimdeki gelişmeler, insan hakları konusunun öneminin artması ile insan hakları odaklı yapılan çalışmalar ile birçok tanım ve kavram da değişmiş, bu durum çocuk kavramına ve çocuk haklarına da olumlu yönde yansımıştır. Bunun sonucunda da bu değişimle birlikte 20. yüzyıl, kendini “Çocuk Yüzyılı” olarak ilan edilmesini sağlamıştır<sup>212</sup>. Medeni toplumlarda genel olarak çocuğa saygı kültürünün olduğu ve çocuğun üstün yararının önceliğinin benimsendiği söylemek yanlış olmayacaktır. Zira insan haklarıyla doğrudan ilişkili çocuk hakları hayatın her alanında benimsenmelidir. Çocuğun yetişkinlerden ve ailelerinden ayrı bireyler olduğu ve kendilerine has özellikleri nedeniyle korunmaya ihtiyaçları olduğu kabul edilmelidir. Toplumun geleceğini belirleyen çocuklara saygı kültürü geliştirilerek çocuğun yararının her türlü yarardan daha önemli ve öncelikli görülmesi bilinci oluşmalıdır. Nitekim çocuğun korunmasına ilişkin atılan ciddi adımlar sonuç vermeye başlamıştır. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi esas alınarak 20 Kasım 1959 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi” kabul edilmiştir. Bildirge, çocuk hakları listesini genişletmeye çalışan ilk milletlerarası anlaşma özelliğinin yanında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de temel oluşturmuştur<sup>213</sup>. Bildirgede yer alan bir ilkede “Çocuk özel bir

<sup>210</sup> Jules Le Jeune hakkında detaylı bilgi için bkz.: Françoise Tulkens, Moreau Thierry, *Droit de la jeunesse: aide, assistance, protection* (1st edn, Larcier 2000).

<sup>211</sup> İnan, *Çocuk* 81.

<sup>212</sup> Çocuk Yüzyılı ifadesi ilk kez Ellen Key tarafından kullanılmıştır ve hala bu şekilde kullanılmaktadır. Mary Gander and J. W. Gardiner Harry, *Çocuk ve Ergen Gelişimi*, Bekir Onur (ed) (8th edn, 2015) 33.

<sup>213</sup> Elizabeth M. Calciano, ‘United Nations Convention on the Rights of the Child: Will It Help Children in the United States’ (1992) 15 (3) *Hastings International and Comparative Law Review* 515, 519.

himayeden istifade edebilmeli; ona hürriyet ve haysiyet içinde sıhhatli ve normal şekilde bedeni, fikri, ahlaki, ruhi ve sosyal yönden gelişmesini sağlayacak imkân ve kolaylıklar kanun ve diğer vasıtalarla temin edilmelidir. Bu maksatla hazırlanan kanunlarda çocuğun çıkarları göz önünde bulundurulmalıdır” denilmektedir<sup>214</sup>.

Bildirgede çocuğun yararı yerine çocuğun çıkarı kavramı kullanılmış ve ikinci ilkede “saygınlık ve özgürlük koşulları içinde normal biçimde ve sağlıklı, sosyal, ruhsal, ahlaki, akılsal, fiziksel gelişmesini sağlamak” şeklinde belirtilmiştir<sup>215</sup>. Çocuğun çıkarlarının göz önünde bulundurulması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

Çocuğun üstün yararı ilkesi, 1959 yılında Çocuk Hakları Bildirgesi’nde, 1979 tarihli Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme<sup>216</sup>,nin iki maddesinde yer almıştır<sup>217</sup>. Ayrıca Çocuk Hakları ve Esenliği Hakkında Afrika Şartı’nın<sup>218</sup> 4. maddesinde “Herhangi bir kişi ya da yetkili makam tarafından çocuklara ilişkin olarak ifa edilen bütün tasarruflarda, çocuğun yüksek menfaatinin gözetilmesi en başta gelen mülhaza olacaktır” şeklinde yer almaktadır<sup>219</sup>. Çocuğun üstün yararı ilkesi birçok milletlerarası metinde de yer almasına<sup>220</sup> rağmen en kesin ve açık ifadesiyle<sup>221</sup>

<sup>214</sup> Bildirge için bkz. Rachel Hodgkin and Peter Newell, *Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child* (3rd edn, UNICEF 2007) 621.

<[https://www.unicef.org/Implementation\\_Handbook\\_for\\_the\\_Convention\\_on\\_the\\_Rights\\_of\\_the\\_Child.pdf](https://www.unicef.org/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf)> Erişim Tarihi 01.02.2021; Bilgin Tiryakioğlu, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, (Çocuklara İlişkin Kurallar) (2nd edn, Ankara Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları 2001) 7.

<sup>215</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi İlke 2.; Sevgi Usta Sayita, *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi* (Filiz Kitabevi 1996) 114.

<sup>216</sup> Sözleşme metni için bkz. RG. 14.10.1985/18898.

<sup>217</sup> Sözleşmenin 5(b) maddesinde, “anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her durumda çocukların çıkarlarını her şeyden önce gözetilen anlayışa dayanan bir aile eğitimi sağlamak” , 16(1)(d) ise, “medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların çıkarları en ön planda gözetilecektir” denilmektedir.

<sup>218</sup> Çocuk Hakları ve Esenliği Afrika Şartı, 11 Temmuz 1990’da kabul edilmiş ve 29 Kasım 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>219</sup> Semih Gemalmaz, *Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler* (İstanbul Barosu Yayınları 2002) 408.

<sup>220</sup> Örneğin, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, mülteci çocuklara ilişkin her tasarrufta aile birliği ilkesi ile çocuğun yüksek yararı ilkesinin de yol gösterici olacağını belirtmiştir.: Philip Alston, ‘The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights’ (1994) 8 (1) *International Journal of Law and the Family* 1,4.

<sup>221</sup> Bu sözleşmede çocuk, hakların nesnesi değil, öznesidir. Ayrıca sözleşmede, ilkenin sadece yasa yaparken ya da uygularken değil çocuğa ilişkin her türlü tasarrufta gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Alston, s. 4.

1989 yılında kabul edilen ve çocukların Magna Carta'sı diye bilinen<sup>222</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde<sup>223</sup> (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi) yer almaktadır. Çocuğa ilişkin tüm düzenlemeler bu ilke doğrultusunda hazırlanmıştır ve hazırlanmaya devam etmektedir. Konuya ilişkin açıklamalar sistematik nedenlerden dolayı milletlerarası düzenlemeler kısmında yapılacaktır.

### 2.5.3. Yapısal Temelleri

#### A. Hukukun Pozitif Kuralı Olarak Koruma

Birçok milli düzenlemede ve milletlerarası sözleşmelerde çocuğun yararının üstün tutulması norma bağlanmıştır. Bazı ilkelere pozitif kural haline gelmiştir. Özellikle çocuğun yararı kavramsallaştırılmış, bu minvalde düzenlemeler yapılmıştır, çalışmada bu hususlara kapsamlı olarak değinileceğinden burada sadece korumanın pozitif hukuk kurallarıyla sağlandığı ve ilgili milletlerarası düzenlemelerin belirtilmesi ile yetinilecektir.

Örneğin; çocuğun yararının üstün tutulması veya ona öncelik verilmesi, Türk Medeni Kanunu<sup>224</sup> ve mehz İsviçre Medeni Kanunu<sup>225</sup>,nun çocuğa ilişkin hükümleri hazırlanırken kanun koyucunun hareket ettiği ilkelerin en başında gelmektedir. Nitekim, velayet düzenlenirken daima çocuğun yararları, anne ve babanın yararından üstün tutulmuş, diğer hususlarda da çocuğun yararlarını etkili biçimde koruyacak düzenlemeler yapılmıştır. Hukukun pozitif kuralı olarak koruma da ilke olarak

<sup>222</sup> Serozan, 49; Marta Santos Pais, 'The Convention on the Rights of the Child'in Manuel on Human Rights Reporting, (United Nations 1997) 393- 504.

<sup>223</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi.; Sözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz. Calciano, 522, 523.

<sup>224</sup> TMK'da çocuğu korumak amacıyla çeşitli önlemler alınmıştır, Örneğin TMK. m.346, "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır" şeklindedir. Ayrıca çocuğun bir başka aileye veya bir kuruma yerleştirilmesi (TMK. m.347), velayetin değiştirilmesi (TMK. m.349) ve en ağır önlem olan velayetin kaldırılması (TMK. m.348) dır. Detaylı bilgi için bkz. Ebru Ceylan, Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, (2017) 19 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan) 349-375.

<sup>225</sup> Örneğin İsviçre Hukukunda 2012 yılından beri boşanmalarda çocuğun menfaati tehlikeye düşmediği takdirde müşterek velâyet mümkündür. İsviçre Medeni Kanunu'nun çocuğa ilişkin hükümlerinde örneğin 133., 134., 298 vb. maddeleri çocuğun üstün yararı dikkate alınarak hazırlanmıştır.



düzenlenmiş ve yazılı kural haline geldiği için pozitif kural olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa'nın 90'ncı maddesi ve MÖHUK'un 1/2. maddesinden hareketle öncelikle milletlerarası sözleşmeler uygulanacaktır. Taraf olduğumuz sözleşmelerde de çocuğun yararının korunmasına yönelik hükümler yer almaktadır.

Anayasal ve sözleşmesel olarak tanınan çocuk hakları, pozitif hukukun parçası olarak hem devlet hem özel kişiler için bağlayıcı olup uygulanması gerekir. Pozitif hukuk kuralının önceliği bulunmaktadır. Pozitif hukuk kuralının bulunmadığı ya da tamamlayıcı olarak hukukun genel ilkeleri uygulanma alanı bulabilmektedir. Bu bağlamda çocuğun korunması da hukukun genel ilkesi temelinde söz konusu olabilir. Ayrıca çocuğun korunması hukukun genel ilkesine dayanıp dayanmadığından bağımsız olarak menfaatler kuramı temelinde de çocuğun korunması da söz konusu olabilir. Zira hukukun amaçlarından biri de çatışan menfaatlerin dengelenmesidir, korunması gereken menfaatlerden birisi de zayıf taraftır. Çocuğun da zayıf taraf olduğu genel kabul görmüştür. Bu çerçevede yukarıda da açıklandığı gibi çocuğun üstün yararı dikkate alınabilecektir. Son olarak çocuğun korunmasına ilişkin hukuki bağlayıcılığı olmayan milletlerarası düzenlemeler uygulamada önem arz edebilmektedir. Zira pozitif hukuk kuralları uygulanırken referans kurallar olarak göz önünde bulundurulabilir.

## **B. Hukukun Genel İlkesi Olarak Koruma**

Çocuğun yararının korunması, çocuk zayıf taraf olduğundan birçok hukuk sisteminde aynı zamanda hukukun genel ilkesi olarak da kabul edilmiştir. Durum gerek Türk gerek milletlerarası hukukta bu şekildedir. Dolayısıyla çocuğun korunmasına ilişkin hukuki boşluk bulunduğu anda çocuğun lehine ilke olarak uygulama alanı bulabilecektir.

Çocuğun yararı, hukuki ilke olduğu gibi aynı zamanda yazılı hukuk kurallarında da hükme bağlanmıştır. Örneğin, hukukun genel ilkesi olarak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde bulunmaktadır.

Yeni İsviçre ve Türk Medeni Kanunu, çocuğun yararı kavramını farklı açılardan ele almıştır. Araştırma verilerinden<sup>226</sup> ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden (3. madde) yararlanılarak çocuğun yararı kavramı birçok yönden yeniden ele alınmıştır. Böylelikle çocuğun yararı kavramı milli ve milletlerarası çocuk hukuku bağlamında temel bir ilke haline gelmiştir. Bütün diğer normlar bu ilkeye göre düzenlenmiş, şemsiye ilke (*umbrella principle*) haline gelmiştir<sup>227</sup>. Kanun koyucu hem öğretideki görüşleri, önerileri hem de yüksek mahkeme kararlarını dikkate alarak bazılarını da kanun hükmü haline getirmiştir. Kanun koyucu, öğreti ve mahkeme kararları ışığında çocuk ve çocuğun haklarının korunması bakımından bir ilişki kurmuş, çocuğun yararını kurallarda temel ilke olarak gözetmeye başlamıştır<sup>228</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun birçok maddesinde<sup>229</sup> çocuğun yararının ön planda tutulması ilkesi benimsenmiş olsa da çocuğun yararının gözetilmesine ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunundaki gibi genel bir hükme yer verilmemiştir<sup>230</sup>. Çocuğun hukuki ilişkilerde zayıf taraf olması ve fiziki ve psikolojik yönlerden gelişime muhtaç olması göz önüne alınacak olursa, çocuğun korunması bakımından böyle bir genel hükme yer verilmesinin iyi olacağı ve özellikle de kanun boşlukları durumunda son derece işlevsel olacağı söylenebilir.

### **C. Menfaatler Kuramı Temelinde Zayıf Taraf Olarak Koruma**

Hukukun genel ilkesi olup olmamasından bağımsız olarak menfaatler kuramı çerçevesinde çocuğun zayıf, gelişmeye muhtaç ve bağımlı olması nedeniyle çocuğun

<sup>226</sup> Sabiha Örünğ and Semiha Feyzioğlu, *Tek Ebeveynli Aileler Projesi* (1st edn, T.C. Başbakanlık Aile Ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Yayınları 2011)

<sup>227</sup> Jane Mcadam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (1st edn, Oxford University Press 2007) 177.

<sup>228</sup> Akyüz, *Çocuk* 76.

<sup>229</sup> TMK m. 339/I'de "çocuğun yararı" kavramı değil "çocuğun üstün menfaati" kavramı kullanılmıştır. Çocukla ilgili TMK m. 325/I, TMK m. 337/II'de, TMK m. 346 ve m. 349'da çocuğun menfaati kavramı kullanılmıştır.

<sup>230</sup> İsviçre Medeni Kanununun 301 maddesinin 1. fıkrası uyarınca, çocuğun menfaati en geniş şekli ile kullanılmıştır. Ana-babanın çocuğun menfaatini gözetebilecekleri, çocuğa ilişkin her durumda çocuğun gelişimini ve esenliği için kendi olanakları doğrultusunda en iyi şekilde gerçekleştirecekleri ifade edilmiştir. Ayrıca, İMK m. 302'de de velayet hakkı sahibi ana veya babanın açıkça çocuğun zihinsel, bedensel ve ahlaki gelişimini sağlamakla yükümlüdür. Madde metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classifiedcompilation/19070042/201801010000/210.pdf> Erişim Tarihi 15.04.2019.

yararı öncelikli olarak korunur. Çocuğun yararı yatay ilişkide (birey-birey ilişkisinde) korunmaya değer bir menfaati var ise bu menfaat korunacaktır. Aynı şeylerin dikey ilişkide yani çocuğun kamu ile olan ilişkisinde söylenip söylenemeyeceğinin üzerinde durulmasında yarar vardır. Bu bağlamda ortaya çıkan sorun şudur:

Çocuğun yararının korunması ve öncelik verilmesi sınırlarını kamu yararında bulur mu? Yoksa çocuğun yararı kamu yararına karşı dikkate alınabilir mi? Özellikle korunmaya değer menfaati varsa durumun ne olacağı açık değildir.

Genel hukuk teorisi ve öğretisinde, korunması gereken menfaatlere öncelik verilmesi ve diğerlerinin ise birbirleriyle dengelenmesi esastır<sup>231</sup>. Korunması gereken menfaatlerin başında ise zayıf konumda veya durumda bulunan kişilerin- korunması gereken- menfaatleri gelir. Çocuklar, daha doğru bir ifadeyle küçük çocuklar da bu grupta bulunur. Dolayısıyla- küçük- çocuklarla ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesinde temel ilke çocuğun yararının gözetilmesi olmalıdır. Uyuşmazlık çözümlenirken çocuğu (yararını) koruyan bir eğilim gösterilmeli, yani karşılaşılan tüm sorunların çocuğun yararı da gözetilerek çözümlenmesine girilmelidir. Çocuğa ilişkin herhangi bir hükmün uygulanması ve yorumlanmasında esas itibarıyla (aksi belirtilmedikçe) çocuğun yararı doğrultusunda hareket edilmelidir.

Nitekim hukukun genel teorisinde birey ile toplumun menfaatini dengeleyen ölçütler vardır<sup>232</sup>. Bu ölçütlerden bazıları Anayasa'da pozitif temele oturtulmuştur. Öte yandan çocuk konum itibarıyla zayıf taraftır. Dolayısıyla hukuken de koruma altına alınmıştır. Bu sağlanan korumalar da genelde birey ilişkisi bağlamında öngörülmüştür. Pozitif hukuk kurallarında koruma sağlanmayan durumlarda da çocuğun korunması zayıf tarafın korunması temelinde gerçekleşebilir. Bu ölçütlere göre bireylerin hakkı sınırsız olamaz. Bilakis, her hakkın içinde çekirdeği yani doğal sınırları ile dış sınırları da bulunmaktadır. Kamu yararı bu iç sınırı oluştururken kamu yararı mülahazaları bazı

<sup>231</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 26ff; Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* 11ff.

<sup>232</sup> Hacı Can, 'Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Hizmet Almak İsteyen Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı -Avrupa Birliği Adalet Divanı "Ecem Demirkan" Kararı', (Karar) (2014) Ankara Sanayi Odası Yayın Organı, 26, 28. <<https://www.aso.org.tr/site/files/pdf/asomedy/2014ocaksubat.pdf>> Erişim Tarihi 15.01.2020.

ulusal anayasa mahkeme kararlarında dayanak noktasını teşkil etmektedir<sup>233</sup>. Çocuğun üstün yararı sınırsız bir koruma değildir. Her şeyden önce çocuğun üstün yararı ölçülülük ve orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Toplumsal menfaat karşısında çocuğun yararının korunması gerekli mi, seçilen araçlar çocuğun yararını korumaya elverişli mi, çocuğun üstün yararı dikkate alındığında çocuğun korunmasını aşan, gereğinden fazla bir koruma, aşırı yararlandırma sağlıyor ise yine de çocuğun korunması mı esas alınacaktır? Bu halde amacını aşan bir durum söz konusu olacağından çocuğun üstün yararının korunması esas alınamayacaktır. Aksi durumun, hakkaniyeti zedeleyeceği aşikârdır.

#### **D. Hukukun Bağlayıcı Olmayan Kuralı Olarak Koruma**

Milletlerarası antlaşma kuralları genelde ya taraflara akdi yükümlülükler getirirler ya da soyut kurallar olmakla birlikte, doğrudan uygulanmaya elverişli olmayan, açıklıktan uzak, eksik kurallar içerirler. Milletlerarası antlaşma kuralları yaptırım olmayan yumuşak (*soft*) çerçeve kurallar da olabilirler. Doğrudan etki doğurmayan veya yumuşak, esnek niteliğe sahip kuralların bireyler karşısında normatif hukuki sonuçları olmaz. Dolayısıyla bunlara aykırılık durumunda hukuki yaptırım söz konusu olmaz. Bununla birlikte, ulusal düzenlemeler, milletlerarası antlaşma hükümleri doğrultusunda yenilenebilir ve yorumlanabilir. Eğer ulusal yasa kuralları, milletlerarası antlaşma hükümleri doğrultusunda yorumlanıp uygulanmazsa, antlaşma hükümlerinin doğrudan herhangi bir yaptırım olmasa dahi devletin milletlerarası alanda sorumluluğuna ve böylece ciddi yaptırımlara uğratılmasına yol açabilir. Bu duruma çok sayıda devlet tarafından onaylanmış milletlerarası düzenlemeler ile çözüm getirilmesi amaçlanmıştır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi<sup>234</sup>, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki temel prensipler bu bağlamda dikkate alınmalıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre "*her çocuk, doğum ya da herhangi bir sebepten ötürü herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın, doğum belgesine ve vatandaşlığa sahip olmak gibi temel haklara sahiptir.*"

<sup>233</sup> Can, 'Karar' 28ff.

<sup>234</sup> RG. 11.08.2003/ 25196.

Esnek kurallara ilişkin konumuz bağlamında Lahey Taşıyıcı Annelik Projesi Raporu (Surrogacy Report)<sup>235</sup> bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bazı ülkeler açısından sınıraşan taşıyıcı annelik<sup>236</sup> birçok nedenden dolayı (maddi, vatandaşlık kazanılması vb.) önemli bir gelir kaynağıdır ve bu nedenle ülkeler yasal engelleri azaltmış veya tamamen kaldırmıştır. Taşıyıcı annelik günümüzde evlat edinmenin yerini alma potansiyeline sahip görünmektedir<sup>237</sup>. Ancak taşıyıcı annelik sözleşmelerini kabul eden devletler hem “çocuğun üstün yararı” prensibine aykırı hem de ayrımcılık yasağına da aykırı davranmaktadır<sup>238</sup>; çünkü etik değerler hiçe sayılmış, taşıyıcı annelik adeta bir ticari faaliyet olarak görülmüştür. Hatta öyle ki çocuğa ilişkin birçok husus (çocuğun ticarete konu olması ve bu durumun doğuracağı sorunların (taşıyıcı annenin ve çocuğun sağlığı, çocuğun götürüleceği ülkedeki durumu gibi) çözümü yasal düzenleme boşluğu nedeniyle belirsizdir. Özellikle milletlerarası alanda çocuğun korunması için milli hukuk birçok konuda yetersiz kaldığından Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı çalışmalarına başlamıştır. Sonuçları bakımından çocuğun yararı ile doğrudan ilgili olan bu hassas bir hususun özenli çalışma sonucu düzenlenebileceği kanısındayız. Milletlerarası alanda önem arz eden Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı çalışması ile bu adımın atıldığı söylenebilir.

2012 yılında çocuğun statüsüne ilişkin başlayan bu çalışma, milletlerarası antlaşma amacıyla şu anda proje olarak devam etmektedir<sup>239</sup>. Lahey Konferansı Genel İşler ve Politikalar Konseyi'nin talebi ile özellikle milletlerarası taşıyıcı annelik konusuna odaklanılmıştır<sup>240</sup>. Nihayet 2012 yılında konuya ilişkin bir rapor<sup>241</sup> yayınlanmıştır<sup>242</sup>.

---

<sup>235</sup> Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Preliminary Document No 3A of February 2015, 3.

<sup>236</sup> Taşıyıcı anneliğe ilişkin bkz. Ebru Şensöz Malkoç, Milletlerarası Özel Hukukta Boşluk: Taşıyıcı Annelik, (Boşluk) (2013) (25) Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi 90, 93.

<sup>237</sup> Sevtap Metin, ‘Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik’ in Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Dergisi (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 7, 48.

<sup>238</sup> Barbara Stark, ‘Transnational Surrogacy and International Human Rights Law’ (2012) 18 (2) ILSA Journal of International and Comparative Law, 369, 386. <<http://papers.ssrn.com>> Erişim Tarihi 01.05.2021; Jyothi Kanics, ‘Preventing and Addressing Statelessness in the Context of International Surrogacy Arrangements’ (2014) 19 Tillburg Law Review, 117, 118.

<sup>239</sup> Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, 2.

<sup>240</sup> News from the Hague Conference on Private International Law, Unif. L. Rev., 17(2012), 741; Bruce Hale, ‘Regulation of International Surrogacy Arrangements: Do We Regulate the Market, or Fix the Real Problems?’ (2013) 36 (3) Suffolk Transnat'l L. Rev., 501,502ff.

Daha sonra yapılan anket sonucuna göre 2014 yılında bir rapor yayınlanmıştır<sup>243</sup>. 2020 yılında yapılan toplantı itibarıyla çalışma komisyonu son raporun 2023'te sunulacağını ifade etmiştir. Hazırlanacak düzenlemenin hukuki yeknesaklığa da hizmet etmesi amaçlandığından kapsamına taşıyıcı annelik durumundan kaynaklanan ve çocuğa ilişkin velayet, vatandaşlık ve ülkeye giriş ve ikamet izni konularının dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca taşıyıcı annenin hukuki statüsü ve korunması da çocuğun korunması kadar önemlidir<sup>244</sup>. 2015 yılında hazırlanan raporda, taşıyıcı anneliğe ilişkin Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi (UN Committee on the Rights of the Child) toplantıları ve AIHM kararları açıklanmıştır. Bu kararlarda çocuğun üstün yararına<sup>245</sup> ilişkin açıklamalar da bulunmaktadır<sup>246</sup>. Görüldüğü gibi çocuğun hukukun bağlayıcı olmayan kuralı olarak korunması da mümkündür.

#### **2.5.4. Hukuki Temelleri**

Çocuğun korunmasına ilişkin birçok düzenleme bulunmaktadır. Çocuğun üstün yararı Anayasal bir güvence olarak karşımıza çıkmakla birlikte hem milletlerarası sözleşmelerde hem de Kod kanunlarda çocuğun üstün yararına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ayrıca çok taraflı milletlerarası sözleşmeler bulunmaktadır. Çocuğun üstün yararının korunmasına ilişkin düzenlemeler iki başlık altında incelenecektir. İlk olarak çocuğun üstün yararının korunmasına ilişkin milletlerarası düzenlemelere

---

<sup>241</sup> Hague Conference on Private International Law, A Preliminary Report on the Issues Arising From International Surrogacy Arrangements Preliminary Document No 10 of March 2012.

<sup>242</sup> Konseyin talebiyle milletlerarası özel hukuk bağlamında taşıyıcı anneliğe ilişkin hususlar, taşıyıcı anneliğin velayet ve evlatlık üzerindeki etkileri konusunda anket hazırlanmıştır. Anket sonuçları 2014 yılında sonuçlanmıştır. News from the Hague Conference on Private International Law, 741.

<sup>243</sup> Hague Conference on Private International Law the Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project Preliminary Document No 3 B of April 2014; Ayrıca bkz. News from the Hague Conference on Private International Law, 742. Ayrıca taşıyıcı anneliğe ilişkin ulusal raporlar için bkz. International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level, Edited by Katarina Trimmings and Paul Beaumont, 2013, 5ff.

<sup>244</sup> Hale, 501, 502.

<sup>245</sup> Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, 3-7.

<sup>246</sup> AIHM'in Mennesson v. France ve Labassee v. France davası ile birlikte Avustralya'da kamu düzeni ve çocuğun üstün yararı dikkate alınarak taşıyıcı anneden doğan çocuk ile biyolojik babası arasında soybağı kurulması kararı ve Brezilya'da yabancılık unsuru taşımayan bir taşıyıcı annelik davasında, çocuğun üstün yararı dikkate alınarak taşıyıcı anneden doğan çocuğun doğum belgesinde aynı cinsten kişilerin çocuğun ebeveyni olarak yazılabileceğine ilişkin kararlar.

değınilecek daha sonra da çocuğun üstün yararı Anayasa ve iç hukuk (MÖHUK) çerçevesinde ele alınacaktır.

## A. Milletlerarası Düzenlemelerde Çocuğun- Üstün- Yararı

Çocuğun korunmasına ilişkin milletlerarası düzenlemeler konumuz bağlamında sınırlandırılarak ele alınacaktır<sup>247</sup>. Özellikle uygulamada önem kazanan bu milletlerarası düzenlemelerin çocuğun üstün yararını nasıl dikkate aldığı incelenecektir.

- 
- <sup>247</sup> Çocuğa ilişkin diğer milletlerarası sözleşmeler: Küçüklerin Korunması Konusunda Resmi Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi, 05.10.1961 (RG 21.02.1983, S. 17966)
- Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Roma Sözleşmesi, 14.09.1961 (RG. 11.05.1064, S. 11700)
  - Evlilik Dışı Çocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisi Hakkında Brüksel Sözleşmesi, 12.09.1962 (RG 11.10.1965, S.12123)
  - Evlenmeyle Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Roma Sözleşmesi, 10.09.1970. (RG 22.09.1975, S.15364)
  - Evlilik Dışı Çocukların Hukuksal Durumu Hakkında Strasburg Sözleşmesi, 15.10.1975
  - Evlat Edinmeye İlişkin Kararların Tanınması, Uygulanacak Hukuk ve Kararların Tanınması Hakkında Lahey Sözleşmesi, 15.11.1965
  - Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, 24.04.1967
  - Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Münih Sözleşmesi, 05.09.1980 (RG. 07.07.1987, Sayı 19510)
  - Küçüklerin Ülkelerine Geri Gönderilmelerine Dair Avrupa Sözleşmesi, 28.05.1970 (RG. 30.07.1976, Sayı 15662)
  - Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi, 24.10.1956 (RG. 24.12.1971, S. 14052)
  - Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi, 02.10.1973 (RG. 06.02.1983, Sayı 17951)
  - Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfize İlişkin Lahey Sözleşmesi, 15.04.1958 (RG. 11.01.1973, S. 14418)
  - Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfize İlişkin Lahey Sözleşmesi, 02.10.1973 (RG. 16.02.1983, S. 17961)
  - Kadın ve Çocuk Ticaretinin Kaldırılmasına Dair New York Sözleşmesi ve Bağlantılı Protokol, 12.11.1947
  - Çocuklara Karşı Bakım ve Gözetim Yükümüne İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Bu yükümün Düzenlenmesi Konusunda Avrupa Sözleşmesi, 20.05.1980
  - Küçükler Hakkında Lahey Vesayet Sözleşmesi, 12.06.1902
  - Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisi Hakkında Avrupa Sözleşmesi, Strasbourg, 1998 (RG. 02.11.1999)
- Avrupa Konseyi ile yapılan sözleşmeler (European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children) Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (Convention on Contact concerning Children)
- Avrupa Konseyi'nin Çocuk Haklarının Uygulanmasıyla İlgili Avrupa Sözleşmesi (1996/Sayı 160) özellikle yargıda çocukların katılım (görüş bildirme) ve tarafsız bir kayyım aracılığıyla temsil edilme haklarını geliştirir.
  - Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 2001 (RG. 01.02.2001/24305)
  - Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokolü. New York, 25.05.2000 (RG. 21.10.2003/25266)

Öncelikle belirtmelidir ki, milletlerarası antlaşma kuralları, imza atılan taahhüde bağlılık nedeniyle yalnız anayasal kuralların yorumuna değil, aynı zamanda ulusal yasa kurallarının yorumuna, özellikle ulusal yasaların yer verdikleri “çocuk yararı” gibi takdire açık esnek deyimlerin, hakkaniyet kurallarının, genel kavramlarının somutlaştırılmasına etki gösterirler. Örneğin, milletlerarası antlaşma kuralı olarak çocuğun yararına göre yorum yapılması gerekebilir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun korunmasına ilişkin en temel metindir ve çocuğun üstün yararının korunmasına ilişkin birçok hüküm içermektedir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3.maddesine göre “*yasama organı, sosyal hizmet kurumları, sağlık kurumları, eğitim kurumları ve çocuğun korunmasında görevli ve yetkili diğer kurumlar yani yürütme organı ile mahkemeler ve diğer yargı mercileri çocuğu ilgilendiren işlem ve davalarda çocuğun üstün yararını gözetmekle yükümlüdür*”<sup>248</sup>. Uygulayıcı konumda olanlar ise doğacak sonuçların çocuğu fiziksel, zihinsel, duygusal ve ekonomik olarak nasıl etkileyeceğine göre davranacaklardır<sup>249</sup>.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, tüm çocukları kapsayan bir şemsiye gibidir ve her statüdeki çocuk; yani vatansız, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma<sup>250</sup> veya geçici koruma statüsündeki küçükler<sup>251</sup> bu kapsama girmektedir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi çocukların korunması için çocuğun üstün yararına öncelik verilmesi düşüncesini esas alarak bu çerçevede çocuklara özel bazı haklar tanımıştır<sup>252</sup>. Çocuğun ana babasının kimliğini öğrenme hakkı (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 7), ana babanın çocuktan gizli tutulmasına ilişkin yasa kuralları ve çocuk yararının üstünlüğü (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3) ya da çocuğun yakınlarıyla kişisel ilişki görüşme

<sup>248</sup> Katja Schweppe and Jörg Bussian, ‘Die Kindesanhörung aus familienrichterlicher Sicht’ (2012) Heft 1 ,Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, 13.; Akyüz, *Çocuk* 47. Bkz. Zermatten, 483.

<sup>249</sup> Akyüz, *Çocuk* 8.

<sup>250</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 91 ve Geçici Koruma Yönetmeliği RG. 22.10.2014/29153 (m. 3/m)

<sup>251</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 122/1/c. maddesi gereğince yasal temsilci ile çocuğun farklı ülkelerde olduğu durumda, yasal temsilcinin yetkili makam huzurunda verilmiş onayı ve refakatçinin çocuğun bakımını üstlendiğine ilişkin taahhüdünün olması kaydıyla, çocuğun refakatine bırakıldığı kişiye çocuk hakkında işlemleri yapma hakkı tanınmıştır. (RG. 17.03.2016/ 29656)

<sup>252</sup> Çocuğun yaşama hakkı (m.6/I), isim hakkı (m.7/I), vatandaşlık kazanma hakkı (m.7/I), ana babasını bilme hakkı (m.7/I), bakılma hakkı (m.7/I), kişisel ilişki kurma hakkı ve görüşme hakkı (m.9/III), görüşlerini ifade etme hakkı (m.12), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.14), dernek kurma hakkı (m.15), tıbbi bakım hakkı (m.24), sosyal güvenlik hakkı (m.26), eğitim hakkı (m.28, 29), dinlenme hakkı (m.31), ekonomik sömürüye karşı korunma hakkı (m.32), sömürüye karşı koruma hakkı (m.37) gibi sosyal ve ekonomik hakları ve koruma hakları BMÇHS’de belirtilmiştir.



hakkını sınırlayan yasa kuralları çatıştığında bu çatışma yorum ya da boşluk doldurma yoluyla aşılır<sup>253</sup>.

Ayrıca Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme<sup>254</sup>'nin 7. maddesinde “*Engelli çocuklarla ilgili tüm eylemlerde çocuğun en çıkarının gözetilmesine öncelik verir*” hükmü ile çocuğun üstün yararı gözetilmiştir.

Görüldüğü üzere BM Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuğun üstün yararının dikkate alınmasında temel ölçüt olarak belirlenmiş ve diğer düzenlemeler bu ölçütü esas alınarak hazırlanmıştır. Yabancı unsurlu uyumsuzlukların artması ile çocuk haklarının ve çocuğun yararının korunmasına ilişkin birçok milletlerarası sözleşme yapılmıştır. Özellikle Lahey Sözleşmeleri<sup>255</sup> ile Lahey (Den Haag) kenti “Çocuk Hakları Kenti’ne çıkmıştır<sup>256</sup>. Aşağıda da belirtileceği üzere çocuğun yararını esas alan birçok Lahey Sözleşmesi bulunmaktadır. Konumuz kapsamında çocuğun korunması amacıyla ve çocuğun yararını gözetilen milletlerarası sözleşmelerin isimlerini belirtmekle yetineceğiz. Zira ikinci ve üçüncü bölümde yer geldikçe bu milletlerarası sözleşmelerin hükümlerine değinilecektir. Uygulamada en çok karşılaşılan çocuğun yararının korunmasına ilişkin düzenlemeler konumuz kapsamında incelenecek olan Lahey Sözleşmeleridir. Bu bölümde ele alınacağı üzere, çocuğa ilişkin Lahey Sözleşmelerinin ortak noktası, çocuğa ilişkin uyumsuzluklarda belirlenen bağlama noktası milletlerarası gelişmelere paralel olarak çocuğun yararına olacağı düşünülen mutata meskenidir.

#### ***a. Çocuğun Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmeleri***

Avrupa Konseyi de Birleşmiş Milletler’in çocuk haklarına ilişkin çalışmalarına paralel olarak Birleşmiş Milletler kuralları ile uyumlu düzenlemelere girişmiştir. Avrupa Konseyinin çalışmaları çocuk ticareti, çocuk pornografisi, şiddet övücü ya da ırkçı yayınları engelleyici, mücadele edici konularda yoğunlaşmıştır. Ayrıca Avrupa

---

<sup>253</sup> Serozan, 46.

<sup>254</sup> Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG. 14.07.2009/ 27288.

<sup>255</sup> Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/home>> Erişim Tarihi 01.05.2020.

<sup>256</sup> Serozan, 54.

Konseyi, çocuk ceza hukuku bağlamında da çocuğun yararının daha çok dikkate alınacağı çalışmalar yapmaktadır.

Avrupa Konseyinin çocuk haklarına ilişkin en önemli düzenlemelerinden biri Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesidir<sup>257</sup>. 18 yaşına ulaşmamış çocuklara uygulanan bu sözleşme, çocukların üstün yararları için çocuğun haklarını geliştirmek, kendilerine ilişkin davalar hakkında bilgi alma ve davaya katılmaları gibi çocuğun haklarının teminini kolaylaştırma amacı gütmektedir<sup>258</sup>.

Avrupa Konseyi'nin 1950 yılındaki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>259</sup>, 1961 yılındaki Avrupa Sosyal Şartı<sup>260</sup>, 2000 yılındaki Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi<sup>261</sup> ve 2003 yılında Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Sözleşmesi<sup>262</sup>, 2007 yılında Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi<sup>263</sup> çocuk haklarına ilişkin önemli milletlerarası düzenlemelerdir. 2011 yılındaki Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi<sup>264</sup> de aile içi şiddet mağduru çocukların korunmasında bakımından önem taşımaktadır.

### ***b. Çocuğun Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmeleri***

Konumuz bağlamında değinilmesi gereken ilk Lahey Sözleşmesi 24 Ekim 1956 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme<sup>265</sup>. (Convention On The Law Applicable To Maintenance Obligations Towards Children)'dir. Bu Sözleşme, "*çocuğun kimden ve ne nispetle nafaka talep edeceğini, çocuğun mutlak meskeninin bulunduğu yer kanununun tespit edeceğini düzenlemektedir.*

---

<sup>257</sup> RG.01.12.2001/ 24305.

<sup>258</sup> Sözleşmenin 1.maddesi 4. Paragrafı uyarınca Türkiye, Sözleşmenin adli bir makam önünde aşağıdaki kategori aile hukuku davalarında uygulanacağını belirtmiştir: 1. Boşanma davaları, 2. Ayrılık davaları, 3. Çocukların velayetine ilişkin davalar, 4. Ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması, 5. Babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalar.

<sup>259</sup> RG. 19.03.1954/ 8662.

<sup>260</sup> RG. 14.10.1989/ 20312.

<sup>261</sup> RG. 01.02.2001/ 24305.

<sup>262</sup> RG. 17.11.2011/ 28115.

<sup>263</sup> RG. 10.09.2011/ 28050.

<sup>264</sup> RG. 08.03.2012/ 28227 mükerrer.

<sup>265</sup> RG. 17.09. 1971/ 13959.

*Çocuğun mutat meskeninin değişmesi halinde, bu değişmenin vukuundan itibaren yeni mutat meskeninin bulunduğu yer kanunu tatbik olunacaktır.”* düzenlemesi ile çocuğa karşı nafaka mükellefiyetine ilişkin uyuşmazlığa çocuğun mutat meskeni hukuku uygulanacaktır. Çocuğun mutat meskeninin bağlama noktası olarak belirlenmesi aşağıda da inceleneceği üzere çocuğun yararına olacak bir düzenlemedir. Ayrıca Sözleşme kapsamına giren çocuk, *“nesebi sahii, nesebi gayrisahii veya evlat edinilmiş evli olmayan ve 21 yaşını doldurmamış bütün çocuklar”* olacak şekilde geniş kapsamlıdır. Bunun amacının daha çok çocuğun bu Sözleşmeden yararlanabilmesi olduğu açıktır.

Çocuk kavramını geniş kapsamda ele alan bir diğer Sözleşme 15 Nisan 1958 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Dair Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme<sup>266</sup> (Convention Concerning The Recognition And Enforcement Of Decisions Relating To Maintenance Obligations Towards Children)’dir. Bu Sözleşme *“evlenmemiş ve 21 yaşını doldurmamış olan nesebi sahii ve gayri sahii veyahut evlât edinilmiş”* kişileri çocuk olarak belirtmiştir. Sözleşme’nin amacı çocuğun nafaka talebi üzerine verilen kararların Âkit Devletler tarafından karşılıklı olarak tanınması ve tenfizinin sağlanmasıdır.

5 Ekim 1961 Tarihli Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme<sup>267</sup>,de de (Convention Concerning the Powers Of Authorities And The Law Applicable in Respect Of The Protection Of Minors), çocuğun yararına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Sözleşme’nin 4.maddesi *“küçüğün uyuğu olduğu Devletin makamları, küçüğün çıkarının gereği olarak gördükleri takdirde, mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamlarına haber verdikten sonra, kendi iç hukukları uyarınca, küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri alabilirler”* şeklindedir. Ancak uygulamadaki ihtiyaçları karşılamaması sebebiyle 19 Ekim 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme (Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children)<sup>268</sup>, yürürlüğe

---

<sup>266</sup> RG. 27.09.1972/ 14319.

<sup>267</sup> RG. 21.02.1983 /17966.

<sup>268</sup> RG. 03.01.2017/ 29937.

girmiştir. Sözleşme'nin dibacesinde “Çocukların üstün yararının öncelikli olarak göz önünde bulundurulacağı” belirtilmiş ve birçok hükümde (madde 8/4<sup>269</sup>, 10/1-b<sup>270</sup>, 22<sup>271</sup>, 23/2-d<sup>272</sup>, 28<sup>273</sup>, 33<sup>274</sup> çocuğun üstün yararının korunması hususu yer almaktadır.

15 Kasım 1965 Tarihli Evlat Edinmeye İlişkin Kararların Tanınması, Uygulanacak Hukuk ve Yetkiye Dair Sözleşme (Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions), yürürlüğe girmemiştir. Sözleşme milletlerarası evlat edinmeye ilişkin yeknesak hukuk kurallarını içermemesinin yanında icrai nitelikte hükümler de içermemektedir<sup>275</sup>. Sözleşme evlat edinenin milli hukukuna ve mutad meskeni ülkesi hukukuna ülkelerarası evlat edinmeyi hükme bağlama yetkisini aynı anda vermektedir. Halbuki evlat edinmenin çocuğun üstün yararına uygun olup olmadığının tespiti, milletlerarası gelişmelere de paralel olacak şekilde çocuğun ülkesi tarafından yapılmasının çocuğun yararının gözetilmesi açısından daha uygun olacağı düşünülmektedir<sup>276</sup>. Evlat edinenin milli hukukuna da yetki verilmiş olması, milletlerarası evlat edinme işlemlerinde çocuğun üstün yararının korunması temel ilkesi ile çatışmaktadır<sup>277</sup>.

Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 15 Nisan 1958 tarihli Sözleşmenin hükümleri arasında uyum sağlama amacıyla hazırlanan 2 Ekim 1973 Tarihli Nafaka Mükellefiyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme (Convention on the Recognition and Enforcement of

<sup>269</sup> “ ... (4) 1. fıkrada belirtilen makam, çocuğun üstün yararına olduğunu düşünürse 5. veya 6. madde uyarınca yetkili olan makamın yerine yetkiyi üstlenebilir.”

<sup>270</sup> “...söz konusu makamların bu tür önlemler almasına yönelik yargının, ebeveynler ile çocuğun velayet sorumluluğuna sahip olan diğer kişi tarafından kabul edilmesi ve çocuğun üstün yararına olması halinde, çocuğun kişiliğinin ya da mallarının korunmasına yönelik önlemler alabilir.”

<sup>271</sup> “... Bu Bölümün hükümlerince düzenlenen hukukun uygulanması, çocuğun üstün yararı dikkate alınarak yalnızca kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebilir.”

<sup>272</sup> “...çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurulurken böyle bir tanınmanın talep edilen Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde..”

<sup>273</sup> “...Çocuğun üstün yararı dikkate alınarak talepte bulunulan Devletin hukuku uyarınca bu hukukun belirlediği ölçüde uygulama gerçekleşir.”

<sup>274</sup> “...Çocuğun üstün yararı dikkate alınarak talepte bulunulan Devletin Merkezi Makamının veya diğer yetkili makamının yerleştirme veya bakım hükmüne rıza göstermesi halinde yerleştirme veya bakım hükmüne ilişkin karar talep eden Devlette alınabilir.

<sup>275</sup> Elif Çörekçi, *Ülkelerarası Evlat Edinme* (2009) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 15ff.

<sup>276</sup> Çörekçi, 15.

<sup>277</sup> Çörekçi, 15.; Jimena Beatriz Aliaga Gamarra, ‘El Interés Superior Del Niño Y Adolescente En La Adopción Internacional En El Perú’, Pontificia Universidad Católica Del Perú Facultad De Derecho, 2013, 65.; Susan Bisignaro, ‘Intercountry Adoption Today And The Implications of The 1993 Hague Convention On Tomorrow’ (1995) 13 (132) Dickinson Journal of International Law (1995) 133.

Decisions relating to Maintenance Obligations), “*nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dahil, aile, hısımlık, evlilik veya sıhriyet ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülüklerine*” uygulanır. Bu Sözleşme öngörülen “*nafaka yükümlülüğünü nafaka alacaklısının mutad olarak oturduğu yer kanunu düzenlerken, alacaklının mutad olarak oturduğu yerin değişmesi halinde, değişikliğin vuku bulduğu andan itibaren, mutad olarak oturduğu yeni yerin kanunu uygulanacak*” şeklinde düzenlemiş hatta “*alacaklı, Sözleşme’nin 4 üncü maddesine göre borçludan nafaka alamazsa, müşterek milli kanun uygulanarak nafakanın tahsil edilebilmesi için başka bir hüküm getirilerek tahsili kolaylaştırmaya çalışmaktadır. Yalnızca çocuğun değil tüm nafaka alacaklılarının yararına bir hükümdür.*

25 Kasım 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme (Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction<sup>278</sup>, çocuğun üstün yararının temel alındığı bir Sözleşme olup uygulamada sık karşılaşılmaktadır. Sözleşme milletlerarası alanda, kanuna aykırı bir şekilde yeri değiştirilen çocuğun bu durumdan kaynaklanan olumsuz etkilerinden korunması ve çocuğun mutad mesken Devletine derhal iadesini sağlamak amacı gütmektedir. Çocuğun mutad meskenine derhal iade edilerek çocuğun kesintiye uğrayan hayatının en kısa sürede eski haline getirilmesinin çocuğun üstün yararına olacağı düşünülmektedir.

29 Mayıs 1993 Tarihli Çocukların Korunması ve Uluslararası Evlat Edinilmeleri Hususunda İşbirliğine Dair Sözleşme<sup>279</sup> (Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption), mahiyeti itibarıyla çok hassas bir konu olup milletlerarası evlât edinmelerin çocuğun üstün yararları bağlamında yapılarak çocukların temel haklarının güvencede olması amacını güder. Sözleşme hem çocuğun korunmasını hem de milletlerarası evlat edinme hususunu oldukça titizlikle düzenlemiş ve çocuğun üstün yararına olacağı durumda evlat edinmeyi mümkün kılmıştır.

Çocuğun korunması hususunda milletlerarası usul hukukuna ilişkin Lahey Sözleşmeleri de bulunmaktadır. Ülkemiz uygulanacak hukuka ilişkin Lahey Protokolüne taraf olmamakla birlikte; 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin

<sup>278</sup> RG. 15.05.2000/ 23965.

<sup>279</sup> RG. 19.04.2004/ 25438.

Uluslararası Tahsiline İlişkin Sözleşme'<sup>280</sup> ye taraftır. Yabancı nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi ile yabancı nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin bu Sözleşme, 1956 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi de dahil, diğer Sözleşmelerin elverişli hükümlerinin bir araya getirilerek yeknesak bir Sözleşme olma amacıyla hazırlanmıştır<sup>281</sup>. Sözleşme'nin dibacesinde- çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde, çocuğun üstün yararının temel alınacağı ifade edilmiştir<sup>282</sup>.

Çocukların korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmelerinin de olduğunu yukarıda belirtmiştik. 1980 tarihli “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”<sup>283</sup> ve “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”<sup>284</sup> de çocuğun yararını dikkate alan düzenlemelerdir.

## **B. Çocuğun – Üstün- Yararına İlişkin Milli Düzenlemeler**

Anayasa'da ve iç hukuk (MÖHUK) bağlamında çalışma kapsamında düzenlemelerin yalnızca isimleri ve ilgili hükümlerinde çocuğun üstün yararının nasıl dikkate alındığı incelenecektir. Bu bölümde öncelikle TC Anayasasında çocuğun korunması hususu incelenecek ardından çalışma kapsamı Türk milletlerarası özel hukukta çocuğun üstün yararı olarak sınırlandırıldığından MÖHUK bağlamında çocuğun yararına ilişkin hükümler zikredilecektir.

### **a. Anayasada Çocuğun Korunması**

Anayasa herkesin temel hak ve özgürlüklerini koruma altına alarak, kişinin haklarının Anayasal teminatını sağlar. Anayasa'da yer alan düzenlemeler toplumun tüm bireylerini kapsayacak şekildedir. Zira Anayasa' da “herkes”, “hiç kimse” gibi yer alan hükümler

<sup>280</sup> RG. 22.5.2016/ 29719.

<sup>281</sup> William Duncan, 'The New Hague Child Support Convention: Goals and Outcomes of the Negotiations', (The New Hague Child Support Convention) (2009) 43 (1) Family Law Quarterly, 43(1) 1,5.

<sup>282</sup> Mesut Aygün and Gözde Çağlayan Aygün, 'Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi' (2018) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- 71, 80.

<sup>283</sup> RG. 02.11.1999/ 23864.

<sup>284</sup> RG. 17.11.2011/ 28155.

çocukları da kapsamaktadır. Ancak öncelikle belirtilmelidir ki toplumun korunmaya muhtaç kesimleri, -engelli, çocuk gibi özellik arz eden gruplar Anayasal bağlamda özellik arz etmekte ve korunması için özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle çocukların korunmaya muhtaç olması sebebiyle yalnızca çocuk yararına olan hakların Anayasal teminata kavuşturulması gerekmektedir<sup>285</sup>. Çocuğun korunmasında aile müessesesi oldukça önemli olduğundan 1982 Anayasası (Anayasa) ve birçok anayasada çocuk hakları aile başlığı altında düzenlenmiştir<sup>286</sup>.

Öncelikle belirtilmelidir ki 1982 Anayasa'nın 41.madde kenar başlığı "I. Ailenin korunması" iken, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 4'üncü maddesiyle "Ailenin korunması ve Çocuk Hakları" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca ek fıkra<sup>287</sup> ile "Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir" hükmü eklenerek çocuğun üstün yararı kavramı Anayasa' da ifade edilmiştir. Anayasa'da çocukların korunmasına ilişkin hükümler (TC Anayasası madde 10<sup>288</sup>, 17<sup>289</sup> ve 41<sup>290</sup>)

<sup>285</sup> Aydın İpek, 'Çocuk Haklarının Gelişimi Ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açından Değerlendirilmesi' (2012) 20 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151, 155. < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262769>> Erişim Tarihi 01.05.2020.; Selçuk Abdullah Evliyaoğlu, 'Çocuk Hakları Bakımından Anayasal Güvence Sorunu' (2011) I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2, Gülan A.,Şirin M.R.,Şirin M.C., (eds) Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 43, 45.

<sup>286</sup> Detaylı bilgi için bkz.: İpek, 161.

<sup>287</sup> Ek fıkra: 7/5/2010/ 5982 4. md.

<sup>288</sup> Kanun önünde eşitlik

"Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...)9 kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

<sup>289</sup> Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı

"Madde 17 – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (...)12 meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...)13 veya olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

<sup>290</sup> Ailenin korunması ve çocuk hakları

"Madde 41 – Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma

bulunmaktadır. Bu hükümler çocuğa ilişkin konuların yorumunda dikkate alınır<sup>291</sup>. Anayasa'da çocuk kavramı açısından evlilik içinde ya da evlilik dışında doğan çocuk ayrımı yapılmamış tüm çocuklar için genel koruma sağlanmaktadır<sup>292</sup>. Anayasa'nın 41.maddesi emredici hüküm olması hasebiyle madde hükmünde de belirtildiği üzere çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça çocuk, haklarını kullanabilir, tasarruf edebilir. Zira Anayasa'da yer alan sosyal devlet ilkesi gereği güçsüz çocuktan yana tavır alma, çocuğun korunması ve çocuğun yararının gözetilmesi gerekmektedir<sup>293</sup>.

Benzer yönde Federal Almanya Anayasası (Grundgesetz) evlilik, aile ve evlilik dışı çocuklar başlıklı 6. maddesinde<sup>294</sup> de diğer anayasalarda yer alan ailenin korunması, çocukların bakım ve eğitiminde ana babanın hakları ve yükümlülükleri, velayetin hangi durumlarda sona erdirileceği ve evlilik dışı çocukların eşitliği gibi konular da yer almaktadır. Hatta 20 Ocak 2021'de Alman Anayasasının ilgili maddesine çocuğun üstün yararının dikkate alınması hususu eklenmek üzere yasa tasarısı sunulmuştur. Bu yasa tasarısı şu şekildedir: "Bağımsız kişiliklere dönüşme hakları da dahil olmak üzere, çocukların anayasal haklarına saygı gösterilmeli ve korunmalıdır. Çocuğun yüksek yararı dikkate alınmalıdır. Çocukların anayasal savunma hakkı korunmalıdır. Ebeveynlerin birincil sorumluluğu etkilenmeden kalacaktır"<sup>295</sup>. Görüldüğü üzere Federal Alman Anayasası tasarısında da çocuğun yüksek yararı ifadesinin yer alması önerilmiştir.

---

*ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."*

<sup>291</sup> Öztan, *Aile Hukuku* 515.

<sup>292</sup> Öztan, *Aile Hukuku* 516.

<sup>293</sup> Serozan, 65, Problem çözümünde çocuğun yararı gözetilirken alınan kararların çocuk üzerinde doğuracağı sosyal, ekonomik, kültürel ve psikolojik sonuçlar da göz önüne alınmalıdır.

<sup>294</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası

Madde 6

(1) Evlilik ve aile, devlet düzeninin özel koruması altındadır.

(2) Çocukların bakımı ve yetiştirilmesi, ebeveynlerin doğal hakkı ve birincil görevidir. Devlet topluluğu onların faaliyetlerini izler.

(3) Yasal vasinin iradesine karşı, çocuklar ancak yasal vasi başarısız olursa veya çocuklar başka nedenlerle ihmal etmekle tehdit ederse, bir yasaya dayanarak aileden ayrılabilir.

(4) Her annenin toplumun korunması ve bakımına hakkı vardır.

(5) Mevzuat, gayri meşru çocukların, fiziksel ve zihinsel gelişimleri ve toplumdaki konumları için meşru çocuklarla aynı koşullara sahip olmalarını sağlar.

<sup>295</sup> "Çocukların bağımsız kişiliklere dönüşme hakları da dahil olmak üzere anayasal haklarına saygı gösterilmeli ve korunmalıdır. Çocuğun yüksek yararı yeterince dikkate alınmalıdır. Çocukların dinlenilme hakkı anayasal olarak korunmalıdır. Ebeveynlerin birincil sorumluluğu etkilenmeden kalır"

<<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/kinder-und-jugend/kinderrechte/kinderrechte-insgrundgesetz>>

Erişim Tarihi 16.09.2021.



Anayasamızda çocuğa ilişkin belirtilmesi gereken bir diğer husus ise 10. maddeye eklenen<sup>296</sup> “Çocuklar için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” hükmü ile çocuklar bakımından pozitif ayrımcılık yapılabileceğidir<sup>297</sup>. Zira çocuk için alınacak tedbir de ölçülülük ilkesinin ve çocuğun korunmaya değer yararının korunması hususunun dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak çocuklar –henüz- bağımlı, biyolojik olarak güçsüz, siyasi, ekonomik ve sosyal bakımdan da hem toplumda bazen de aile içinde dahi korunmaya muhtaç kesimi oluşturan bir gruptur<sup>298</sup>. Sosyal adalet ve toplumsal denge Anayasal bağlamda korunmaya muhtaç kesimin korunması ile sağlanabilecektir. Önemle belirtilmelidir ki çocukların korunmadığı ya da korunamadığı bir toplumda sosyal adalet ve toplumsal dengeden bahsedilemeyecektir. Lakin toplumsal denge her uyuşmazlıkta çocuğu lehine olacak şekilde karar verildiğinde değil, çocuğun korunmaya değer yararına olacak çözüm tercih edildiğinde sağlanacaktır.

#### ***b. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Çocuğun Korunması***

Türk milletlerarası özel hukukunda yukarıda da zikredildiği üzere Anayasa'nın 90. maddesi ve MÖHUK'un 1/ 2. maddesi gereği milletlerarası sözleşmeler uygulanacaktır. Bununla birlikte çalışma konusu MÖHUK çerçevesinde çocuğun üstün yararı ile sınırlandırıldığından bu kapsamda mülga (2675 sayılı MÖHUK) ve yürürlükte olan 5718 sayılı MÖHUK hükümleri çerçevesinde çocuğun korunması ve üstün yararı konusuna değinilecektir. Üçüncü bölümde 5718 sayılı MÖHUK bağlamında çocuğun üstün yararının kanunlar ihtilafı kurallarına yansımaları detaylı olarak incelenecektir.

Milletlerarası özel hukukta MÖHUK'un 16.maddesi<sup>299</sup> haricinde doğrudan çocuğun statüsü ile ilgili koruyucu bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira MÖHUK'ta çocuğa

---

<sup>296</sup> 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

<sup>297</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası Halk Neyi Oylayacak*, (1st edn, İmge Kitabevi Yayınları 2010) 257.

<sup>298</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.1988 Tarih ve 1988/33 Sayılı Kararına göre “sosyal devlet, güçsüzleri koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlüdür”. Ruhi and Özdemir, 6ff.

<sup>299</sup> MÖHUK m. 16/1 soybağının kurulmasına ilişkin hüküm, çocuğun statüsünü koruyucu bir amaç gütmektedir.

ilişkin özel bağlama kuralları bulunmamasının eksiklik olduğunu düşünmekteyiz. Mülga 2675 sayılı MÖHUK ile 5718 sayılı MÖHUK arasında çok farklılık bulunmamaktadır. Belli başlı değişiklikler çocuğun yararı bağlamında bu bölümde ele alınacaktır.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK' un 15.maddesi, “*evlilik içi, nesepe ilişkilerine uygulanacak hukuk, doğum anındaki evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuk*” olarak düzenlemiştir. Evlilik içi nesepte ortak payda aile bütünlüğü olduğundan baba ve müşterek çocuk için müşterek hukuka en yakın hukuka tabi tutulmaktaydı<sup>300</sup>.

Mülga MÖHUK'un 17. maddesi, Evlilik Dışı Nesepe başlığında “*Evlilik dışı çocuk ile ana arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ananın milli hukuku, çocuk ile baba arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ise babanın milli hukuku uygulanır.*” şeklinde düzenlemiştir.

5718 sayılı MÖHUK ise Mülga 2675 Sayılı MÖHUK'tan farklı olarak soybağının kurulması ve soybağının hükümlerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemede çocuk perspektifinden bakılarak çocuğun yararına öncelik vermiş ve çocuğa yakın kabul edilebilecek hukukların soybağı kurmasını esas almıştır<sup>301</sup>. 5718 sayılı MÖHUK, soybağına uygulanacak hukuku “doğum anı” ile sabitlenmiştir. Öğretide, statü değişikliğinde, çocuğun lehine sonuç doğuracak bir hukukun uygulanmasını mümkün kılan esnek bir düzenlemenin hükmün amacına uygun olacağı ifade edilmiştir<sup>302</sup>.

5718 sayılı MÖHUK'un 17. <sup>303</sup> maddesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan velayet ihtilaflarında yetkili hukuk tespit edilecektir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 19. maddesi velayet başlığını altında velayetin nesebi düzenleyen hukuka tabi olduğunu

---

<sup>300</sup> Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (16th edn, Beta 2020) 269.

<sup>301</sup> Çelikel and Erdem, 272.

<sup>302</sup> Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, ‘Yeni MÖHUK’a Göre Soybağı İlişkinine Uygulanacak Hukuk Sorunu’ (Soybağı) (2008) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı) 315, 318ff.

<sup>303</sup> Soybağının hükümleri

MÖHUK m. 17

“*Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutat mesken hukuku uygulanır.*”

Gerekçesi; Tasarının 16'ncı maddesinde soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbi tutularak, uygulanacak hukukta gereksiz bölünmelerden kaçınılmış ve bütünlüğün korunmasına dikkat edilmiştir.

düzenlemekteydi. Ancak 4721 sayılı TMK'nın, 734 sayılı mülga TMK<sup>304</sup>, da yer alan evlilik içinde doğmuş çocuk ile evlilik dışında doğmuş çocuk ayrımını kaldırmıştır<sup>305</sup>. Bu nedenle 5718 sayılı MÖHUK'ta evlilik içi soybağı ile evlilik dışı soybağı ayrımını TMK'ya uyumlu olarak kaldırmıştır. Evlilik içi nesep ilişkileri, doğum anındaki evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabidir.

Mülga MÖHUK'un 20.maddesinde “*Boşanmada velayet ve velayete ilişkin sorunlar hakkında boşanmanın tabi olduğu hukuk uygulanır.*” hükmü bulunmaktaydı. Bu çerçevede soybağı, evlilik içi ise evlenmenin hükümlerine uygulanan hukuk velayeti de düzenlemekteydi. Soybağı düzeltme ile kuruluyorsa bunun tabi olduğu hukuk, soybağı evlilik dışı ise bunun tabi olduğu velayeti de düzenlemekteydi.

5718 sayılı MÖHUK' a göre velayete uygulanacak hukuk, boşanmada velayet (MÖHUK m. 14/3) ve evlat edinmede velayet (MÖHUK m.18/3) madde hükümleri dışındaki hallerde soybağının hükümlerine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir<sup>306</sup>. Velayet ilişkisinde çocuğun üstün yararının korunması ilkesi gelişen milletlerarası bir uygulama olduğundan bu yeni tarihli kanunlara da yansımaktadır<sup>307</sup>. Akdi bir soybağı ilişkisi varsa; evlatlık gibi evlat edinmenin hükümlerini düzenleyen hukuk velayet ilişkisine de uygulanırdı.

Yeni 5718 sayılı Kanun ile soybağının kurulması ve soybağının hükümlerini aynı başlık altında düzenleyerek soybağı, evlilik içi veya dışı kuruluyor olsa dahi uygulanacak hukuk değişmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Bu hüküm ile evlilik içi, dışı çocuk ayrımı kaldırılarak çocuğun (üstün) yararı gözetilerek henüz doğmamış ya da doğmuş çocuğun aleyhine olabilecek durumlar bu şekilde bertaraf edilmiştir.

---

<sup>304</sup> 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 17.02.1926

<sup>305</sup> Mustafa Dural, Tufan Ögüz and Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (16<sup>th</sup> edn, Filiz Kitabevi 2021), 260.

<sup>306</sup> Çelikel and Erdem, 276.

<sup>307</sup> Huysal, 133.

## 2.6. Bölüm Değerlendirmesi

Çalışmanın esas konusunu oluşturan çocuğun –üstün- yararı kavramının ortaya çıkmasının sebebi ile milletlerarası ve iç hukukta çocuğun yararı ilgili düzenlemeler incelenmiştir. Çocuk ve yarar kavramları ile çocuğun üstün yararı kavramı Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında hem terminolojik olarak hem de hukuki olarak ele alınmıştır.

Çocuğun yararı zor anlaşılabilen, tanımı yapılamamış ancak tarif edilebilen bir kavramdır. Bununla birlikte hem anlamının hem de içeriğinin belirlenmesi ve uygulamada çocuğun yararına/lehine, çocuk için daha iyi olanı belirlemede önemli bir ölçüttür. Zira çocuk haklarının uygulanmasında bu kavramın hizmet ettiği amaç önemlidir. Çocuğun yararı kavramı, çocuğun isteklerini, fiziksel, zihinsel sağlığını ve gelişimini, çevresel etkenleri ve çocuğun ilişkileri gibi birçok unsur barındırmakta bunların her biri birlikte çocuğun üstün yararının belirlenmesini sağlar. Bu unsurlar her zaman çocuk için iyi olanın belirlenmesinde yeterli değildir bazı somut durumlarda birbiriyle çatışabilir. Böyle bir durumda hangisinin tercih edileceği, hangisinin çocuğun korunmaya değer yararı olduğu meselesi çocuğun üstün yararının belirlenmesinde önem arz eder. Bu durum çocuğun üstün yararının göreceli, soyut ve somut olaya göre değişen canlı bir kavram olduğunu gösterir.

Çocuğun üstün yararı alınacak kararlarda makamlar tarafından bir seçenek olarak değil, uygulanması zorunlu bir ilke olarak dikkate alınmalıdır. Çocuğun üstün yararı diğer yararlar (anne babanın ya da başka bir çocuğun yararı olabileceği gibi toplum yararı da örnek verilebilir) ile çatıştığında, diğer yararların yok sayılması ya da daha ağır basması, her durumda ve her koşulda çocuğun yararının merkeze koyulması çocuk cumhuriyeti kurulmasına sebep olabilecektir<sup>308</sup>. Çocuğun üstün yararı korunurken diğer yararlarla bir denge kurulmalıdır. Çocuğun yararının tüm yararlardan üstün olması istenen bir durum olmamakla birlikte üstün yararının bir sınırı olması gerekmektedir. Çocuğun üstün

---

<sup>308</sup> Zermatten, Working Report, 11.; Alain Finkelkraut, “La nouvelle statue de Pavel Morozov”, in Le Monde, 09.01.1990.

yararı ilkesi temelinde dengeli ve ölçülü olarak gözetilmelidir aksi takdirde çocuğun üstün yararı hiç korunamayacak adeta çocuk hakları ortadan kalkabilecektir<sup>309</sup>.

Sonuç olarak çocuğun aynı anda birden çok yararı olabilir ve çocuğun her yararının değil korunmaya değer yararının korunması gerektiğini düşünüyoruz. “Çocuğun üstün yararı” kavramı yalnız bir hukuki kavram olarak görülmemelidir. Gerçi bazı düzenlemelerde bu kavrama yer verildiği görülmektedir. Ancak bu kavramlaştırmanın başta Anayasanın eşitlik ilkesiyle de çeliştiğini belirtmek gerekir. Çocuğun yararı, bizzatihi kendiliğinden mutlak şekilde üstün olduğu için değil, bazı durumlarda hukuken korunmaya değer görüldüğü ve maddi olgusal olarak da korunma ihtiyacı bulunduğu için gözetilmektedir, yoksa diğer yararlar karşısında otomatik bir şekilde üstün tutma söz konusu değildir. Yani çocuğun her yararı üstün değildir. Bu itibarla, kavramsallaştırma bakımından “çocuğun üstün yararı” kavramının yerine “çocuğun üstün tutulan yararı” kavramının kullanılmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

---

<sup>309</sup> Zermatten, Working Report, 11.

### **III. BÖLÜM**

## **3. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNUN GENEL HÜKÜMLERİ (MESELELERİ) ÇERÇEVESİNDE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI**

### **3.1.Giriş Açıklamaları**

Bu bölümde çocuğun yararı ve üstün yararı Türk milletlerarası özel hukukunun genel hükümleri çerçevesinde incelenecektir. Birinci bölümde incelendiği üzere kavramın tanımı yapılmamıştır. Somut olaya göre değişebilir özellikleri ile canlı bir kavram olan çocuğun üstün yararı Türk milletlerarası özel hukukunda çocuğa ilişkin uyumsuzluklarda da bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmanın konusunu oluşturan çocuğun üstün yararının Türk milletlerarası özel hukukunun genel hükümlerinde nasıl ele alınacağı tartışılacaktır. Zira milletlerarası özel hukukun adalet anlayışı açısından ve menfaatler sisteminde çocuğun üstün yararı önemli bir ölçüt olmanın yanında çocuğu koruyucu etki de göstermektedir. Çocuğun yararının genel meseleler bağlamında ne kadar gözetilebileceği hususu bu bölümde tartışmaya açılacaktır. Çocuğun yararının sınırı ile çocuğun korunması genel meseleler bağlamında değerlendirilecektir.

### **3.2.Milletlerarası Özel Hukukunun Adalet Anlayışı Açısından Çocuğun Üstün Yararı**

Çocuğun yararının gözetilmesi ilkesi, MÖHUK'ta maddi adaleti gerçekleştirmeye yönelik ilkelerden birisidir. Maddi adaletin gerçekleştirilmesine yönelik bu ilkelerin hizmet ettiği öncelikli amaç, kanunlar ihtilafı hukukunun adalet anlayışından kaynaklanan mahzurların giderilmesine ve maddi hukuk adaletinin gerçekleşmesine yönelik katkı sağlamaktır. Zira, kanunlar ihtilâfı hukukunun adalet anlayışı maddi hukuk (normatif) adalet anlayışından farklıdır. Milletlerarası özel hukuk adaleti,

uyuşmazlığa uygulanması en doğru olan hukuku belirlemektir<sup>310</sup>. Gerçekten de adaletin sağlanması bakımından maddî özel hukukta kuralın maddî içeriği, kanunlar ihtilâfi hukukunda ise uygulanacak ülke hukukunun maddî olaya kişi, konu veya mekân yönünden yakınlığı belirleyicidir. Kanunlar ihtilâfi hukuku bakımından esas ve ön planda olan husus, uygulanacak ülke hukukunun belirlenmesinde adaletin sağlanmasıdır<sup>311</sup>. Nitekim milletlerarası özel hukukun adaleti, maddi hukuk adaletinden önce geldiğinden<sup>312</sup> sonuçta adil bir hukuk uygulanmayabilir. Milletlerarası özel hukukun adalet anlayışı, maddi sonucu en iyi veren hukuka değil, bilakis kişi, konu veya mekân ile en sıkı irtibatlı olan hukuka bağlanır<sup>313</sup>. Bu bakımdan esas itibariyle-maddi - sonuç körlüğü söz konusudur<sup>314</sup>.

Kanunlar ihtilafı hukukunda esas olan sonuç körlüğü olsa da çocuğun yararı yine de dikkate alınabilecek midir? Bu durumda cevaplanması gereken soru, sonuç körlüğüne katlanılacak mıdır yoksa hakkaniyet gerektiren durumlarda alternatif bağlama, koruyucu hükümler getirilerek veya başka bir metotla çocuğun yararı dikkate alınabilecek midir?

Milletlerarası özel hukuk adalet anlayışı bakımından ilk başta çocuğun durumunun özellik arz etmediği söylenebilir. Gerçekten de kanunlar ihtilafı hukuku kuralları (bağlama kuralları) kural olarak objektif vakaya yönelip, vakayla sıkı ilişkili olan hukukun uygulanmasına yönelir. Kural durum bu olsa da, milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamak için sıkı ilişki kuralından başka araçların da kullanılması söz konusudur. Örneğin, çocuğun yararı, kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının konularına göre ayrıştırılmak suretiyle dikkate alınabilir veya konulara göre farklı bağlama noktaları öngörülebilir. Soybağı bağlama kuralında birden çok bağlama noktasına da

---

<sup>310</sup> Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (Vedat 2020) 11.; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta Yayıncılık 2021) 29ff.

<sup>311</sup> Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş Yayınevi 2019) 196.

<sup>312</sup> Can and Tuna, *MÖH* 103.; Doğan, 198.

<sup>313</sup> Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (Filiz Kitabevi 2021) (*DHH 2021*).; Şanlı Esen and Ataman Fıganmeşe, 29ff ; Çelikel and Erdem, 33ff.

<sup>314</sup> Can and Tuna, “MÖH” 103.

yer verilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Nihayet diğerk bir araç ise çocuklara ilişkin özel kanunlar ihtilâfî kuralları getirilebilir<sup>315</sup>.

Bununla birlikte çocuğun söz konusu olduğu durumlarda çocuğun yararının öncelikli olarak gözetilmesi gereken yararlar arasında olduğu söylenebilir. Gerçekten de çocuğun toplumsal yaşamda korunması gerektiği aşikârdır. Bu yönde çok sayıda çocuğu koruyucu düzenlemeler bulunmaktadır. Çocuğun korunması hem devletin sosyal devlet ilkesi hem de zayıfın korunması ilkelerinin temelinde yer aldığından, çocuğun yararının gözetilerek bağlama kurallarının oluşturulması aynı zamanda milletlerarası özel hukuk adaletinin de sağlanmasına katkıda bulunur. Çocuğa ilişkin koruyucu düzenlemelerin kanunlar ihtilafî hukuku alanında kamu hukuku karakterli doğrudan uygulanan kuralları içerebileceğini de gözden kaçırmamak gerekir.

Ayrıca uygulanacak ülke hukukunu bertaraf edilebilme imkânının da maddi adaletin tecellisine hizmet eden bir işlev görebileceğini belirtmek gerekir. Maddî olayda, bağlama kuralının yetkilendirdiği ülke hukukunun değil, başka bir ülke hukukunun uygulanması gerekebilir. Böyle gereklilikler MÖHUK'un birçok yerinde dikkate alınmıştır. Çocuğun yararının korunması özeli bağlamında diğerklerinin yanı sıra özellikle Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile Türk kamu düzeninin müdahalesi de söz konusu olabilir.

Daha önce ele alındığı üzere zayıf tarafın korunması, dolayısıyla da zayıf tarafın durumunun gözetilmesi esastır. Özel hukukun her alanında uygulamada ortaya çıkan boşluklarda çocuğun yararının da gözetilmesi gerekir. Bu durum özellikle kanunlar ihtilafî hukukunun genel meselelerinin çözümlenmesi için geçerlidir. Ezcümle, kanunlar ihtilafî genel meselelerinde maddi adaletin sağlanabilmesi için çocuğun durumunun her somut olayda ayrıca değerlendirilmesini gerektirebilir.

---

<sup>315</sup> MÖHUK'ta taşınmazlara ilişkin sözleşmeler ile tüketici ve iş sözleşmeleri için özel kanunlar ihtilâfî kuralları (özel bağlamalar) öngörülürken (MÖHUK m. 25-27) çocuklara ilişkin özel bir bağlama kuralına yer verilmiş değildir.



### 3.3.Milletlerarası Özel Hukukun Menfaatler Sisteminde Çocuğun Üstün Yararı

Çocuğun yararı, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde de gözetilmesi gereken bir durum olarak karşımıza çıkar. Belirtildiği üzere çocuğun yararı da hukukta korunmaya değer bir menfaattir. Çocuğun yararının gözetilmesi, Türk milletlerarası özel hukuku adaletinin sağlanması için de önemlidir.

Konunun çerçevesinin daha iyi bir şekilde ortaya koyulabilmesi için burada öncelikle milletlerarası özel hukukun menfaatler sistemine değinilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ilk önce milletlerarası özel hukukun menfaatler sistemini açıklanacak, daha sonra da çocuğun yararının menfaatler sistemindeki yeri ve önemi belirlenmeye çalışılacaktır.

Bilindiği üzere, milletlerarası özel hukuku adaletinin temelinde de birtakım menfaatler bulunur. Kanunlar ihtilâfi kuralları belirlenirken, diğer kurallarda da olduğu gibi bazı menfaatlerden hareket edilir<sup>316</sup>. Milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak her menfaat gözetilir.

Milletlerarası özel hukuk menfaatler sisteminde bağlama noktası belirlenirken tarafların menfaati gözetilir, uyuşmazlıkta taraflardan birinin çocuk olması halinde çocuğun yararı da devreye gireceğinden bağlama noktası belirlenirken bu durumun gözetilmesi gerekmektedir.

Çocuğun yararı hukukun genel ilkesi olarak da dikkate alınır, ancak MÖHUK'ta çocuğun korunmasına hizmet eden bağlama kuralı ve özellikle de çocuğun yararına yönelik bağlama noktası son derece sınırlıdır. Özellikle soybağına ilişkin kuralın çocuğun yararına hizmet ettiği söylenebilir. Her ne kadar bağlama noktası yönünden çocuğun yararı çok dikkate alınmamış olsa da özellikle MÖHUK'un uygulama

<sup>316</sup> Can and Tuna, "MÖH" 69: Kanunlar ihtilâfi hukuku adaletinin gerçekleştirilmesi açısından önem arz eden menfaatler genel olarak, taraf menfaati (taraflar arasında adaletin sağlanması), işlem menfaati (işlem güvenliğinin sağlanması), düzen menfaatleri (milletlerarası karar ahenginin sağlanması, millî karar ahenginin sağlanması), diğer düzen menfaatleri gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati), maddî hukuk menfaati, devlet menfaati (toplumun temel yapısı ve temel menfaatlerinin korunması) şeklindedir.

alanlarında ortaya çıkan boşlukların doldurulmasında çocuğun yararının gözetilmeyeceği sonucuna varmak da mümkün değildir.

Hem ulusal (iç) yargı kararları arasındaki ahengi hem de ülkelerarası (dış) yargı kararları arasındaki ahengi için milletlerarası alanda bağlama noktaları bakımından yeknesaklık sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunun en önemli göstergelerinden birisi de çocukla ilgili bağlama kurallarında çocuğun yararına olan bağlama noktalarının öne çıkarılmış olmasıdır. Nitekim çocuk açısından MÖHUK'ta vatandaşlık, milletlerarası sözleşmelerde ise genelde mutad mesken bağlama noktalarına öncelik verildiği görülmektedir<sup>317</sup>. Günümüzde yabancı unsurlu evliliklerde ve ayrıca müşterek mutad mesken bağlama noktasında önem arz eden vatandaşlık esaslı yeni düzenlemeler sayesinde Avrupa Milletlerarası Aile Hukukunda artık önemli rol oynayacaktır<sup>318</sup>.

Her somut olayda çocuğun yararı değişebileceğinden sabit bağlama noktalarının her durumda çocuğun yararına olacağı söylenemeyecektir. Çalışma kapsamında değinileceği üzere her bir bağlama noktasının çocuğa etkisi farklı olacaktır. Dolayısıyla çocuğun yararı, taraf menfaatinin ötesinde öncelikli olarak ama menfaatler dengesine uygun şekilde korunması halinde milletlerarası özel hukuk adaleti sağlanabilecektir.

---

<sup>317</sup> “Mutad mesken” kavramı ilk defa 1902 tarihli Vesayete İlişkin La Haye Sözleşmesi'nin 2.maddesinde kullanılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Ali Gümrah Toker, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı*, 1.Baskı, (Adalet Yayınevi 2020); Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, (Milletlerarası Yetki), 2. Bası (Beta 2000) 89, 92; Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken Ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (1st edn, Naturel Yayıncılık 2003) 41.; İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı (Mutad Mesken)* (1st edn, On İki Levha Yayınevi 2014); Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Korunan Çocukların İadesi*, (Çocukların İadesi) (1st edn, Beta Yayınevi 2010) 57.; Gerhard Hohloch, ‘Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft’ (Devletler Topluluğunda Kanunlar İhtilafı Hukuku): Avrupa Birliği'nde Uluslararası Özel Hukuk ve Usul Hukukunun Yapısına Dair, FS Hans Stoll (2001), 533.; Dieter Henrich, ‘Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip? (Vatandaşlık Prensibinden Ayrılma mı?)2, in: FS-Stoll 2001, 437. vd. (29. 5.2000 tarihli Avrupa Konseyi'nin (EG) 1347/2000 sayılı yönetmeliği, ABI. EG 2000, Sayı L160, s.19) Yer değişikliğine imkân veren ve belli bir süre için değişmeyen bağlama noktası, Avrupa kıtasının geleneksel tabiiyeti esas alan bağlama noktası yerine geçecektir. Sürekli tabiyet bağlama noktasının esas alınmasından vazgeçilmelidir (Hochloch).

<sup>318</sup> Gerhard Hohloch (Çeviren: Yıldız Abik), ‘Nafaka Statüsü ve Hukuk Seçimi’ (Nafaka) (2011) 2 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 523, 533.

### 3.4.Kanunlar İhtilafı Hukuku Genel Meselelerinde Çocuğun Üstün Yararı

#### 3.4.1. Genel Açıklamalar

Kanunlar ihtilafı hukukunun genel meselelerinde çocuğun yararının göz önünde bulundurulması ve somut olayda açıklığa kavuşturulması gereken önemli konulardan biridir. Bu bakımdan hemen genel olarak söylenebilir ki, kanunlar ihtilafı hukuku meselelerinin çözümünde çocuğun korunmaya değer yararlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bununla birlikte, çocuğun yararının özel olarak gözetilmediği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin böyle durumlardan biri yabancılık unsuru için söylenebilir. Maddi olaydaki uyumsuzluğun başka bir ülke hukuku ile de irtibatlanması şeklinde ifade edilen yabancılık unsuru<sup>319</sup>, tümüyle objektif bir duruma ilişkin olup bir şeyin korunmasına hizmet eden bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenle yabancılık unsurunun tespitinde işin mahiyeti gereğince çocuğun yararı dikkate alınmaz. Yabancılık unsurunun varlığının çocuğun yararına göre değişkenlik arz etmesi işin objektif mahiyetiyle bağdaşmaz.

Yine bağlama noktalarının yorumlanması ve kapsamının belirlenmesinde de çocuğun yararı belirleyici değildir. Çünkü bağlama noktaları kişinin vatandaşlığı, ikamet yeri, mutlak mesken, ifa yeri, sözleşmenin bulunduğu yer gibi objektif durumlara ilişkindir. Bunların yorumlanması ve belirlenmesinde menfaatlerin tartılması söz konusu değildir. Bağlama noktalarının yorumlanması ve belirlenmesi tümüyle nesnel noktalara yöneliktir. Hal böyle olmakla birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere, bağlama noktası belirlenirken çocuğun yararı gözetilebilir veya bu amaç doğrultusunda kaçış (istisna) hükümleri getirilebilir.

Buna karşılık, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılmasını ifade eden atıfta ise, aşağıda da detaylı olarak inceleneceği üzere çocuğun yararının dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalı olduğunu belirtmek

<sup>319</sup> Yabancılık unsuru hakkında bilgi için bkz. Ergin Nomer, 'Davada Yabancı Kanun', İstanbul Üniversitesi Yayınlarından Numara: 1739, Hukuk Fakültesi No: 382 (Fakülteler Matbaası 1972) 1ff; Gerhard Kegel, 'Die Ermittlung ausländischen Rechts, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht' in Dierk Müller Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht (Ermittlung) (1st edn, De Gruyter 1968) 157ff. ; Can and Tuna, *MÖH* 43.; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 5.; Doğan, 2.

gerekir. Buna benzer tüm hususlar aşağıda Türk milletlerarası özel hukukunun genel meseleleri bağlamında tartışmaya açılacaktır.

### 3.4.2. Vasıflandırmada Çocuğun Üstün Yararı

Kanunlar ihtilafı hukukunda bağlama konusu kapsamında ele alınacak bir olayın hukuki nitelendirilmesine vasıflandırma denilmektedir<sup>320</sup>. Milletlerarası alanda tüm özel hukuk sistemlerinin kavram ve içerikleri birleştirilemediğinden vasıflandırma sorunlarıyla karşılaşmaktadır. Kanunlar ihtilafı bağlamında yapılan vasıflandırma ile maddi hukukta yapılan vasıflandırma her zaman birebir örtüşmeyebilir. Kanunlar ihtilafında yapılan vasıflandırma uygulanacak hukukun değişme ihtimalini beraberinde getirebilir. Kanunlar ihtilafının amacı sıkı ilişkili hukuku tespit etmektir. Örneğin, evlilik ilişkisinde kadının evlenmesi ile eşinin soyadını almasında soyadı meselesi, aile hukuku meselesi mi yoksa şahsi statü mü olarak değerlendirilecek buna bağlı olarak da çocuğun soyadı hak ehliyeti bağlamında şahsi statü mü yoksa aile hukuku meselesi olarak değerlendirilerek soybağı hükümlerine mi tabi olacaktır?<sup>321</sup> İşte kanunlar ihtilafında yapılan vasıflandırma uygulanacak hukukun değişme ihtimalini bünyesinde barındırdığından vasıflandırma sonucuna göre çocuğun yararı da etkilenebilecektir. Hâkimin hukuku (*lex fori*) ile davanın esası bakımından yetkili olan yabancı hukuk (*lex causae*) arasındaki uyumsuzluk, davaya konu edilen hukukî uyumsuzluğun dâhil edileceği hukuk alanını tartışmalı hale getirebilir. Yine mahkemenin hukuku tarafından bilinmeyen bir müessesenin nasıl ele alınacağı da vasıflandırma sorununa yol açar.

Türk kanunlar ihtilafı hukuku öğretisindeki genel eğilim kural olarak bazı istisnalar dışında vasıflandırmanın öncelikle hâkimin hukuku (*lex fori*) esas alınarak yapılması gerektiği yönündedir<sup>322</sup>. Hâkim olayda, uygulayacağı hukuk ile kendi hukuku arasında

<sup>320</sup> Vasıflandırma konusunda bkz. Nomer, *DHH 2021* 96ff. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 55ff; Çelikel and Erdem, 81ff; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12nd edn, Beta Basım 2016) 40-44; Doğan, 170, 173.; Can and Tuna, *MÖH* 157.; L. Collins and Morris Dicey, *on the Conflict of Laws*, Briggs, A./Harris, J./Mc Clean, J.D./Mc Lachlan, C./Morse, C.G.J (8eds) (2006) 14 (I) 38.

<sup>321</sup> Sonraki bölümde detaylı olarak açıklanacaktır.

<sup>322</sup> Nomer, *DHH 2021* 100ff.; Muammer Raşit Seviğ and Vedat Raşit Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku* (3rd edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1962) 412; Osman Fazıl Berki, *Türk Hukukunda Kanun İhtilafı (İhtilaf)* (2nd edn, Ankara Üniversitesi 1971 Yayınevi) 40; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 59ff.; Doğan, 217.; Kazım Sedat Sirmen, 'Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı

benzerlik ya da yakınlık bulamazsa “*lex fori*” vasıflandırma işlevsiz hale gelecektir. İşte bu nedenle ilk (*prima facie*) olarak gözükmeyen ancak geniş yorumlandığında uygulanacak hukuk ile for hukukunda olan benzer kavramlar for hukukunda yer alan yerel (mahallî) kategorilerin kapsamına alınabilir<sup>323</sup>.

Bu metot bir yönüyle intibak ile de ilişkilidir<sup>324</sup>. Bununla beraber, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti için *lex fori*'nin kişinin menfaatleri doğrultusunda geniş yorumlanarak, kişinin yararının milletlerarası boyutta korunmasının *lex fori*'nin uygulanmasından ziyade *lex causae*'nin uygulanması ile sağlanacağını savunanlar da vardır<sup>325</sup>. Vasıflandırmaya ilişkin bu yöntemler, hâkime yabancı unsurlu uyuşmazlıkları çözerken yol göstermektedir. Katı şekilde kullanılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>326</sup>. Günümüzde de vasıflandırmaya ilişkin uyuşmazlıkların somut olayın kendi özelliklerine, hakkaniyete ve korunmaya değer menfaatlere en uygun yöntemin esas alınarak çözümlenmesi gerektiği fikrinin öne çıkmaya başladığı da görülmektedir<sup>327</sup>. Hâkim yalnızca iç hukuk kurallarının yorumlanması ile sınırlanmamalı ve bir müessese *lex fori*'de bulunmadığı için reddedilmemelidir<sup>328</sup>. Yine *lex fori* veya *lex causae* vasıflandırmanın katı bir şekilde uygulanması bazen çocuğun yararına olmayabilir.

Vasıflandırmanın somut olayın özellikleri çerçevesinde korunmaya değer menfaatler göz önünde bulundurularak yapılması gerekir<sup>329</sup>. Kanunlar ihtilafı hukuku alanında öncelikle korunması gereken yararlardan biri de çocuğun yararidir. Çocuğun yararının

---

Hukukunda Düzenlenişi' (2009) 58 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 825, 828.; Can and Tuna, *MÖH* 157.

<sup>323</sup> Sirmen, 825ff.: “Uluslararasılaştırılmış *lex fori*” için bkz. Otto Kahn-Freund, ‘General Problems of Private International Law’, (1974/III) 143, *Recueil des Cours*, 227.; Christopher Forsyth, ‘Characterisation Revisited: An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws’ (1998) 114 (1) *Law Quarterly Review*, 141; Veronique Allarousse, ‘A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law’ (1991) 23 (3) *Case Western Reserve Journal of International Law*, 479, 503.

<sup>324</sup> Nomer, *DHH 2021* 134.: Diğer hukuka uydurulan veya bir diğer hukuk ile uyumlaştırılan veya mukayese edilen bir hukuk düzeni veya hukuk normu yoktur. Sadece kalıbı değişikliğe uğrayan, kendisinde değişiklik olmayan, hükmünü aynen muhafaza eden bir hukuk düzeni veya hukuk normu vardır. Burada intibaktan söz edilmektedir.

<sup>325</sup> Nomer, *DHH 2021* 101ff; Doğan, 214ff; Çelikel and Erdem, 86.

<sup>326</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 59ff.

<sup>327</sup> Nomer, 103; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 59; Çelikel and Erdem, 86; Huysal, 111; Doğan, 183ff.

<sup>328</sup> Çelikel and Erdem, 86.

<sup>329</sup> Detaylı bilgi için bkz. Nomer, 103ff; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 56ff.; Huysal, 112.

prensip itibariyle en iyi şekilde korunması esas olduğundan vasıflandırma yapılırken çocuğun yararına olan durum esas alınmalıdır. Ancak, önceden de vurgulandığı gibi, çocuğun yararının da korunmaya değer bir yarar, yani diğer yararlar karşısında daha üstün olan bir yarar olması gerekir. Üstünlük ise somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Vasıflandırma sorunları şüphesiz bunlardan ibaret değildir. Gelişen dünyada birçok yeni durum oluşmaya başlamıştır. Bunların başında yeni yaşam modelleri<sup>330</sup> ve taşıyıcı annelik<sup>331</sup> gelmektedir. Bu yeni durumların mahiyetinin tespiti de vasıflandırma sorunlarını beraberinde getirebilmektedir. Hukuk dünyasında artık dikkate alınmaya başlayan bu yeni durumlar çocuklar üzerinde de etkiler gösterebilmektedir. Örneğin çocuğun soybağı, vatandaşlığı, velayeti, vesayeti, nafakası, mirası, evlat edinilmesinin bu yeni durumlar karşısında yeniden konumlandırılması gerekmektedir.

Bu bağlamda öncelikle ele alınması gereken husus, bunların vasıflandırılması yapılırken çocuğun yararının ne oranda dikkate alınabileceğine ilişkindir. Soybağının kurulması, taşıyıcı annelik, aile kurma amaçlı evlilik benzeri veya birlikte yaşam modellerinde dünyaya gelen çocukların soybağı, velayetin tanımı, kapsamı, eşlere yüklediği yükümlülükler ile velayet hakkının kötüye kullanılmasının şartları, nafaka, evlat edinme, miras gibi çocuğun korunmasını gerektiren hallerde yapılacak vasıflandırmalarda çocuğun durumunun (yararı) gözetilip gözetilmeyeceği bir sorun olarak ortaya çıkabilir. Bu bakımdan çocuğun yararının kanunlar ihtilafı hukuku menfaatler sisteminde özel bir yere sahip olduğunu belirtmek gerekir.

Evlilik benzeri yaşam modellerinin vasıflandırılması da çocuğun durumunu yakından ilgilendirir. Bilindiği üzere, bazı Avrupa ülkelerinde aynı cinsiyete tabi kişilerin birlikteliği veya benzeri birlikte yaşam modelleri evlilik benzeri birliktelikler olarak

---

<sup>330</sup> Clar Cortina and Patrick Festy, 'Same-Sex Couples and Their Legalization in Europe': Laws and Numbers. In: Digoix M. 2020 (eds) Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe. European Studies of Population (Springer) Vol 24.

<sup>331</sup> Detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, 'Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar', ( Taşıyıcı Annelik), MHB (2016) Cilt: 36, Sayı: 2, 1-51; Candan Yasan, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı' (Taşıyıcı Annelik) (2019) 14 (177-178) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2019) 1219-1262.; Cemile Turgut, *Yapay Döllenne, Taşıyıcı Annelik Ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2016)

kabul edilmektedir<sup>332</sup>. Bu tür birlikte yaşamalar, Türk maddi hukukunda düzenlenmemiş müesseselerdir.

Evlilikte olduğu gibi evlilik benzeri veya birlikte yaşam modellerinde çiftlerin beraberliği, soybağı, velayet, nafaka, miras gibi farklı alanlarda da etki doğuracak ve çocuğu birçok yönden etkileyecektir<sup>333</sup>. Yabancı öğretilerde, kayıtlı birlikteliklerin çocuk üzerindeki etkileri, mirasa veya nafakaya etkileri gibi konularda bağımsız bağlama kurallarının oluşturulması gereğine dikkat çekilmektedir<sup>334</sup>. İşte bu olayların kanunlar ihtilâfı hukuku anlamında da evlilik kavramı altında toplanıp toplanamayacağı ya da nasıl vasıflandırılacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya cevap verilirken çocuğun yararının ne oranda dikkate alınacağı ise apayrı bir sorun olarak baş göstermektedir. Genel kural vasıflandırmanın öncelikle *lex fori*'ye göre yapılacağı şeklindedir ancak böyle durumlarda *lex fori* vasıflandırmanın hem milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması hem de çocuk açısından uygun olmaması halinde vasıflandırmanın *lex causae*'ye göre yapılabilmesinin çocuğun yararına olacağı kanısındayız.

Evlilik dışı veya benzeri birlikte yaşam modellerinin Türk kanunlar ihtilafı hukukunda evlilik yaşamı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu sorunludur<sup>335</sup>. Bu noktada bu birlikteliklerin evlilik olarak nitelendirilmesinden ziyade

<sup>332</sup> Necla Öztürk, *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*, (Model), (Adalet 2015) 235.; Valentina Mazzucato and Jamila Schansd, "Transnational Families and the Well-Being of Children": Conceptual and Methodological Challenges, *Journal of Marriage and Family* 73 (August 2011): 704 – 712; Giacomo Biagioni, "On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships", 359-381.Ed. Gallo, Daniele/ Paladini, Luca/ Pustorino, Pietro: *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions* (Springer 2014) 370.

<sup>333</sup> Öztürk, "Model" 235.

<sup>334</sup> Summer Curry, 488; Harnois- Hirsch, 50: Öztürk, Model'den naklen.; Devers, Alain, Çevirenler/ Bilgin Tiryakioğlu and Necla Öztürk: "Evlilik Dışı Beraberliklerin Milletlerarası Özel Hukuk Yönü Uygulanacak Hukuka İlişkin Fransa'daki Bazı Görüşler", MHB (2017) Cilt: 37, Sayı: 2, 963-994.

<sup>335</sup> Detaylı bilgi için bkz. Candan Yasan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri*, (Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2013); Öztürk, Model, s. 8'den naklen dn.8. Çalışmada common law evlilik, kayıtlı birliktelik, uzun süreli birlikte yaşama, aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modelleri olarak adlandırılmıştır. Türk maddi hukukunda common law evlilik (resmi nikahsız birlikte yaşama), kayıtlı birliktelik ve uzun süreli yaşam modelleri düzenlenmemiş olmasına rağmen bu modellerin ortak özelliği evlenme niyeti değil aile kurma amacı olduğu esastan yola çıkarak bu modellerin şekil ve esas bakımından evlilik olarak nitelendirilemeyeceği görüşü bulunmaktadır. Bununla beraber hem toplumda hem de öğretilerde aile tanımında esas alınması gereken kriterin evlilik ya da akrabalık ilişkisinden ziyade duygusal bağ olduğu görülmüştür. Bu konuda bir hukuk boşluğu bulunmaktadır. Söz konusu müesseseler aslında alternatif aile kurma modelleri veya çiftlerin birlikte yaşam formları şeklinde adlandırılmıştır. Fikriye Ceren Sadioğlu, "Evlilik Dışı Hayat Ortaklığı Sona Eren Kadının Mali Hakları" II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu (Cilt 1), Edt. Gökalp Alica, Suzan Süheyla and Necdet Basa, 493-514; Öztan, *Aile Hukuku* 105; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, 3. Bası, (Filiz Kitabevi 1986) 84.

vasıflandırılmasında çocuğun yararının nasıl korunduğu hususu konumuz bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle çocuğun yararı ile kesiştiği noktalar bağlamında inceleme yapılacaktır.

Evlilik altında vasıflandırma yerine çocuğun yararı için soybağının kurulması sonucunu doğurmayan ilişkilerin evlat edinme ilişkisi ya da vesayet ilişkisi<sup>336</sup> olarak da vasıflandırılacağı görüşü bulunmaktadır<sup>337</sup>. Küçük çocuğun bu yaşam formunda uzun süre boyunca aile halinde birlikte yaşayacak ve çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu aile tarafından yapılacak ise koruyucu aile<sup>338</sup> kurumu ya da benzeri kurumlara (kafalah gibi) yaklaştığı ölçüde kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında evlat edinme kapsamında (MÖHUK'un 18.maddesi) değerlendirilebileceği kanısındayız<sup>339</sup>. Bu yaklaşımın hukuki soybağı ilişkisi bulunmasa dahi *de facto* bir aile hayatı ilişkisinin bulunmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi kapsamında "aile hayatı" olarak kabul eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı<sup>340</sup> ile uyum içinde olacaktır.

Türk hukukunda evlilik benzeri yaşam kurma modellerine ilişkin şekil ya da esas bakımından düzenleme bulunmadığından milletlerarası unsurlu evlilik benzeri yaşam kurma modellerinde bu birliktelikler sonucu dünyaya gelen çocukların soybağı, velayet, nafaka, miras ve nafakaya ilişkin uyuşmazlıklarında Türk hâkimi, uyuşmazlığı çocuğun yararını da gözeterek çözümleneceği söylene de diğer yandan da bu yönden Türk kamu düzeni müdahalesinin gelebileceğini de unutmamak gerekir. Hangisinin esas alınacağı

<sup>336</sup> Detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman and Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 1988) 423.; Öztan, *Aile Hukuku*, 747; Akıntürk and Ateş, 470; Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu, Şeref Ertaş and Damla Gürpınar, *Medeni Hukuk*, 10. Baskı, (Turhan Kitabevi 2018) 1143; Feyzi N. Feyzioğlu: *Aile Hukuku*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1986) 625; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7th edn, Filiz Kitabevi 1990) 621; Bülent Köprülü and Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (1st edn, Özdem Kardeşler Matbaası 1989) 310; Nevzat Koç, 'Türk Medeni Kanundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış' (2005) 7 (Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan) 99.; Emine İlyaz, 'Milletlerarası Aile Hukukunda Çocuğun Vesayeti', Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019; Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet (Vesayet)*, (2011/1) Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Ata Sakmar'a Armağan 22ff; Serozan, 257.

<sup>337</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 219.

<sup>338</sup> Koruyucu aile hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekin Ömeroglu 'Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi' (2022) 42(1) PPIL 1-25.

<sup>339</sup> Benzer yönde Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 219.; Hatice Selin Pürselim, 'Milletlerarası Evlat Edinmeye Uygulanacak Hukuk', (Evlat Edinme), VII. International Multidisciplinary Congress of Eurasia-IMCOFE'19 (Antalya: 24-26 April 2019) Proceeding&Abstract Book, 2019, 332.

<sup>340</sup> Moretti ve Benedetti v. İtalya no. 16218/07, 27.04.2010.; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, (AİHS) (1st edn, Adalet 2020) 229.



bir mesele olarak karşımıza çıkar. Konu sistematik nedenlerle aşağıda ele alınacaktır. Vasıflandırmada çocuğun durumunu taşıyıcı annelik ve vesayet bakımından incelenecektir.

### **A. Vasıflandırmada Taşıyıcı Annelik**

Vasıflandırmada çocuğun yararının gözetilip gözetilmeyeceği bakımından önem taşıyan ve yargı kararlarına konu olmuş bir diğer husus taşıyıcı anneliktir. Türk hâkiminin bu ilişkiyi (evlilik ya da evlat edinme gibi aile hukuku ya da borçlar hukuku bağlamında) bir bağlama konusu altında vasıflandırması gerekecektir<sup>341</sup>. Taşıyıcı annelik henüz yeni bir kavram olduğundan vasıflandırma, ön sorun, kamu düzeni gibi milletlerarası özel hukukun genel meseleleri bağlamında birçok sorun ortaya çıkmaktadır. Konumuz kapsamında yalnızca çocuğa ilişkin sonuçlar bakımından incelenecektir.

Gelişen ve değişen dünyada geleneksel annelik tanımı da değişmektedir. Hatta öyle ki milletlerarası öğretide artık anneliğin ve babalığın genetik bir bağdan ziyade “niyet” kriterinin de mevcudiyetinden söz edilmektedir<sup>342</sup>. Hukuk düzenlerinin günümüz teknolojisi ve her geçen gün gelişen üreme tekniklerinden biri haline gelen taşıyıcı anneliğe karşı kayıtsız kalamayacağı ve özellikle soybağının kurulması ve sonuçlarının bu gerçeğin göz önünde bulundurulmasıyla yenilenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>343</sup>. Şu anda var olan hukuk düzeni taşıyıcı anneliğe ilişkin sorunları çözmekten uzaktır.

Taşıyıcı annelik her hukuk düzeninde farklı düzenlemelere tabi tutulmuş ya da hiç düzenlenmemiştir. Türk hukukunda, taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitine ilişkin yasal düzenleme bulunmadığı gibi, taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin öğretide birçok görüş bulunmaktadır<sup>344</sup>. Örneğin Türkiye’de

---

<sup>341</sup> Ahsen S. Türkmen, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik’ Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, Ed. Günseli Gelgel Öztekin and Faruk Kerem Giray, (Beta 2017) 137-190.

<sup>342</sup> Sarah Mortazavi, “It Takes a Village to Make A Child: Creating Guidelines For International Surrogacy”, Georgetown Law Journal, 2012, 2249, 2277, <<http://georgetownlawjournal.org>> Erişim Tarihi 01.05.2021.

<sup>343</sup> Martin Engel, ‘Cross Border Surrogacy: Tie For a Convention’, Social Science Research Network, 2013, 17 <<http://papers.ssrn.com>> Erişim Tarihi 01.05.2021.; Ebru Şensöz Malkoç, Boşluk 93; Metin, 48.

<sup>344</sup> Ebru Şensöz Malkoç, ‘Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk’ (Sözleşme) (2015) 35 (2) MHB 23,26.

taşıyıcı annelik yasaklanmıştır ve tüm bu yasaklara rağmen bu ülkelerde taşıyıcı annelik yoluyla bir doğum gerçekleşmişse yasal annelik kuralları uygulanacaktır. Bir başka deyişle “çocuğu doğuran çocuğun annesidir” genel kuralı çerçevesinde taşıyıcı anne çocuğun yasal annesi olacak ve evliyse taşıyıcı annenin kocası da çocuğun yasal babası olarak kabul edilecektir<sup>345</sup>. Keza Türk Medeni Kanunu’un 282. maddesi gereğince de “*çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulur*” iken “*baba ile çocuk arasındaki soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur.*” demek suretiyle, anne, baba ile çocuk arasında kurulacak olan soybağı düzenlemesine yer verilmiştir. Taşıyıcı annelik ile dünyaya gelen çocukların soybağının kurulmasında Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılacağından<sup>346</sup> tanıma taleplerinin dinlenebilmesi için öncelikle - yasal anne babalık ön sorunu çözümlenmelidir<sup>347</sup>. Ön sorun çözümünden önce bu ilişkinin vasıflandırılması, doğuracağı sonuçlar bakımından oldukça önem taşımaktadır. Yabancı yargı kararları örnekleri ile Türk hukukunda taşıyıcı anneliğin vasıflandırılmasına değinilecektir.

Türk maddi hukukunda bu sözleşme aile hukukuna ilişkin bir sözleşme değil de borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edildiğinden<sup>348</sup> Türk hukukuna göre taşıyıcı annelik sözleşmesi kira, satım, istisna ya da ödünç sözleşmesi<sup>349</sup> olarak değerlendirilmektedir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin borçlar hukukuna değil de vekalet sözleşmesini de kapsayan isimsiz aile hukukuna ilişkin sözleşme olarak kabul edildiğine dair görüş<sup>350</sup> de bulunmaktadır. Türk hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmesi, hem aile hukuku hem de borçlar hukuku kapsamında sonuçlar doğuran bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir<sup>351</sup>. Ancak bu noktada taşıyıcı anneliğin sonuçları itibarıyla sosyal bir olaya ilişkin olduğu gerçeği yadsınamayacaktır. Dolayısıyla taşıyıcı anneliğe ilişkin çıkabilecek muhtemel problemlerin çocuğa ilişkin yönleri de olduğundan bu ilişkinin

<sup>345</sup> Ör: Almanya Medeni Kanunu (ZGB) md. 1591 ve 1592

<sup>346</sup> Yasan, ‘Taşıyıcı Annelik’ 1219ff.

<sup>347</sup> Ağaoğlu, 466.

<sup>348</sup> Detaylı bilgi için bkz. Şensöz Malkoç, ‘Sözleşme’ 26.; Sinan Yılmaz, ‘Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim ‘Surrogate Motherhood’, 2002, <[www.istanbul.edu.tr/hukuk/belgeler/2005bib.pdf](http://www.istanbul.edu.tr/hukuk/belgeler/2005bib.pdf)> Erişim Tarihi 18.06.2019.

<sup>349</sup> Türkiye’de taşıyıcı annelik ile ilgili ayrıca bkz. Şensöz Malkoç, Sözleşme, 15,16; Şafak Parlak Börü, ‘Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç’, 2019, 39 (1) MHB 63, 96ff; Taşıyıcı annelik ivaz karşılığı yapıldı ise, kira sözleşmesi; ivaz yoksa ödünç sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Yasemin Erol, *Yapay Döllenne Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (1st edn, Yetkin Yayınları 2012) 62.

<sup>350</sup> Erol, 118ff.

<sup>351</sup> Şensöz Malkoç, ‘Sözleşme’ 25.

vasıflandırılması çocuğun yararını da etkileyebilecek sonuçlar doğurması bakımından önem arz etmektedir. Yapılacak vasıflandırmaya göre çocuğun yararını da etkileyebilecek sonuçlara da götürebilmesi ihtimal dahilindedir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin ardından taşıyıcı anne bu sözleşmenin gereklerini yerine getirmekten kaçınabilir, herhangi bir nedenden dolayı ya da nedensiz olarak çocuğu diğer taraftaki kişilere teslim etmek istemeyebilir. Taşıyıcı anne çocukla ilişki kurmak istemeyebileceği gibi taşıyıcı annenin bir davranışından dolayı bebek zarar görebilir<sup>352</sup> ya da taşıyıcı anne bebeği doğurmaktan vazgeçebilir. Ayrıca talepte bulunan çiftten kaynaklanan sebepler de olabilir. Nitekim talepte bulunan çiftin boşanması, ölmesi ya da başka bir sebeple çocuğu almaktan vazgeçmeleri gibi çocuğun hayatını derinden etkileyecek oldukça sübjektif hususlar söz konusu olabilir. Hatta yabancı unsurlu bir taşıyıcı annelik olayında gerek düzenleme boşluğu gerekse yasaklar nedeniyle milletlerarası alanda bu süreç daha da sorunlu ve belirsizdir. Böyle bir durumda çocuk için telafisi imkânsız sonuçlar doğabilecek, çocuğun en temel hakkı yaşam hakkı ve bununla birlikte birçok hakkının ihlal edilmesi ile karşı karşıya kalınacaktır. Öyle ki yargı kararlarına<sup>353</sup> da konu olduğu üzere farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan çocuk, anne ve babası ile arasında soybağı kurulamayacak, dolayısıyla çocuk sahibi olmak için bekleyen kişilerin de dava süreci nedeniyle belirsizlikle geçen yıllarca ayrı kaldığı durumlar ortaya çıkabilecek ve açıkça çocuğun yararı gözetilemeyecektir. Böyle bir durumda her şeyden habersiz, korunmaya muhtaç olan çocuk dünyaya geldiği andan itibaren birçok sorunla karşılaşarak kimi hukuk düzeninde sözleşme hukukunun bir konusu, kimi hukukta aile hukukunun bir konusunu oluşturacaktır. Hukuki ilişkinin farklı bir bağlama konusu olarak (örneğin aile hukukuna ilişkin) vasıflandırılması halinde doğuracağı sonuçların farklı olacağı şüphesizdir.

<sup>352</sup> “Bebek Gammy” davasında down sendromlu olan çocuk taşıyıcı anneye bırakılarak sağlıklı olan ikizi kabul edilmiştir. Taşıyıcı annelikte çocuğun korunması için yasal düzenleme gereklidir. Janna.C. Merrick, *The Case of Baby M*. In: Bartels D.M., Priester R., Vawter D.E., Caplan A.L. (eds) *Beyond Baby M. Contemporary Issues in Biomedicine, Ethics, and Society*. Humana Press.; Seema Mohapatra, ‘Adopting an International Convention on Surrogacy-A Lesson from Intercountry Adoption’ *Loy. U. Chi. Int’l L. Rev.*, 13(2016)1, 27. Tayvanlı taşıyıcı anne, genetik bağı olmamasına rağmen diğer iki çocuğuyla beraber down sendromlu çocuğa bakmaya karar vermiştir: s. 27-28.

<sup>353</sup> Deuxième Section Décision Requête no 29176/13 D. et autres contre la Belgique: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420#{{« itemid»:\[« 001- 146420 »\]}}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420#{{« itemid»:[« 001- 146420 »]}}). ECHR 252 (2014) 11.09.2014 (23.07.2016).: AİHM, D. ve Diğerleri v. Belçika davasına ilişkin kararında Belçika makamlarının, Ukrayna’da taşıyıcı anneden doğan A. isimli çocuğa, çocuğu Belçika’ya götüreceği kişilerle bağlantısı tespit edilmeden seyahat belgesi vermemesini AİHS’in ihlali olarak görmemiştir.

Nitekim taşıyıcı annelik, soybağına ilişkin meseleler haricinde Türk hukuku bakımından borçlar hukukuna ilişkin kabul edildiği takdirde bu sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda ehliyet, sözleşmenin şekli ve geçerliliği, sözleşmeden doğan hukuki ilişkinin ya da bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği ve sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk incelenirken çocuğun üstün yararı nasıl gözetilebilecektir? Sözleşmenin tarafı kişilerin fiil ehliyetinin tespitinde, taşıyıcı annelik borçlar hukuku sözleşmesi olarak vasıflandırılması halinde işlem güvenliği prensibi geçerli olabilecek iken aile hukuku altında vasıflandırılması halinde işlem güvenliği prensibi uygulanamayacaktır. Menfaatlerin hizmet ettiği amaçlar farklı olduğundan çocuğun yararı, vasıflandırmada borçlar hukuku bağlamında gözetilemeyecek ancak diğer müesseseler (kamu düzeni, doğrudan uygulanan kural) ile gözetilebilecektir<sup>354</sup>. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk, sözleşmelere uygulanacak genel bağlama kuralı olan MÖHUK'un 24. maddesine göre belirlenecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere taşıyıcı annelik sözleşmesi, Türk hukukunda genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı kabul edilmekte, ayrıca ÜYTE<sup>355</sup> (Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik) tarafından açıkça yasaklanmıştır. Toplum yapısını, kamu düzenini ve kamu menfaatlerini koruma açısından doğrudan uygulanan kural olduğundan taşıyıcı annelik sözleşmeleri, Türk hukuku bakımından kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kural engeliyle karşılaşmaktadır. Bu halde Türk maddi hukukuna göre kesin hükümsüz sayılan sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası talep edilemeyeceğinden<sup>356</sup> taşıyıcı annenin çocuğu teslim zorunluluğu bulunmayacak, taşıyıcı anneye ödenen ücret iadesi ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak talep edilebilecektir. Bu görüşe göre hâkim her somut olayda, iade yasağının uygulanmasının hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edip etmeyeceğini değerlendirmelidir<sup>357</sup>. Çocuğun bir sözleşme konusu olduğu bu durumda çocuğun - üstün yararının da gözetilmesi gerekmektedir. Taşıyıcı anneliğin vasıflandırılması gibi bazı durumlarda *lex fori*'ye göre vasıflandırma milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanmasına uygun olmayabilir. Daha önce de belirtildiği üzere hâkim kendini yalnızca iç hukuk kurallarının yorumlanması ile kısıtlamamalı ve bir müesseseyi *lex foride*

<sup>354</sup> Kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar bölümünde irdelenecektir.

<sup>355</sup> RG. 30.09.2014/ 29135.

<sup>356</sup> Şensöz Malkoç, 'Sözleşme' 193.

<sup>357</sup> Serozan, 167.; Metin, 26.

bulunmadığı için reddetmemelidir<sup>358</sup>. Bu nedenle, taşıyıcı anneliğin aile hukuku ilişkisi altında evlat edinme olarak vasıflandırılması ya da intibak metodu ile çocuğun üstün yararının gözetilebileceği kanısındayız. Nitekim çocuğun üstün yararının nasıl ve nereye kadar gözetildiği ve kamu düzeni müdahalesi aşağıda karşılaştırmalı milletlerarası özel hukuktaki yabancı yargı kararlarında incelenecektir.

Amerikan mahkemesinde görülen bebek M. davasında<sup>359</sup> biyolojik baba ile biyolojik anne yani taşıyıcı anne arasında tercihe giden mahkeme çocuğun yararları arasından üstün olan yararın, çocuğun velayetinin biyolojik babaya verilmesi şeklinde olacağını düşünerek velayeti biyolojik babaya vererek, genetik bağı bulunan taşıyıcı anne ile kişisel ilişki kurulması yönünde karar vermiştir. Taşıyıcı anne- biyolojik anne- ile biyolojik baba arasındaki ilişkiyi evlilik, aile, birlikte yaşam modeli gibi vasıflandırma yerine çocuğun üstün yararı ölçüt alınarak çocuk ile biyolojik baba arasında soybağını kurarak çocuğun velayetini babaya vermiş, taşıyıcı anne ile çocuk arasında da kişisel ilişki kurulması kararıyla taşıyıcı annenin-biyolojik annenin de yararını da gözetmiştir.

Taşıyıcı annelik yöntemine başvuran kişiler çocuğu evlat edinerek de amaçlarını gerçekleştirebilirler<sup>360</sup> ve bu çözüm taşıyıcı anneliğin vasıflandırılabilmesi açısından oldukça önemli bir husustur. Gerçekten de çocuğun evlat edinilmesi halinde yabancı ülkede düzenlenmiş doğum belgesinde gösterilen kişiler anne baba olabilecek ve kendi ülkelerinde nüfusa işlenebilecektir. Ya da taşıyıcı annenin bulunduğu devletin mahkemesi tarafından verilen doğum belgesi veya çocuğun ebeveyninin kim olduğunu gösteren ilam tanınabilecektir<sup>361</sup>. Çocuğun soybağına ilişkin sorunun çocuğun yararı gözetilerek böylelikle çözülebileceği kanısındayız.

---

<sup>358</sup> Çelikel and Erdem, 86.

<sup>359</sup> In re Baby M, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J. LEXIS 1, 77 A.L.R.4th 1 (N.J. Feb. 3, 1988) <https://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-baby-m/> Erişim Tarihi 12.06.2020.

<sup>360</sup> Susan Frelich Appleton, ‘Surrogacy Arrangements and the Conflict of Laws’ (1990) Wis. L. Rev. 407ff.

<sup>361</sup> Kararın özeti ve yorumu için bkz. Dina Reis, “German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy”, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany): <http://conflictoflaws.net/2015/germanfederal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (16.7.2016).

AİHM'in 2014 yılında verdiği *Menesson v. France*<sup>362</sup> ve *Labassee v. France*<sup>363</sup> kararlarında da taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olan bireyler çocuklarını nüfusa kendi adlarına tescil ettiremedikleri için AİHS'in 8. maddesinin ihlali sebebiyle AİHM'e başvurmuşlarsa da bu iddiaları kabul edilmemiştir. AİHM değerlendirmesini çocuk yönünden yaparak bir karar vermiştir. Bu karara göre çocuğun Fransa'da nüfusa tescil edilmemesi, başvuruların değil, çocuğun özel ve aile hayatına saygı hakkı ve dolayısıyla AİHS'in 8. maddesi ihlal edilmiştir<sup>364</sup>. Sonuç olarak aile ile çocuklar arasında herhangi bir yasal ebeveyn- çocuk ilişkisi, soybağı kurulmuş, vasıflandırma yapılmamıştır. Sonuç olarak çocukların bu nedenle vatandaşlık, miras, nafakaya ilişkin durumları belirsizdir.

Devletlerin takdir yetkisini kullanırken çocuğun üstün yararını her koşulda<sup>365</sup> gözetmeleri gerektiği görüşüne kısmen katılmakla birlikte ancak çocuğun korunmaya değer menfaati bulunuyorsa gözetilmesi gerektiğine katılmaktayız. *Menesson* kararında çocukların birçok konuda zorluk yaşadığı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Fransız yetkili makamlarının müdahalesinin devlet menfaatleri ile başvuruların menfaatleri arasındaki dengenin sağlandığı ifade edilmiştir<sup>366</sup>. Bu kararların ardından herhangi bir yasa değişikliği olmasa da ebeveynlerin kararlarından çocukların yararının zedelenmemesi bu nedenle de çocukların yararının ebeveynlerin seçiminden üstün olduğu kabul edilmiştir<sup>367</sup>.

<sup>362</sup> Affaire Menesson C. France (Requête No 65192/11) Arrêt Strasbourg 26 Juin 2014 Définitif 26.09.2014. <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%5D%7D>> Erişim Tarihi 12.12.2020. Ayrıca bkz. Adam Weiss, 'Menesson v. France And Advisory Opinion Concerning The Recognition in Domestic Law Of A Legal Parent –Child Relationship Between A Child Born Through A Gestational Surrogacy Arrangement Abroad And The Intended Mother' (European Court of Human Rights, Grand Chamber, Request No P16-2018-001, 10 April 2019)" (2019) 1 (2) Statelessness and Citizenship Review 343, 35ff.

<sup>363</sup> Affaire Labassee c. France (Requête no 65941/11) Arrêt Strasbourg 26 Juin 2014 Définitif 26.09.2014. <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D>> Erişim Tarihi 12.12.2020.

<sup>364</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Beaumont and Katarina Trimmings, Working Paper No 2015/2: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?, 1, 5: <<http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>> Erişim Tarihi 31.12.2020.

<sup>365</sup> Türkmen, 164.;

<sup>366</sup> Türkmen, 164.;

<sup>367</sup> Nila Bala, "Hidden Costs of the EctHR Surrogacy Decision", The Yale Journal of International Law Online, Vol.40, 2014, s.14 vd. <<https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/campuspress.yale.edu/dist/8/1581/files/2016/09/bala-proof-v-1-pdf-xqn5h2.pdf>> Erişim Tarihi 12.12.2020.

Tüm bu kararlar ışığında milletlerarası özel hukuk bakımından taşıyıcı annelik sözleşmesinin borçlar hukuku sözleşmesi olarak mı yoksa aile hukuku sözleşmesi olarak mı ele alınması ya da tamamen yok saymak ver her somut olay bazında mı vasıflandırma gerekecektir? MÖHUK'ta buna ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından bir kanun boşluğuyla karşı karşıyayız. Burada ortaya çıkan mesele, bu boşluğun nasıl doldurulacağı noktasındadır. Eğer taşıyıcı annelik sözleşmesi tümüyle genel sözleşme (borçlandırıcı sözleşmeler) statüsü kapsamında ele alınırsa, bu durumda MÖHUK'un 24. maddesine tabi olacaktır. Ancak 24. madde, çocuğun soybağı sorunun çözümünde yetersiz kalmaktadır. Bu itibarla, taşıyıcı annelik sözleşmesinin soybağına ilişkin meselelerde vasıflandırılmasının çocuk bağlamında aile hukuku sözleşmesi (aile hukuku kategorisinde) olarak yapılması gerektiği söylenebilir<sup>368</sup>. Ancak bu yaklaşıma karşı olarak da MÖHUK'ta böyle bir aile hukuku sözleşmesine alan açılmasının Türk kamu düzenini bozucu etkileri beraberinde getirilebileceği söylenebilir. Çocuğun durumu bakımından taşıyıcı annelik sözleşmesi aslında bir vasıflandırma sorunuyla birlikte ön sorun teşkil etmektedir. Örneğin çocuğun soybağı açısından taşıyıcı annelik çözümlenmesi gereken bir ön sorun mahiyetindedir. Taşıyıcı anneliğin soybağı kurup kurmadığı, bağımsız bağlamaya (ki bu da vasıflandırma sorununu da beraberinde getirir.), yani *lex fori*'ye mi tabi tutulacak, yoksa çocuğun soybağı statüsü kapsamında, yani *lex causae* olarak mı ele alınmalıdır? Çocuk odaklı bir yaklaşım olduğundan çocuğun soybağı statüsü kapsamında yani *lex causae* olarak ele alınması gerektiği kanısındayız. Taşıyıcı annelik durumunun (dolayısıyla ilgili sözleşmenin de) soybağı statüsü kapsamında ele alınmasının çocuğun yararına hizmet edeceği aşikârdır.

## **B. Vasıflandırmada Çocuğun Vesayeti**

Vasıflandırmaya ilişkin bir diğer sorun da vesayete ilişkin meseleler bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bazı hukuki ilişkilerin vesayet olarak vasıflandırılmasında çocuğun yararına olacağı gibi çocuğun aleyhine sonuçlar doğurması da mümkündür. Türk hukukunda çocuğun vesayeti, Türk Medeni Kanunu'nda<sup>369</sup> aile hukukunu düzenleyen

---

<sup>368</sup> Bkz. Doğan, 360ff; Tekinalp and Uyanık, 195ff.

<sup>369</sup> İkinci Ayırım

Vesayeti Gerektiren Hâller

A. Küçüklük

kısımda yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku Kitabı içerisinde velâyeti tamamlayıcı bir kurum olarak düzenlendiği görüşü yer almaktadır<sup>370</sup>. Bu bakımdan hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre vasıflandırıldığında, çocuğun vesayetinin şahsın hukukuna değil aile hukuku kapsamına girdiğine dair görüşü öğretide de birçok kişi tarafından desteklenmektedir<sup>371</sup>. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun vesayetinin aile hukuku bölümünde düzenlenmiş olması, vesayetin aile hukuku konusu olarak vasıflandırılmasına mı yol açacaktır? Bu hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öncelikle her hukuk alanının öncelikleri ve amaçları farklı olduğundan vasıflandırmanın kanunlar ihtilafı ve maddi hukukta örtüşmemesi gayet olağandır. Kanunlar ihtilafı vasıflandırması ile maddi hukuk vasıflandırması farklı olduğundan, maddi hukuk nihai olarak sonuçlandırıyor ancak kanunlar ihtilafı sıkı ilişkili hukuku arama çabası olduğundan vesayetin Türk Medeni Kanunu'nda aile hukuku altında düzenlenmiş olmasının aile hukuku olarak vasıflandırılması gerektiğine katılmamakla birlikte vesayetin zaten ayrı bir bağlama noktasına tâbi olduğunu belirtmek isteriz. Aile hukukundan tamamen ayrı düzenlenmiş MÖHUK'ta özel bir bağlama kuralı öngörülmüştür, ancak doğrudan çocuğa yönelik bir hüküm değildir.

Bir sonraki bölümde detaylı açıklanacağı üzere, vesayetin çocuğa yönelik bir hüküm olmadığı MÖHUK'un 10. maddesinin düzenlenişinden anlaşılmaktadır. Maddenin başlığı vesayet ve kısıtlılık şeklindedir. Kanun aynı başlık altında düzenleyerek vesayet ilişkisinde ergin kişi ile çocuk arasında bir fark gözetmemiştir. Bu noktada belirtmek isteriz ki, Türk Medeni Kanunu uyarınca velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınırken ergin kişiler bakımından kısıtlılık söz konusudur. Velayet küçükler için;

---

Madde 404- Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır.

<sup>370</sup> August Egger, Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku 3. Kısım, Vesayet, Türk Medeni Kanunu Md. 346-438 (Türkçeye Çeviren: Volf Çernis) (1952)

<sup>371</sup> Bkz. Doğan, 360ff; Nomer, *DHH 2021* 294ff; Tekinalp and Uyanık, 195ff.; Faruk Kerem Giray, '19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk', (Vesayet), Public and Private International Law Bulletin, 40(1): 353–399 Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan (2020) 40(1) PPIL, 363. <<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0088>> Erişim Tarihi 14.05.2020; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku)* (25th edn, Turhan Kitabevi 2007) 519. İsviçre Medeni Kanununda vesayet, 01.01.2013 tarihinden itibaren "Yetişkinlerin Korunması" şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. İlhan Helvacı, *Gereğeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Türk Medeni Kanunu* Cilt II (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2013) 625; Cevdet Yavuz, Fulya Erlüle and Murat Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (1st edn, Beta İstanbul 2017)



vesayet, kısıtlılar için söz konusudur, istisnaen küçükler de vesayet altına alınabilir. Bir kimsenin vesayet altına alınabilmesi için kişinin küçük veya hakkında kısıtlılık kararının alınması gerekir<sup>372</sup>. Açıkça görüldüğü üzere vesayet, fiil ehliyetinin kısıtlanması olduğundan şahsın hukukuna ilişkin bir meseledir (TMK. m.16).<sup>373</sup> *Lex causae* vasıflandırmada ise yabancı hukuk çocuğun vesayetini şahsın hukuku kapsamında ele alır ve fiil ehliyetinin kısıtlanması şeklinde nitelerse MÖHUK'un 9. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Böyle bir durumda çocuğun yararı dikkate alınarak vasıflandırma yapılabilecek midir?

Çocuğun vesayeti meselesinin yalnızca aile hukuku kapsamına girdiği söylenemeyecektir; çünkü konunun fiil ehliyeti boyutu olduğu gibi aile hukuku boyutu da bulunmaktadır. Bu nedenle maddi olaydaki uyumsuzluk hangisine ilişkin ise o yönde bir değerlendirme yapılmalıdır. Sadece fiil ehliyetini ilgilendiren bir durumda vesayetin aile hukuku kapsamında ele alınmasının ne kadar doğru olduğu tartışmalıdır. Vesayetin aile hukukunu ilgilendiren yönleri ise tarafların birbirine karşı sorumlulukları noktasındadır. Kısacası, vesayetin dışı karşı yönü fiil ehliyeti (şahsın hukuku), içe karşı yönü aile hukukuna ilişkin bir durumdur. Velayet durumu yoksa o zaman vasilik gündeme gelir ki bunun da doğrudan fiil ehliyetini ilgilendirdiği açıktır. Böyle bir halde aile hukukunu ilgilendiren bir durum yoktur çünkü çocuğun anne babası yoktur, varsa da velayetleri azledilmiştir. Velayet bir yönüyle aile hukukuna (çocuk ile ana baba ilişkisi), diğer yönüyle çocuğun fiil ehliyetine ilişkindir. Vesayette ise aile hukukunun bu yönü hiç bulunmamaktadır. Ayrıca öğretide, vesayet hukukunda, -vesayetin kurulması, organizasyonu, yürütümü ve denetimi gibi konularda Devletin rolü olduğundan<sup>374</sup> özel hukuk ile kamu hukuku arasında sınırda bir kurum olarak ifade edilmiştir<sup>375</sup>. Durum böyle olduğundan çocuğun vesayeti konusunu yalnızca aile hukuku kapsamında vasıflandırmak doğru olmayacaktır. Son tahlilde çocuğun yararının vasıflandırmaya etkisi tartışılmalıdır.

---

<sup>372</sup> Öztan, *Aile Hukuku* 523ff.

<sup>373</sup> Madde 16- “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.*”

<sup>374</sup> İlyaz, 79.; Cemile Demir Gökyayla, “Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet”, (Vesayet), Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Ata Sakmar’a Armağan (2011/1) 408.

<sup>375</sup> Demir Gökyayla, “Vesayet” 409.

MÖHUK'un 10/1. maddesi “*Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir*” şeklinde düzenlemiştir. Burada kişinin milli hukukunun kişinin lehine olacağı düşünülmüştür. Çocuğun milli hukukunun çocuğun yararını gözetileceği düşünülerek çocuğun milli hukukuna göre vasıflandırma yapılacaktır. Ancak vesayetin hüküm ve sonuçları bakımından vasıflandırma yapılması gerektiğinde çocuğun yararı bunu değiştirebilecek midir? Çünkü MÖHUK'un 10/3. maddesi “*Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbi olacağı belirtilmiştir.*” Türk hukukuna tâbi olan durumlar bakımından çocuğun yararı bunu değiştirebilir mi? Hükmün düzenlenişinden Türk hukukuna tâbi olan durumlar bakımından çocuğun yararının bunu değiştiremeyeceğini düşünüyoruz, çünkü vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebeplerinin çocuğun milli hukukuna bağlanarak çocuğun milli hukukunun çocuğun yararını gözetileceği düşünülmüştür. Bazı düzenlemelerle vasıflandırmanın nasıl yapılacağı mahkemenin iç hukuku ya da çocuğun mutata meskeni gibi genel hükme bağlanmıştır.

Örneğin, milletlerarası sözleşmelerin kapsamına giren konularda vasıflandırmanın nasıl yapılacağı genelde hükme bağlanmıştır. Örneğin; 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi” (kısaca 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi)<sup>376</sup>,nde, çocuk ile vasi arasındaki vesayet ilişkisinin (m.3/a36 ve 3/c) hukuki niteliği veya vasıflandırılması; sözleşmenin 15/1. maddesine göre “*davaya bakan mahkemenin iç hukukuna veya 16. maddesi gereğince çocuğun mutata meskeninin devletinin hukuku*” esas alınarak yapılacaktır<sup>377</sup>.

<sup>376</sup> RG. 17.11.2011, S/ 28155. Ayşe Kübra Altıparmak, ‘Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme’ (2020) 6 (2) AndHD 411-433. Sözleşmenin velayet yönünden detaylı incelemesi için bkz. Ayşe Elif Ulusu-Karataş, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Uygulama Alanı’ (Velayet) (2017) 37 (Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan) MHB 911- 1003.

<sup>377</sup> İlyaz, 79.; Giray, ‘Vesayet’ 361, 364.

Bazı devletlerin hukuk düzenlemelerinde, çocuklar müesseselerle ya da intibak yolu ile korunmaya çalışılmaktadır. Bu durumlarda çocuğun yararının dikkate alındığını söylemek yanlış olmayacaktır. Belirtmelidir ki evlatlık ile soybağını kuran ilişkiler evlat edinme olarak konumlandırılmasa bile MÖHUK'un 18. maddesinin kapsamında olduğu; evlatlık ile soybağı kurmayan ilişkilerin ise vesayet ilişkisi olabileceği görüşü de bulunmaktadır<sup>378</sup>. Nitekim İran hukukunda evlat edinme müessesesi kabul edilmediğinden intibak yöntemi ile evlat edinmeye benzer intibak yöntemi uygulanarak o somut olayda İran vatandaşı çocuğun evlatlık olarak alınması mümkün hale gelmiştir<sup>379</sup>. Bir diğer örnek ise evlat edinme müessesesinin kabul edilmediği vesayetten ve evlat edinmeden farklı olan Fas hukukunda yer alan kafalah müessesesine ilişkin bir durumdur<sup>380</sup>. Her ne kadar velayet, vesayet, kafalah, evlat edinme birbirine benzer kurumlar olup her biri çocuğun yararını esas alsada işlevleri farklıdır. Bu nedenle vasıflandırma yapılırken her bir kurumun çocuğun yararını nasıl ve ne kadar gözettiği dikkate alınmalıdır. Velayet, kural olarak küçüklerin, istisnaien kısıtlıların gözetim ve bakım sağlanması ile onların kişiliği ve malları üzerinde ana babanın sorumluluğudur<sup>381</sup>. Evlat edinme ile de çocuk ile evlat edinenin arasında velayet ilişkisi doğacaktır. Halbuki, kafalah müessesesinde evlat edinmeden farklı olarak çocuk, mahkeme veya idari makam kararıyla, Müslüman bir aile tarafından bakılacak, o ailede barınacak ve eğitimiyle ilgilenilecektir<sup>382</sup>. Evlat edinmeden farklı olarak daha sınırlı bir müessese olduğu söylenebilir. Burada çocuk ile ona bakan kişi veya kurum arasındaki hukuki ilişkinin vasıflandırması yapılacaktır. Bu hukuki ilişki vesayet, kafalah<sup>383</sup>, kayımlık, koruyucu aile kurumu veya başka bir kurum olarak vasıflandırılabilir. *Lex fori* vasıflandırma hâkimin kendi hukukuna göre yapılırken *lex causae*

<sup>378</sup> Pürselim, 'Evlat Edinme' 332.

<sup>379</sup> Bkz. İntibak bölümü.

<sup>380</sup> Evlat edinme müessesesi, İslam hukukunda hiç yer almamaktadır.: Murat Aydoğdu, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2010) 38.

<sup>381</sup> Öztan, *Aile Hukuku* 1074; Akıntürk and Ateş Karaman, 406; Mustafa Dural, Tufan Ögüz and Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku)*, 9. Basım (Filiz Kitabevi 2014) 341,342.; Serozan, 250.; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, 1. Basım (Savaş Yayınevi 2014) 251; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (1st edn, On İki Levha Yayınları 2010) 259.; Tuğba Birinci Uzun, 'Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli' (2016) 6 (1) Hacettepe HFD 137.

<sup>382</sup> Lagarde Report (n 15) paragraf 23, 547.

<sup>383</sup> Kafala müessesesi, sözleşmenin kapsamı dahilindedir. Bkz. m. 3/1/e.

vasıflandırma hukuki ilişkinin esasına uygulanan hukukun yaptığı nitelendirmeye göre yapılacaktır<sup>384</sup>.

Sonuç olarak küçük çocuğun, anne ve babasından farklı bir başkasının sorumluluğuna verilmesi hukukumuzda vesayet kapsamında ele alınmaktadır (*lex fori* yöntemi), vesayete uygulanacak yabancı hukuka göre yapılacak vasıflandırmada bu husus belki başka bir şekilde tanımlanabilir ya da tümüyle aile hukuku meselesi olarak da görülebilir (*lex causae*). Aile hukuku meselesi olarak görüldüğünde o zaman çocuğun vesayetinin kurulması ve statüsü velayet kapsamında ele alınıp alınamayacağı sorusu ortaya çıkacaktır. Karşılaştırmalı hukukta çocuğun vesayeti bazı yönleri bakımından velayet ile birlikte düzenlenmiştir<sup>385</sup>. Bazı devletler, vesayete ilişkin yetkileri farklı kişiler arasında paylaştırırken kimi çocuğun vesayetini bir kişi veya kuruma bırakacak şekilde düzenlemiştir<sup>386</sup>. Düzenlemeler farklı da olsa ortak payda çocuğun güvenliği ve esenliğidir.

Bu hususta önemli olan vasıflandırma yapıldıktan sonra çocuğun yararının nasıl gözetildiğidir. İşte bu nedenle vesayete ilişkin vasıflandırmanın bir diğer önemli noktası vesayetin hüküm ve sonuçlarının çocuğu doğrudan etkileyecek olmasıdır. Örneğin, çocuğun vasisinin gaipliğine karar verilmesi halinde karşılaşılabilecek durum çocuğun yararı bağlamında oldukça önem arz etmektedir. Gaiplik kararı sonrası, vesayet ilişkisinin sona erip ermeyeceği hususu gaiplik kapsamına mı yoksa vesayet kapsamına mı bağlanacaktır sorunu ortaya çıkacaktır. Gaiplik kararının çocuğa etkisi gaiplik statüsünde incelenerek gaipliğin hüküm ve sonuçlarına tabi olursa ehliyet kapsamına gireceğinden MÖHUK'un 9. maddesi uygulama alanı bulacaktır<sup>387</sup>. Diğer yandan, vesayetin hüküm ve sonucuna tabi olursa MÖHUK'un 10/1. maddesi hükmü gereğince çocuğun milli hukuku uygulanacaktır, lakin 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi yürürlüğe

---

<sup>384</sup> Giray, 'Vesayet' 363.

<sup>385</sup> ibid 363.

<sup>386</sup> İlyaz, 7ff.; Giray, 'Vesayet' 365.; Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (European Union Agency for Fundamental Rights, Publications Office of the European Union, 2015) 22.

<sup>387</sup> MÖHUK'un 11. maddesi gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarının verilmesini düzenlemiş ancak hükümlerine uygulanacak hukuka yer vermemiştir.

girdiğinden ibaren Sözleşme hükümleri uygulanacaktır<sup>388</sup>. Böyle bir durumda çocuğun yararı dikkate alınarak vasıflandırma yapılıp yapılamayacağı tartışmaya açıktır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Türk hukukunda evlat edinen ile evlat edinilen arasında velayet ilişkisi bulunmaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan evlat edinmede evlat edinilen çocukları ve evlat edinenleri ilgilendiren birçok farklı sonuç ortaya çıkabilmektedir<sup>389</sup>. Vasıflandırmaya bağlı olarak evlat edinenin, evlat edinilenin şahsı üzerindeki sorumluluğunun hukuki dayanağının velayete ya da vesayete dayandığına ilişkin tartışma olabilir<sup>390</sup>. Yabancılık unsurlu evlat edinme *lex fori* vasıflandırmada MÖHUK'un 18/3. maddesi gereği evlat edinenin milli hukuku; eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk (MÖHUK m. 13/3) esas alınarak, evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki hukuki ilişkinin niteliği belirlenecektir. Buna karşın, *lex causae* vasıflandırmada öncelikle MÖHUK'un 18/3. maddesi uyarınca yetkili hukukun nitelendirdiği kavram esas alınacaktır. Daha sonra bu kavramın MÖHUK düzenlemesine bakılarak en nihayetinde yetkili hukuk uygulanacaktır. Bu konuda yapılacak olası vasıflandırmada çocuğun yararının da nazara alınmasına tümünden karşı duran bir neden de bulunmamaktadır.

Son tahlilde hakkaniyet gerektiriyorsa çocuğun yararı neticesi itibarıyla *fori* ya da *lex causae* vasıflandırma yapılabilir.

### 3.4.3. İntibakta Çocuğun Üstün Yararı

Bir hukuk düzeni içinde farklı norm grupları kural olarak birbirleriyle uyum içindedir<sup>391</sup>. Ancak yabancı unsurlu ilişkilerde aynı hayat ilişkisinde birden çok hukuk düzeninin bir araya gelmesi bazen normlar arasında bir uyumsuzluğa, normlar çelişkisine sebep olabilir<sup>392</sup>. Bir hukuk düzeni tarafından yapılan düzenleme aynı hukuki

<sup>388</sup> Giray, 'Vesayet' 363.

<sup>389</sup> Aysel Çelikel, 'Evlat Edinmenin Kanunlar İhtilafı Bakımından Getirdiği Problemler' (Evlat Edinme) (1964) 30 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Arşiv 217-233.

<sup>390</sup> (TMK m. 314/1) evlat edinen, küçüğü evlat edinmekle, evlatlığı üzerinde velayet hak ve sorumluluğuna sahip olur. Evlat edinenin ölümü halinde, velayet hakkı kendiliğinden biyolojik anne ve babaya geçmez. Hâkim bu halde, gerekli görür ise velayeti, biyolojik ana ve babaya geri verebileceği gibi uygun görmez ise çocuğa vasi tayin edebilir. (Öztaş, *Aile Hukuku* 500)

<sup>391</sup> Nomer, *DHH 2021* 134ff; Can and Tuna, *MÖH 252ff*.

<sup>392</sup> *ibid* 134.

ilişki için diğer hukuk düzeninin düzenlemesiyle uyuşmayabilir<sup>393</sup>. Bu durumda bir normlar kümelenmesi, boşluk ya da bir başka deyişle norm eksikliği ortaya çıkmakta ve bu duruma kanunlar ihtilâfı hukukunda "*intibak*<sup>394</sup>" veya "*adaptasyon*<sup>395</sup>" denilmektedir. Normlar arasında uyumsuzluk ve çelişki, ilk bakışta bir vasıflandırma sorunu gibi görünse de vasıflandırma sorunundan tamamen farklıdır. Hâkimin genelde kendi ülke hukukuna yaptığı vasıflandırma sonucu belirlediği kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca yetkili kılınan hukukta benzer kural bulunmaması "kural yokluğu", "kurallar arasındaki uyumsuzluk" durumları ortaya çıkabilir. Genel vasıflandırma yöntemiyle çözümlenemeyeceğinden uyumlaştırma veya intibak ettirme (uygun hale getirme) söz konusu olacaktır<sup>396</sup>. Böyle bir durum, uygulanacak normun takdir yetkisi tanınmasını, özellikle menfaatlerin (sıklıkla aile hukukundaki çocuk menfaatlerinin) dikkate alınmasını mümkün kılmasını, yoruma varılabilesini veya yoruma açık hukukî kavramlar içermesini gerekli kılar.

İntibak metodundan yararlanan olaylarda çocuğun üstün yararı kavramının esnekliği ve yoruma açık olması sayesinde söz konusu olaylarda bu kavram ölçüt alınarak çocuğun yararına çözümlenebilmektedir. Örneğin intibak metodundan yararlanılarak çözülen aşağıda bahsedeceğimiz olayda çocuğun yararının ölçüt alındığı söylenebilir. Bu olay, İran hukukunda evlat edinme kurumu yer almadığından İran hukukunda bulunan beslemelik müessesinin uygulanmasına ilişkindir<sup>397</sup>. Somut olayda İran vatandaşı karı-koca, evlât edinmek için Türk mahkemesinden izin istemişlerdir. Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, evlât edinme ehliyeti ve şartlarına uygulanacak hukuk, taraflardan her birinin evlât edinme anındaki millî hukukları olan (MÖHUK m. 18/1) İran hukuku uygulanmıştır. Ancak, İran hukukunda "evlât edinme" müessesesi bulunmadığından<sup>398</sup> evlât edinme ehliyet ve şartlarını tanzim eden hükümler de İran

<sup>393</sup> Kegel, *IPR* 147.: Nomer, *DHH 2021* 'den naklen s.134.

<sup>394</sup> İntibak, Arapça kökenli bir kelime olup Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde kelime anlamı uyum olarak belirtilmektedir.

<sup>395</sup> Almanca "Anpassung" veya "Angleichung", Fransız ve İngiliz terminolojisinde "adaptation" şeklinde ifade edilen bu metotta olaya uygun gelecek şekilde kalıp değiştirerek uygulanmalıdır.

<sup>396</sup> Can and Tuna, *MÖH* 256.

<sup>397</sup> Çelikel, 'Evlât Edinme' 218; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku* (2nd edn, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınlarından 1954) 218.

<sup>398</sup> Çelikel, 'Evlât Edinme' 217ff (Berki and Ergüney 98.) T2HD 16.4.1957 tarihli kararında İran Medeni Kanunu'na göre evlât edinme hakkında hüküm bulunmadığı için İran vatandaşı bir kimsenin bir Türkü Türk Kanunlarına uygun olarak evlât edinmesi halinde bunun muteber olmayacağına karar verilmiştir. Prof. Osman F. Berki bu kararı şu yönden eleştirmektedir; yüksek mahkemece evlât edinenin kanunu

hukukunda bulunmamaktadır. Buna karşılık, İran hukukunda, evlât edinme benzeri sayılan "besleme" müessesesi yer almaktadır<sup>399</sup>. Burada, bir "norm eksikliği"(Normenmangel) veya "norm yokluğu" bulunmaktadır. Çözüm, davada uygulanacak hukukta böyle bir müessesenin olmamasından hareketle norm yokluğu nedeniyle talebin (davanın) reddi adaletli olmadığı gibi böyle bir red durumunda çocuğun yararı göz ardı edilebilir. Bu gibi durumlarda, yabancı hukuk düzeninin dava konusu hukukî ilişkiye karşılık düşecek şekilde değiştirilerek veya farklılaştırılarak uygulanması suretiyle sorunun çözümü önerilmektedir<sup>400</sup>. Olayda, İran hukukundaki besleme müessesesine ilişkin kuralların uygulanması suretiyle boşluğun doldurulması bir çözüm olarak düşünülebilir. İran hukukunda böyle bir müessese olmaması halinde davanın reddedilmesi çocuğun aleyhine olabileceğinden çocuğun evlat edinilmesi amacıyla İran hukukunda benzer bir müessese ile boşluk doldurulması ile mümkün kılınmıştır. İkame edilebilirlik bulunmadığında duruma göre ilgili kuralın kıyasen uygulanması düşünülebilir<sup>401</sup>. Belirtmek gerekir ki intibak yapılırken çocuğun evlat edinilmesinin çocuğun yararına olacağına göz önüne alınması gerektiği kanısındayız. Aksi takdirde çocuğun aleyhine olacak bir evlat edinmenin mümkün olmaması gerekmektedir.

Yukarıda bir örneği incelendiği üzere İslam hukukunun uygulandığı devletlerde, evlat edinme ilişkisi tanınmamaktadır<sup>402</sup>. Çocuğun evlat edinilmesini yok saymak yerine beslemelik kurumunun işletilmesi çocuğun yararınadır. Bu nedenle evlat edinme benzeri sayılan "besleme" kurumuna ilişkin hükümler, evlat edinmenin çocuğun yararına olacak şekilde evlilik dışında doğan çocuğun yararının gözetilerek intibak metodu ile çözümlenmiş kararda şöyle uygulanmıştır<sup>403</sup>. Mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde, Alman annenin Alman vatandaşı olan evlilik dışı çocuğu Türk baba

---

uygulamıştır halbuki evlâtlığın kanununun uygulanması daha yerinde olacaktır. (Berki- Ergüney: İbid; Berki, O. F.: *Devletler Hususî Hukuku* (1959) 416.) Tarafların evlât edinme ehliyetlerinin kendi millî kanunlarına tâbi olduğunu kabul ettikten sonra bu tarz bir düşünceye varmak güçtür. İran vatandaşı evlât edinenin ehliyeti, müessese kendi millî kanununca kabul edilmediği için yoktur. Bu ehliyetsiz bir kimsenin yaptığı bir muamele neticesini doğurur. Evlât edinenin kanunu tatbik edilmemiştir.

<sup>399</sup> Uyumlaştırma için bkz. Can and Tuna, *MÖH* 252.

<sup>400</sup> Nomer, *DHH* 2021 134ff.

<sup>401</sup> Can and Tuna, *MÖH* 252.

<sup>402</sup> Bazı ülkelerde evlat edinme müessesesi sonradan kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Ernst Rabel, 'The Conflict of Laws', A Comparative Study, Chicago (1945) 632.; Çelikel, "Evlat Edinme" 217.; Tekinalp and Uyanık, 225.; Nomer, 73.

<sup>403</sup> Can and Tuna, *MÖH* 161ff; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 57, dn.102.

tarafından Türk hukukuna uygun olarak tanınırdı. Anne ile çocuk arasındaki ilişkilere MÖHUK'un 17.maddesi<sup>404</sup> gereğince Alman hukuku uygulanır. Maddeye göre, çocuk ile baba arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ise babanın milli hukuku olan Türk hukuku uygulanır. Alman hukukuna göre çocuğun bakımı anaya aittir ve çocuk ananın soyadını taşır. Türk hukukunda Mülga Medeni Kanununa göre ise (ETMK madde 312) çocuğun bakımı babaya bırakılmıştı ve çocuğa babanın soyadı verilmekteydi. Türk hâkimi, Türk kanunlar ihtilafı hukuku hükümlerinin birbirleriyle uyuşmayan hukuk kurallarına yetki tanımış olup genellikle, ağırlığı anne ile çocuk arasındaki ilişkilere gören Alman hukukunun eğiliminden hareketle prensip olarak Alman hukukuna verilen yetki tercih edilmiştir<sup>405</sup>. Türk hukukunda da aynı eğilim bulunduğundan hareketle babanın milli hukukuna verilen yetki, ananın milli hukukunun getirdiği hukuki sonuçlara aykırı düştüğü oranda yok kabul edilecektir. Bir başka deyişle ananın milli hukuku ile uyuşan münferit hukuk düzenlemelerinde babanın hukukunu dikkate almak mecburiyeti vardır. Bu iki soybağı statüsü arasında ortaya çıkan kanunlar ihtilafı hukukuna ait çelişki ancak ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının çeşitli sonuçlarının sahip oldukları değer ölçüleri dikkate alınarak çözümlenecektir<sup>406</sup>. Annenin statüsünün tercih sebebi ise evlilik dışı çocuk ile olan ilişkilere esas şahsın baba değil annenin olmasıdır ve gerekçesi de hayatın bunu öğrettiği şeklindedir<sup>407</sup>. Nitekim burada kanunlar ihtilafı kuralları çatışmış ancak çocuğun evlilik dışı olması sebebiyle çocuğun bakımını üstlenecek kişinin anne olacağı düşüncesiyle çocuğun üstün yararı gözetilerek annenin statüsü tercih edilmiştir.

Karşılaştırmalı milletlerarası özel hukukta da benzer kararlar bulunmaktadır. Örneğin bir somut olayda küçük çocuklar üzerindeki velayet hakkı meselesine Alman Medeni

---

<sup>404</sup> Mülga 2675 sayılı MÖHUK 17.madde: Evlilik dışı çocuk ile ana arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ananın milli hukuku, çocuk ile baba arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ise babanın milli hukuku uygulanır.

<sup>405</sup> Babanın hukukunu tercih eden farklı görüş: Soergel-Kegel, Art.21 Bem.25.

<sup>406</sup> Murad Ferid, *Internationales Privatrecht: das neue Recht; ein Leitfaden für Praxis und Ausbildung* (3rd edn Frankfurt/M. 1986) 101.

<sup>407</sup> Leo Raape, *Internationales Privatrecht*, (5th edn, Berlin Frankfurt am Main Franz Vahlen 1961) 369.; Nomer, *DHH 2021* 135.



Kanun'a ilişkin Giriş Kanunu<sup>408</sup> EGBGB'nin 19. maddesi<sup>409</sup> gereğince çocuğun milli hukuku olan İspanyol hukuku uygulanacaktır. Katolik evlenmede<sup>410</sup> boşanma caiz görülmediğinden bu müessese düzenlenmemiştir. Boşanma durumunda velayete ilişkin olarak karar verilmemesinin ya da verilememesinin çocuğun aleyhine sonuç doğuracağı şüphesizdir. Nitekim çocuğun üstün yararı, bu uyuşmazlıkta İspanyol hukukunun ayrılmışlığına ilişkin velayetin tevdi hükümleri uygulanarak gözetilebilmiştir<sup>411</sup>.

Ulusal maddî hukukça bilinmeyen bir müesseseye ilişkin bir diğer örnek olarak da aynı cinsiyete tabi kişilerin yapmış olduğu evlilikte bir çocuğun biyolojik annesi ile yaşayan bir kadına diğer ebeveyn olarak verilmesi belirtilebilir. Güney Afrika hukukunun tanıdığı aynı cinsiyete tabi kişilerin yaptığı evlilikte bir çocuğun biyolojik annesi ile yaşayan kadına diğer ebeveyn olarak verilmesi halinde<sup>412</sup> (böyle bir yardımcı annelikte) Alman Yargıtayı'na göre EGBGB'nin 22. maddesi<sup>413</sup> anlamında bir evlat edinme değil, bilakis EGBGB'nin 19. maddesi anlamında bir soybağı söz konusudur. Kararda çocuğa yapılan ebeveyn atamasının yasa gücüyle gerçekleştiği ifade edilmektedir<sup>414</sup>.

<sup>408</sup> "Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch", Türkçe çevirisi, "Alman Medeni Kanununa İlişkin Giriş Kanunu".. Alman hukukunda, kural olarak milletlerarası özel hukuk ve usul hukukuna ilişkin konuları düzenlemektedir.

<sup>409</sup> EGBGB

Madde 19

Soybağı

(1) Çocuğun soyu, çocuğun sürekli olarak ikamet ettiği devlet yasalarına tabidir. Ayrıca, her bir ebeveyne ilişkin olarak, o ebeveynin ait olduğu devlet yasalarına göre de belirlenebilir. Annenin evli olması halinde ebeveynlik, 14üncü fıkra 2 uyarınca doğumda evliliğinin genel etkilerini düzenleyen yasaya göre de belirlenebilir; evlilik daha önce ölümle sona ermişse, fesih zamanı belirleyicidir.

(2) Ebeveynler birbirleriyle evli değilse, babanın hamilelik nedeniyle anneye karşı olan yükümlülükleri, annenin mutad olarak ikamet ettiği devlet yasalarına tabidir.

<sup>410</sup> G. George Glos, 'The Spanish Divorce Law of 1981', 32 Int'l & Comp. L.Q. 667 (1983) <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/incolq32&div=40&id=&page=>>>;

Cathelijina de Busser, Church-state relations in Spain: Variations on a National-Catholic theme? GeoJournal 67, 283-294 (2006). <<https://doi.org/10.1007/s10708-007-9067->> Erişim Tarihi 12.12.2020.

<sup>411</sup> Nomer, *DHH 2021* 136; Ferid, *IPR* 101/102.

<sup>412</sup> Anknüpfung nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB für die Abstammung des Kindes einer Deutsch-Südafrikanerin und ihrer Ehegattin/Lebenspartnerin, ordre public steht nicht entgegen, BGH v. 20. April 2016, XII ZB 15/15.

<sup>413</sup> EGBGB Art. 22 Çocuğun Evlat edinilmesine ilişkin hükmüdür.

<sup>414</sup> KG, Beschluss vom 02.12.2014 562/13

<<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=02.12.2014&AktENZEICHEN=1%20W%20562%20F13>> Erişim Tarihi 18.06.2020. (vgl. BVerfG, NJW 2013, 847, 852 und § 9 Abs. 7 LPartG). (bkz. BVerfG, NJW 2013, 847, 852 ve Bölüm 9 (7) LPartG).

Bkz. Can and Tuna, *MÖH* 167ff. "Gerçeğe uygun işlevsel-amaçsal vasıflandırma sonradan yapılacak uyumlaştırmadan sakınmak için önemli bir katkı sağlayabilir. Çünkü norm yığılması ve norm eksikliği

Zira Alman 2005 tarihli 38. Çocuk Yasası'nın 40 (1) bölümünün, 2006 tarihli 17. Sivil Birlik Yasası'nın 13. (2) bölümü ile bağlantılı olarak uygulanması EGBGB'nin 6. maddesi kamu düzeni uyarınca hariç tutulmaktadır. Alman hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir sonuca götürmez. Taşıyıcı anneliğin aksine (karşılaştırma Senato, StAZ 2013, 348)- üreme koşullarında ve bununla ilgili düzenlemelerde temel hakların ihlali görülmez. Böyle bir durumda çocukların yararının ihlal edildiğine dair hiçbir gösterge yoktur. Aynı cinsiyetten ebeveynler, farklı cinsiyetteki ebeveynler kadar çocukların büyümesini teşvik edebileceği varsayılabilir.” şeklindeki açıklamada belirtildiği üzere çocuğun yararı dikkate alınmakta ve kamu düzeni ile mülhaza edilmektedir.

Aile kurma amaçlı evlilik benzeri, kayıtlı birliktelik ve birlikte yaşam formunda çocuğun statüsünün ne olacağı ve çocuğun nasıl korunacağı hususu çocuğun yararı bağlamında incelenmeye değerdir. Her somut olayda farklılık göstereceğinden örneklendirme yolu ile incelenmeye çalışılacaktır. Bu birliktelikte yaşayan kişilerle çocuk arasındaki ilişkinin hukuki niteliği soybağı, evlat edinme, vasilik ya da evlilik genel hükümleri kapsamında (milletlerarası özel hukuk vasıflandırması) ele alınabilir. Daha sonra çocuğun soyadı, velayeti, nafakası ve mirasçılık statüsü meseleleri tespit edilmelidir. Bu meseleler görüleceği üzere uyumlaştırma/intibak kısmıyla da ilgilidir. Zira intibak bir nevi çoklu vasıflandırma durumlarının birlikte ele alınmasıdır. Bu nedenle çocuğun yararının dikkate alınabilmesi için kalıp değişikliğiyle intibak ettirilen hukukun çocuğun soyadı, velayeti, nafakası ve mirasçılığına ilişkin meseleler çözümlenebilir.

Çocuğun soybağının kurulması, mirasçılık statüsü ile çocuğa karşı nafaka yükümlülüğünde bu yaşam biçimlerinin konumlandırılması önem arz etmektedir. Soybağının kurulma şekilleri Türk hukukunda açıkça belirlendiğinden, kural harici soybağı kurulamayacağından çocuğun soybağı bakımından korunması mümkün olmayabilir ama çocuğun mirasçı olması halinde korunabileceğini düşünüyoruz. Örneğin, nafaka, mirasçılık gibi durumlarda çocuğun yararı için çocuğun soybağının

---

olayları azaltabilir. Böylece, ferî bağlamalar tekniğiyle ortaya çıkan vasıflandırma sorunları da yumuşatabilir. “

kurulabileceği kabul edilebilir. Örneğin aynı cinsiyete tabi kişilerin birlikteliğinde<sup>415</sup> çocuğun nafaka ve miras bakımından yararı varsa soybağı kapsamında uyumlaştırma yapılabileceğini söyleyebiliriz. Türk hukukunda buna ilişkin düzenleme boşluğu bulunduğundan bu duruma getirilebilecek çözümlerden biri mutlak geçersizliktir. Kanun hükmü açıktır ve kamu düzeni müdahalesi geleceğinden çocuğa herhangi bir koruma sağlanmayacaktır. Bu katı çözüm yerine birkaç farklı halde çocuğun yararı dikkate alınabilir. Öncelikle aynı cinsiyete tabi kişilerin beraber yaşadığı yaşam biçiminde taraflardan birinin biyolojik çocuğu olması halinde biyolojik anne/baba ve biyolojik olmayan beraber yaşadığı kişi ile çocuğun ilişkisinin uyumlaştırılması hangi kategoride değerlendirilmelidir? Biyolojik anne veya babasıyla birlikte yaşayan ama kendisiyle biyolojik bağı olmayan kişi ile çocuk arasında herhangi bir hukuki bağ yoktur. Çocuğun bu kişilere karşı mirasçılık ve nafaka talebi olamayacaktır. Çocuğun mirasçı olması halinde de ölen kişinin milli hukukuna bakılarak hem çocuğun hem de anne babasının Türk vatandaşı olması durumunda soybağı kurulması mümkün olmayacaktır.

Türk hâkiminin önüne aynı cinsiyete tabi kişilerin birlikteliğinde çocuğa ilişkin bir olay geldiğinde Türk hâkiminin nasıl bir metot izleyeceğine ilişkin bu durum şu şekilde izah edilebilir: Örneğin, Türk vatandaşı T'nin, yabancı kişi Y ile yurt dışında kayıtlı birlikteliği bulunmaktadır. T'nin velayeti altında ve soybağı ile bağlı olan Türk vatandaşı bir çocuğu (Ç) bulunmaktadır. Bu durumda çocuğun, birlikte yaşadığı Y ile olan ilişkisinde çocuk ile ilgili bazı meseleler söz konusu olabilecektir. Meselelerden birisi çocuğun nafakasına ilişkindir. Çocuk bu kişiden (Y) nafaka alabilecek midir? Bu olaya uygulanacak hukukun Türk hukuku olması veya Türk hukukuna paralel bir düzenleme olması halinde bu kişinin çocuğu koruma ve ona bakma zorunluluğu yoktur. Bu kişinin (Y) maddi hukuk bağlamında herhangi bir yasal yükümlülüğü (Ç'yi evlat edinmiş ya da herhangi bir yasal yükümlülük altına girmesi) özel olarak öngörülmediyse böyle bir hukuki sonuç çocuğun lehine olmayacaktır. Çocuğun mirasçılığı bakımından da benzer sorun bulunmaktadır. Miras bakımından da ölen kişinin milli hukukuna bakılacaktır. Dolayısıyla miras statüsü kayıtlı birliktelik ya da yaşamlarını sürdürdükleri yaşam biçimi çocukları da mirasçı kategorisine alıyorsa

<sup>415</sup> Sirmen, 'Eş Cinsel Birliktelikler', 826: Eş cinsel birliktelikler; evlilik, kayıtlı birliktelik veya medenî birliktelik şeklinde resmîleşmektedir.

herhangi bir sorun olmayacaktır. Eğer miras statüsü, evlilik dışı veya kayıtlı birliktelik gibi yaşam biçimlerinde bulunan çocukların mirasçılığı bakımından özel bir düzenlemesi yoksa genel hükümler kapsamında ele alınması gerekecektir. Örneğin soybağı, altsoy, yansoy, üst soy ve eş gibi kriter arıyorsa küçük çocuklar bakımından kurulup kurulamayacağı hususu için MÖHUK'un 16. maddesine bakılacaktır. Öncelikle soybağı olup olmadığına bakılacak zira çocuklar için özel bir düzenleme yoksa mirasçılığına ya da nafakaya ilişkin ön sorun meselesi ortaya çıkacaktır. MÖHUK'un 16.maddesi ile tespit edilen yetkili ülke hukukunda soybağı kuruluyorsa, bu ülke hukukunda soybağını kuran hukuk bakımından mirasçılık statüsüne bakılır. Lâkin soybağını kuran hukuk bu müesseseyi kabul etmiyorsa intibak yolu ile mümkün olup olmadığına bakılır. MÖHUK'un 16.maddesi ile tespit edilen yetkili ülke hukukunda soybağı kurulmuyorsa çocuğun yararının devreye girip kişinin ölmeden evlat edinme iradesi yoksa öldükten sonra da böyle bir iradesinin olduğu varsayılmayacaktır; çünkü ancak biyolojik bağı olmayan kişinin çocuğu evlat edinmesi ile çocuk arasında bir bağ kurulabilmektedir. Ayrıca ölen kişinin başka mirasçıları da olabileceğinden çocuğun mirasçı statüsünde olduğunu varsaymak çocuğun aşırı korunması sonucunu da doğurabilir. Gerçi ölen kişinin mirasçısının olması ya da olmaması, çocuğun mirasçılık statüsünde belirleyici bir durum değildir. Mamafih çocukla ölen kişi arasında evlatlık ilişkisi, kanuni mirasçı olabilmesi için evlatlık ve soybağı ilişkisi ya da atanmış mirasçılık ilişkisi kurulmuş olmalıdır. Bunların hiçbiri yoksa çocuğun mirasçılığından bahsedilemeyecektir. Böyle bir olayda aile hukuku mu yoksa çocukla ilgili kişiler arasındaki ilişki mi ele alınacaktır? Vasıflandırma *lex fori* yapıldığında Türk hâkimi cevaz verilmeyen aile hukuku ilişkisi olarak kişiyle çocuk arasındaki ilişkiye bakarak karar vermelidir ki yabancı yargı kararları da bu yöndedir. Birlikte yaşayanlar bakımından evlilik ilişkisi *lex causae*'ye göre vasıflandırılabilirken, bu çift ile yaşayan çocuk bakımından yapılacak olan vasıflandırmanın aile hukuku boyutu bulunmaktadır. Vasıflandırma yapıldıktan sonra ortaya çıkan nafaka, mirasçılık gibi durumlar intibak ile çözülebilir.

Bu yaşam biçimlerinin aile kurma amaçlı olduğu kabul edildiği takdirde bu yaşam biçiminde dünyaya gelen ya da evlat edinilen çocuğun yararı için Türk hukukundaki bu

boşluğun her durum için ayrı ayrı değerlendirilmesinin doğru olacağı kanısındayız. Soybağı kurulmasında da çocuğun yararına göre karar verilmesi gerekir.

Son tahlilde, çocuğun mirasçılığı bakımından da her bir durum ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Tüm durumları tek potada vasıflandırarak ve bu yaşam biçimlerinin evlilik ilişkisinde değerlendirilerek müşterek milli hukuka göre çözümlerin hakkaniyetli olmayacağını; bunun yerine her bir mesele için ayrı değerlendirilerek konumlandırma yapılmasının daha yerinde olacağını düşünüyoruz. Evlilik altında vasıflandırılması halinde MÖHUK hükümlerinin evliliğe ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca yukarıda da belirtildiği üzere soybağı kurulması, miras, nafaka gibi hususlar her somut olay bazında ayrı değerlendirilmelidir. İşte tüm bu nedenlerle evliliğin genel hükümlerine genel olarak tabi tutulmasının doğru olmadığını düşünüyoruz.

Sonuç olarak, birlikte yaşayan çiftler bakımından zayıf tarafın korunması ilkesi geçerlidir. Bu ilke çocuklarla birlikte yaşama söz konusu olduğunda devletin çocuğun yararını gözeterek çocukların üstün yararını esas alarak nafaka, velayet ve miras hakkını tanımak zorunda olduğu kanısındayız<sup>416</sup>. Nitekim *common law* evlilik ya da uzun süreli yaşama modeli, birlikte yaşam modeli gibi yaşam formlarını tercih eden çiftlerin müşterek çocuklarının ya da taraflardan birinin biyolojik çocuğunun veya evlat edindikleri çocuklarının soybağı ve velayet konuları tartışılması gereken önemli konulardır.

Ele alınması gereken bir diğer karar ise Berlin Aile Mahkemesi'nin kararıdır. Bu kararda Almanya'da yaşayan bir Türk ailenin mutad meskeninin Almanya'da olmasından hareketle çocuğun yararının değerlendirilmesini şu şekilde yapmıştır:

16 yaşındaki Türk vatandaşı A, 6 yaşına kadar Türkiye'de kaldıktan sonra ailesi Almanya'ya taşınmış ve A'yı kendi değerlerine göre eğitmek istemektedir. Öyle ki, A pantolon giyemez, kollarını kapalı tutmak zorundadır ve hiçbir şekilde yabancı

---

<sup>416</sup>Evlilik benzeri yaşam modellerinin kabulü ve tanınmasına ilişkin sosyolojik ve tarihsel sürece bakıldığında zayıf tarafın korunması düşüncesinin yattığı açıkça görülmektedir. Henüz Türk hukukunda buna ilişkin düzenleme bulunmamakta, yakın gelecekte de buna ilişkin bir tasarı hazırlanması ya da düzenleme yapılması beklenmemektedir. Öztürk, *Model'*den naklen s.146, dn.568.

erkeklerle ilişki kuramaz. Ebeveyni, A'nın kabul görmeyen hal ve hareketleri nedeniyle onu Türkiye'ye geri gönderme ve orada onlar tarafından seçilecek bir adamla evlendirme tehdidinde bulunmuştur. Bunun üzerine A, Berlin Aile Mahkemesine başvurarak tedbir istemiştir. Berlin Aile Mahkemesi, AB EheVO Tüzüğü'nün 8/1. maddesi uyarınca milletlerarası yetkili görmüş ve bu bakımdan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin 15/1. maddesi uyarınca Alman hukukunu esas almıştır. Kuşkusuz bu, ebeveynin memleketinin eğitim muamelesine ilişkin hukuk ve ahlak düzeninin ikamet ülkesindeki bakım ve gözetim hukukuna ilişkin müdahaleler hakkında kararlarda göz ardı edilebileceği anlamına gelmeyeceği, daha ziyade Alman BGB'nin 1666. paragrafında yer alan "çocuğun esenliğinin tehlikeye düşürülmesi" kavramı aile yaşamında hüküm süren geleneksel Türk-İslam ahlaki değerlerinin arka planında yorumlanması gerektiği kararda ifade edilmiştir. Ancak bu durum, tüm katılanların mutlak meskenlerinin yurtiçinde bulunduğu gözetildiğinde ancak Alman Anayasasının 6. maddesinin hükümleriyle çatışma içine girmediği sürece dikkate alınabilir<sup>417</sup>.

Alman hâkiminin bir yandan çocuğun esenliğini dikkate alarak, diğer yandan da çocuğun bireyi olduğu ailenin benimsediği değerleri göz önünde bulundurarak bir bütün olarak değerlendirmesi gerektiğine, bu değerlendirmenin üst sınırının da Alman Anayasası (*Grundgesetz*) ile çizildiğine dikkat çekilmiştir.

#### **3.4.4.Ön Sorun Yönünden Çocuğun Üstün Yararı**

##### **A. Genel olarak**

Davaya konu olan asıl hukukî ihtilâfın çözümlenebilmesi için öncelikle halledilmesi gereken meselelere ön sorun (*Vorfrage, preliminary question*) denir<sup>418</sup>. Konu bağlamında kanunlar ihtilâf hukuku ön sorununun maddî hukuk ön sorunundan yapısal olarak farklılığına dikkat çekilmelidir.

<sup>417</sup> Karşılaştırma için bkz. KG NJW 1985, 68.

<sup>418</sup> Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 95.; Can and Tuna, *MÖH* 184.; Doğan, 218.; Nomer, *DHH* 2021 138.

Kanunlar ihtilâfî ön sorunu, kanunlar ihtilâfî normunun maddî unsurlarına ilişkin olarak ortaya çıkar. Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın çözümünde, bir başka yabancı unsurlu uyuşmazlığın öncelikle karara bağlanmak mecburiyetinde kaldığı durumlarda ön sorunla karşılaşır. Örneğin, yabancı unsurlu bir nafaka davasında nafaka asıl sorun ((*main question*) iken nafakanın dayanağı olan soybağı ön sorundur (*preliminary question*). Zaten soybağı ilişkisi yoksa nafakaya hükmedilemeyecektir; Soybağı ilişkisinin kurulmaması halinde nafakaya hükmedilemeyeceğinden bu durum açıkça çocuğun aleyhine olacaktır. Bu nedenle çocuğa ilişkin uyuşmazlıklarda ortaya çıkan ön sorun meseleleri çözüme kavuşturulurken aynen vasıflandırma ve uyumlaştırmada olduğu gibi çocuğun yararının da göz önüne alınıp alınmayacağı ve olası sonuçlar yönünden çocuğa koruma sağlanıp sağlanamayacağı bir sorun olarak baş gösterir. Bu bakımdan ön sorunun hangi metoda göre çözümleneceği büyük önem arz eder<sup>419</sup>.

Ön sorun teşkil eden meselelerin halledilmesinde hangi yöntemin uygulanacağı konusunda da kanunda bir belirsizlik söz konusudur. Öğretide ön sorun genellikle ayrı bir mesele olarak ele alınmaktadır<sup>420</sup>. Uyuşmazlık yaşanan olayda çocuk söz konusu ise gözetilmesi gereken menfaatlerden biri şüphesiz çocuğun yararidir. Çözüm yönteminin mümkün olduğunca çocuğun yararına hizmet etmesi gerekir. Bu çıkarım, hukukun temellerinden birini oluşturan menfaat kuramının bir sonucudur.

Ön sorunun çözümlenmesi bağlamında alternatif bağlama yapılması da önerilmektedir. Buna göre ön sorunun bağımsız bağlama (*lex fori*) bir yanda, bağımlı bağlama (*lex causae*) diğer yanda olmak üzere bunların hangi sonuca götüreceği belirlenip, asıl meseleye ilişkin *lex fori* ihtilâf normu tarafından amaçlanan belirli bir uygulama

---

<sup>419</sup> Ön sorun asıl meseleden bağımsız ve ondan ayrı olarak kanunlar ihtilâfî kurallarının yetkili kıldığı hukuk uyarınca mı - adeta ayrı bir milletlerarası ihtilâf hukuku meselesi gibi mi – çözümlenecek ya da ön sorun, asıl meselenin bir unsuru veya bir bölümü olarak değerlendirilip ve böylece asıl meselede yetkili olan hukukun hâkimi gibi hareket edilip, asıl meselenin esasına uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre mi çözümleneceği konusu soruludur.

<sup>420</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 95.

sonucunun üstün tutacağı bağlama seçilir. Açıkça görülmektedir ki ön sorun çözümünde çocuğun yararının üstün tutulabileceği durumlar da söz konusu olabilir<sup>421</sup>.

Örneğin; ön sorun teşkil eden evlât edinme ilişkisinin geçerliliği Türk kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre çözümlenir (*lex fori*). Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere Türk hukukunda taşıyıcı annelik ile ilgili yasal bir düzenleme bulunmadığından böyle bir sözleşmenin yapılması halinde bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereği geçersiz sayılacaktır. Milletlerarası özel hukuk açısından bu çocukların velayetinin belirlenmesi ise önemli bir konu olup çocuğun velayetinin kimde olacağını tespiti gereklidir. Çocuğun velayetine ilişkin meselelerde öncelikle soybağının kurulması gerekeceğinden, Türk hâkimi bunu ön sorun olarak inceleyecektir<sup>422</sup>. Ön sorun kural olarak *lex fori*'ye göre belirleneceğinden çocuğun anne ile soybağının kurulması MÖHUK'un 16. maddesindeki bağlama kurallarına göre belirlenecektir.

Çocuğun soybağı kurulmasına ilişkin ön sorun çözümünde kullanılacak yöntemin kamu düzeni müdahalesinde de çocuğun lehine yorumlanarak çocuğun üstün yararının gözetilerek uygulanması gerekir. Öğretide, çocuğun soybağına ilişkin meselenin (yani vatandaşlığın) tabi olduğu hukuka göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>423</sup>. Görüldüğü üzere, belirtilen bu olaylarda birer ön sorun vardır ve bu sorunların hangi metoda göre çözümleneceği çocuğun durumu bakımından büyük önem taşımaktadır.

Benzer sebeplerle, kanunlar ihtilâfi hukuku alanında ön sorunun çözümünde farklı yaklaşımlar sergilense de her maddî olayda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet edecek, işlemi ayakta tutacak yaklaşımın esas alınmasının tercihe şayan olduğu söylenebilir. Nitekim çocuğun yararı da hakkaniyet kapsamında ilişkilendirilebilir. Hak

---

<sup>421</sup>Ön sorun, hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre çözümlendiği için *lex fori* yöntemi/ bağlama ya da “bağımsız bağlama”; ikincisine ise - ön sorun, asıl meselenin esasına tatbik edilen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre çözümlendiği için - *lex causae* yöntemi/bağlama ya da esas soruna bağlı kalındığından “bağımlı bağlama” denir. Anglo-Amerikan hukukunda ön sorun, kıta Avrupası hukuk sistemlerinin aksine üzerinde çok durulmuş bir konu değildir. İngiliz ve ABD mahkemeleri, baktıkları davalarda ön sorun olarak ortaya çıkan meseleleri çoğunlukla esas sorunun bağlı olduğu ihtilâf kurallarına göre çözmeye yoluna gitmektedirler.

<sup>422</sup> Zira MÖHUK m. 17’de soybağının hükümleri soybağını kuran hukuka tabi tutulmuş ayrıca anne baba ve çocuğun müşterek milli hukuku var ise o hukuk, yoksa müşterek mutat mesken hukuku uygulanacağı belirtilmiştir.

<sup>423</sup> Tekinalp and Uyanık, 34, 41, Uyanık-Çavuşoğlu, ‘Soybağı’ 319.



menfaate göre şekillenecek ve korunması gereken menfaat korunacak, eğer eşit ise dengelenecek, zayıf tarafın korunması gibi korunmaya değer bir yarar varsa korunacaktır.

Ön sorunun çözümünde esas itibariyle olaydan olaya değişen dinamik yaklaşımlar söz konusu olduğundan işin mahiyeti gereği bazı sabit durumlarla da karşılaşılması ihtimal dahilindedir. Ön sorun teşkil eden ihtilafların nasıl ve neye göre çözümleneceği, bazı hallerde pozitif kanun veya anlaşma hükümleri ile belirlenmiştir. Böylelikle düzenlenen hususlar bakımından muallak ortadan kalkmıştır. Yukarıda detaylı bahsedildiği üzere hukuk düzenlerinde düzenleme yokluğu ya da farklı düzenleme sebebiyle belirsizlikler söz konusu olabilmektedir. Örneğin, vatandaşlık kişinin kendi milli hukukuna göre sabit bağlama noktasıdır burada bir belirsizlik bulunmamaktadır. Türk Vatandaşlık Kanunu<sup>424</sup>na göre evlilik dışı çocuk ile Türk babası arasında kurulması gereken soybağı bir ön sorun teşkil etmektedir<sup>425</sup>. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin<sup>426</sup> 7. maddesine göre “*yurt dışında evlilik birliği dışında Türk vatandaşı baba ile yabancı bir anneden dünyaya gelen çocuğun Türk vatandaşlığını kazanması, MÖHUK hükümlerine göre Türk vatandaşı baba ile arasında soybağının kurulmasını sağlayan usul ve esasların tamamlanmasıyla doğumundan itibaren mümkündür*<sup>427</sup>. Yurt dışında yabancı bir taşıyıcı anneden doğan çocuğun Türk babasından dolayı Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için öncelikle bu ön sorunun çözülmesi yani Türk baba ile çocuk arasında soybağının kurulması gerekmektedir<sup>428</sup>.

Mahkemeler, bu gibi durumlarda, yasal düzenlemeden hareketle ön sorunu çözümleyecektir. Ön sorunun çözümünün sabit olduğu kural değildir, bu nedenle doğrudan çocuk esas alınmamıştır, durumun gerektirdiği ölçüde sabitleme yapılmıştır.

Ön sorunun sabit çözüme bağlanması, aslında sadece çocuğun yararı açısından getirilmemiş olup devletin kendi düzeni ile ilgilidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere

---

<sup>424</sup> RG.12.06.2009/27256.

<sup>425</sup> Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (7th edn, Beta 2019) 99.

<sup>426</sup> RG. 06.04.2010- S.27544

<sup>427</sup> Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG 06.04.2010/27544

<sup>428</sup> Cahit Ağaoğlu, 'Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşyıcı Annelik ile Taşyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu' (2020) 40(1) PPIL, 464. <<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1>. > Erişim Tarihi 08.12.2021.

Türk Vatandaşlık Kanununun<sup>429</sup> 7. maddesi<sup>430</sup> soybağını düzenleyen emredici hükümdür. Türk Vatandaşlık Kanununun 7/2. maddesi soybağını Türk vatandaşı anne ile kurmaktadır. Türk Vatandaşlık Kanununun 7/3. maddesinde “Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soybağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.” düzenlemesinde soybağı kurulması halinde Türk Medeni Kanunu soybağı hükümleri mi yoksa yabancılık unsuru olduğu için MÖHUK’un 16.maddesi<sup>431</sup> mi uygulanmalıdır? Bu hüküm nereye atıf yapmaktadır?<sup>432</sup> Bu hüküm, soybağının kuruluşu için ilk bağlama noktası olarak çocuğun doğum anındaki millî hukukuna (bir başka deyişle vatandaşlığına), kurulamaması hâlinde çocuğun mutlak meskeni hukukuna tâbi kılmıştır. Türk vatandaşlığı söz konusu olduğu için kamu hukuku karakterli olduğundan Türk vatandaşlığının kazanılması hususu kamu hukuku niteliğindedir. Her ülkenin kendi vatandaşlık düzenlemeleri ve bu hususta karar vermesi münhasır yetkisi dahilindedir. Vatandaşlık bağlamında bu durum sabit ön sorunun çözümüdür.

Bu bağlamda ikinci sorun ise bu sabit bağlama durumlarında çocuğun yararının gözetilebilirliğine ilişkindir. Örneğin, vatandaşlığın belirlenmesinde soybağı ön sorun teşkil eder. Buradaki mesele böyle bir durumda soybağının MÖHUK’un 16. maddesi uyarınca yetkili ülke hukukuna göre mi, yoksa doğrudan vatandaşlığı söz konusu ülke hukukuna göre mi belirlenecektir. Bu bakımdan çocuğun yararı da belirleyici mi yoksa tümüyle ilgili devletin – kamu – menfaati mi belirleyicidir? Türk Vatandaşlık Kanunu, kamu hukuku karakterlidir. Bu Kanun’a göre vatandaşlık kurulamaması halinde çocuğun yararı devreye girerek yetkili ülke hukukunun Türk hukukunu işaret etmesi

---

<sup>429</sup> RG.12.06. 2009/27256.

<sup>430</sup> Soybağı

MADDE 7 –(1) Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

(2) Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır.

(3) Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soybağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.

<sup>431</sup> Görüşler için bkz. Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (26th edn, Filiz Kitabevi 2019) 50ff; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Şeyler*, (Tabiiyet Hukuku) (1st edn, Yetkin Yayınları 2014) 55ff.; Mehmet Polat Kalafatoğlu, ‘Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Soybağı Esası ve Soybağının Ortadan Kalkmasının Türk Vatandaşlığı Üzerindeki Olası Etkileri’ (2021) 41(2) PPIL, 525ff.

<sup>432</sup> Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Vatandaşlık) (Güncellenmiş 17<sup>th</sup> edn, Savaş Yayınevi 2021) 38ff.

halinde Türk Vatandaşlık Kanununa göre çocuğun vatandaşlık kazanıp kazanamayacağı tartışmaya değerdir.

Milletlerarası sözleşmelerde düzenlenen yeknesak bağlama kurallarının uygulama alanlarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda yetkili hukuk, sözleşme hükümleri çerçevesinde belirlenir. Milletlerarası sözleşmeler bakımından nafaka-soybağı ilişkisi özel düzenlemeye alınmıştır. Sözleşme hükümlerine göre, soybağı, nafaka uyuşmazlıklarında babalık durumu bakımından ön sorun olarak ortaya çıkarsa, çözüme asıl meselenin tâbi olduğu hukuk (*lex causae*) uygulanarak varılacaktır. Örneğin, 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi” (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin) 16 ila 18. maddeleri<sup>433</sup> çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin tesisine dair “ön soruna” uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre çocuk ile vasi arasında daha öncesinde kurulmuş geçerli bir vesayet ilişkisinin varlığı ön sorununun *lex fori* ya da *lex causae* yöntemine göre çözümleneceği her akit devletin kendi iç hukukuna bakılarak çözüme kavuşturulacaktır<sup>434</sup>.

Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme<sup>435</sup> ‘nin 1.maddesi uyarınca “*nesebi sahîh olmayan bir çocuğa yönelik nafaka yükümlülüğü de dâhil olmak üzere aile, hısımlık, evlilik veya sıhriyet ilişkilerinden doğan tüm nafaka yükümlülüklerine uygulanacaktır*” (m. 1). Sözleşme’nin 10/1.maddesi uyarınca, “*alacaklının kimden ne ölçüde nafaka talep edebileceği, nafaka yükümlülüğüne uygulanacak kanuna göre belirlenecektir*” (m. 10/1). Alacaklının kimden nafaka talep edebileceği sorununun, nafaka davasında ön sorun olarak ortaya çıkması hâlinde, bu sorun alacaklının mutlak meskeni hukukuna göre çözümlenecektir. Çocuğun kimden

<sup>433</sup> 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi” (kısaca 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi) <<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0697.pdf>> Erişim Tarihi 18.06.2020. : “Çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin tesisi, vesayet altındaki çocuğun adı-önadına ilişkin uyuşmazlıklar, terekesinin idaresi, nafaka talepleri, sosyal güvenliğine ilişkin hakları, eğitim ve sağlığına ilişkin genel nitelikteki kamu tedbirleri ile iltica ve göç konularına ilişkin statüsü hakkındaki kararlar sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur (m.4)”.

<sup>434</sup> Bu hususta, *lex causae* vasıflandırma önerilmektedir. Bkz. Lagarde Lagarde P, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, (HCCH Publications, 1998). (n 15) paragraf 102, 579. Detaylı bilgi için bkz.

<[https://ec.europa.eu/antitrafficking/sites/antitrafficking/files/guardianship\\_systems\\_for\\_children\\_deprived\\_of\\_parental\\_care\\_in\\_the\\_european\\_union\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/antitrafficking/sites/antitrafficking/files/guardianship_systems_for_children_deprived_of_parental_care_in_the_european_union_en.pdf)> Erişim Tarihi 18.06.2020.

<sup>435</sup> RG. 06.02.1983/17951.

nafaka talep edeceği, ana ve babasının tespitine bağlı olduğundan, soybağı sorunu çok defa nafaka ihtilâfında ön sorun olarak ortaya çıkacaktır. Sözleşmeye göre bu sorun (ön sorun) nafaka yükümlülüğünü idare eden hukuka (nafaka alacaklısının mutata meskeni hukukuna) göre çözümlenecektir. Bir başka deyişle, bir nafaka davasında soybağı ihtilâfı ön sorun olarak çıktığında ön sorunun çözüm yollarına başvurulmadan, nafakayı idare eden hukuka göre değerlendirilecektir. Lahey Nafaka Sözleşmesi çerçevesinde de soybağı ön sorunu için çoğu kez nafaka statüsüne direkt bağlanma yönünde irade ortaya konulmuştur.

Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'de<sup>436</sup> de aynı esas kabul edilmiştir. Sözleşme'nin 1.maddesi uyarınca “*Çocuğun kimden ve ne nisbetle nafaka talep edeceğini, çocuğun mutata meskeninin bulunduğu yer kanunu tesbit eder*”. Netice olarak, Sözleşmede, ortaya çıkan ön sorun problemlerinin *lex causae* metodu ile çözümü tercih edilmiştir.

Nitekim böyle bir düzenleme ile de milletlerarası alanda çocuğa ilişkin birçok uyuşmazlığın bağlama noktası olarak tercih edilen mutata meskene bağlanarak çocuğun üstün yararının gözetildiği aşikârdır.

## **B. Ön Sorun Bağlamında Çocuğa İlişkin Mülâhazalar**

Ön sorun bağlamında çocuğa ilişkin mülâhazalar bazı konularda özellik arz etmektedir. Bu nedenle bu kısımda vatandaşlık, ad hukuku ve hâkimin hukukunda bilinmeyen hukuki ilişkilerde çocuğa ilişkin durumlarda çocuğun yararının ön sorun bağlamında nasıl ele alınacağı incelenecektir.

### **a. Vatandaşlık Hukuku**

Yukarıda da incelendiği üzere, vatandaşlığın kazanılması veya kaybedilmesinin bağlı olduğu özel hukuk ön sorunlarının, vatandaşlığı söz konusu devletin kanunlar ihtilâfı

---

<sup>436</sup> RG. 24.12.1971/14052.

kurallarına göre bağlanacağı genel olarak kabul görmektedir<sup>437</sup>. Ön sorunların sabit bağlanması bu tür olaylarda eşdeğer devletlerin egemenliğinde kökleri bulunan kişisel egemenliğinden kaynaklanır<sup>438</sup>. Her bir devletin kimin kendi vatandaşı olduğunu, kimin olmadığını bizzat karara bağlayabilmesi gerekir<sup>439</sup>. Bu nedenle, Türk vatandaşlık hukukundan, yetkili yabancı hukuktan kaynaklanan soybağının Türk maddî hukukunun şekil ve koşullarından (örn. ikinci kadının yardımcı anneliği) farklılaştığı için tanınmayacağı sonucu çıkmaz. Mamafih bu bakımdan yalnızca kamu düzeni en azami sınırları çizebilir<sup>440</sup>. Başka bir yabancı hukukun idaresinde bulunan bir hukukî ilişkinin (örn. evlat edinme) Türk vatandaşlık hukukunun bir normunun maddî unsurunu yerine getirip getirmeyeceği hususunun “ikame meselesi” olarak çıkacağını belirtmiştik. Türk vatandaşlığının kazanılması için gerekli olan bir evlat edinme olayında yabancı hukukun idaresinde gerçekleşen bir evlat edinmenin etkilerinin esas itibariyle işlevsel olarak Türk maddî hukukuna göre çocuk olarak kabul etmenin mümkün ve uygun olup olmayacağına bağlıdır<sup>441</sup>. Vatandaşlığın kazanılıp kazanılmadığı meselesinin ön sorunu olarak soybağına ilişkin tereddütlü bir durum varsa nikah daireleri ve/veya aile mahkemeleri, kural olarak kendi sorumlulukları dahilinde Vatandaşlık Kanunu çerçevesinde tespitine girişmeden bunu incelemek zorundadır<sup>442</sup>. Eğer yabancı vatandaşlık hukukunun kontrol edilmesi gerekirse ve kesinleşmiş bir yurtiçi ilamın ilgilinin milli hukukunda tanınmamış olması halinde bizzat yabancı vatandaşlık hukukunun nazara alınması arka plana atılmalıdır. Bu bakımdan kamu düzeni müdahalesi denetimi de gerçekleşmeyecektir (MÖHUK m. 5). Örneğin yabancı bir devlet hukuku, vatandaşlığın verilmesinde aşikâr

<sup>437</sup> BGH, NJW 2016, 2322 Rn. 25; BayObLGZ, 1963, 265; 1986, 155 (158); OLG, Frankfurt a. M. FamRZ 1967, 481; KG, NJW-RR 1989, 644; Anatol Dutta, Yorum | BGH kararına ilişkin yorum, 20 Nisan 2016 tarihli karar, XII ZB 15/15 - Yurtdışında doğmuş bir çocuğun aynı cinsiyetten ebeveynlere doğum kaydına girişi hakkında: Yurtdışında girilen eşcinsel evlilikler için kayıtlı hemsinli birliktelikleri için geçerli kuralların uygulanabilirliği; Ebeveyn-çocuk tayininin yabancı hukuka göre tanınması; Kayıt öncesinde çocuğun uyruğunun kontrol edilmesi, FamRZ 2016, 1256 (1257) <<https://www.juris.de/jportal/prev/SILU000210116>> Erişim Tarihi 12.06.2020; Erman and Hohloch, *BGB*, 10. Baskı (2000) Rn. 54; Gerhard Kegel and Klaus Schurig, *IPR* § 9 II 2a; Jan Kropholler, *Internationales Privat Recht § 1 VI 1* (5th edn, Mohr Siebeck 2004); Makarov, *ZfRV* 1962, 147 (155 vd.).

<sup>438</sup> BGH, NJW 2016, 2322 Rn. 25.

<sup>439</sup> Avrupa Birliği vatandaşlığı ulusal devlet vatandaşlığını ikame etmez (ABİA m. 9). Ulusal devlet vatandaşlığı kanunlar ihtilâfi hukukunda belirleyici olmaya devam eder.

<sup>440</sup> BGH, NJW 2016, 2322, Rn. 26.

<sup>441</sup> BVerwG, FamRZ 2007, 1550; Thomas Rauscher, *Internationales Privatrecht, mit internationalem Verfahrensrecht*, 5. Neu bearbeitete Auflage (C. F. Müller Verlag, Köln 2017) (IPR) Rn. 505; Kegel and Schurig, *IPR* § 9 II 2a.

<sup>442</sup> BGH, NJW 2016, 2322, Rn. 18; ayrıca krş. BGHZ, 203, 350, Rn. 18.

bir şekilde evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocuklar arasında ayırım yaparsa<sup>443</sup>, bu duruma Türk mahkemeleri katlanmak zorundadır<sup>444</sup>. Bu durumun çocuğun yararına olup olmayacağı tartışılmalıdır. Çocuğun zararına sonuç doğuracak ise çocuğun üstün yararı ilkesi bağlamında somut olayın değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Yabancı vatandaşlık hukuku milletlerarası hukuka aykırı olduğunda<sup>445</sup>, özellikle de AİHS'e bir aykırılık bulunduğu<sup>446</sup> bu konuda bir tereddüt duyulabilir. Yukarıda da incelediğimiz üzere taşıyıcı annelik sonucu doğan çocukların vatandaşlığına ilişkin sorunlarda AİHS'in 8. maddesi "Özel hayata saygı hakkını" teminat altına alınmıştır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi ve AİHS'nin 8. maddesi kapsamında hakkın özellik arz eden öznesi çocuk olduğundan çocuğun üstün yararının korunması esas olmalıdır<sup>447</sup>. Mahkeme, ihtilâf hukuku olarak vatandaşlığın tespitine bağlı oldukça bunu re'sen tespit eder. Dolayısıyla vatandaşlığın tespiti kamu hukuku meselesi olup soybağının kurulması ön sorununun çözümünde kamu menfaati ile çocuğun yararı karşı karşıya gelecektir.

## b. Ad Hukuku Bağlamında

Bir sonraki bölümde<sup>448</sup> detaylı olarak ele alınacağından burada yalnızca ön sorun bağlamında bahsedilecektir. MÖHUK'ta ad hukukuna ilişkin özel bir ihtilâf kuralına yer verilmemiştir. Ad, kişinin şahsiyet haklarından olduğu için hak ve fiil ehliyeti kapsamında değerlendirildiğinden (ad hakkı) ilgilinin milli hukukuna bağlanma söz konusudur (MÖHUK m. 9). Temelde bulunan hukukî ilişkinin genel olarak adın kazanımına veya kaybına etkileri olduğunda, kural olarak aile hukuku ön sorununun *lex causae* esas alınacağı kabul edilir<sup>449</sup>. Adın sahibi, kural olarak şahsi statü olarak yetkili

<sup>443</sup> Krş. AİHM, FamRZ 2011, 1925.

<sup>444</sup> Bu yönde Heinrich, "Liber Amicorum Schurig", 63 (68).

<sup>445</sup> Bu yönde ayrıca Kegel and Schurig, *IPR* § 9 II 2a.; Arslan, *AİHS* 199ff.

<sup>446</sup> Krş. AİHM, FamRZ 2011, 1925.

<sup>447</sup> Detaylı bilgi için bkz. Arslan, *AİHS* 196ff.

<sup>448</sup> Bkz. MÖHUK'ta Çocuğun Yararının Dolaylı Olarak Gözetildiği Alanlar Çocuğun Adı ve Soyadı.

<sup>449</sup> BGHZ, 90, 129 (140); BayObLGZ, 1986, 155 (162); BayObLG, FamRZ 1990, 93; KG, NJW-RR 1989, 644; OLG, Stuttgart FamRZ 1992, 102; Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth and Gerald Mäsch, *EGBGB Art. 10*, Rn. 10; Erman and Hohloch, *EGBGB Art. 10*, Rn. 7a; Kropholler, 'IPR' § 32 IV 2b; Otto Palandt and Karsten Thorn, 'EGBGB Einl. Vor Art. 3' Rn. 30; Rauscher, *IPR* Rn. 517; Sturm, *StAZ* 1990 350. Buna karşılık isim hukukunda da bağımsız ön sorun için Andreas Heldrich, *Das Internationale Privatrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof*, in (Hrsg) Andreas Heldrich and Klaus J. Hopt

kılınan milli hukukuna göre ortaya çıkan adları kullanır<sup>450</sup>. Bunun için, adın devletten devlete belirli bir aile hukuku ön sorununun ilgili devlet tarafından nasıl bağlanılacağı durumuna göre değişik şekilde değerlendirilmemesi gereken özel bir kişiler hukuku teşkil ettiği desteklenmektedir<sup>451</sup>. İlgililerin, örneğin çocuğun yurtiçinde bağımsız ön sorun bağlama gücüyle (*lex fori*) koyulan adının, yabancı belgelerde kayıtlı olduğundan farklı bir ad kullanmak zorunda olması halinde çoğu kez hoş olmayan, resmi makamlarda karışıklık yaratacak ve ayrıca istenmeyen sonuçları olabilecektir<sup>452</sup>. Şüphesiz çocuğun adının çocuğa zarar verecek nitelikte olmaması gerekmektedir, bu nedenle ön sorun bağlamında çocuğun lehine olacak şekilde çözümlenmelidir. Nitekim belirtmek isteriz ki *lex causae* yöntemi, milletlerarası ad hukukunun Avrupa kodifikasyonu için de savunulmaktadır<sup>453</sup>.

Ad hukukunda *lex causae* ilkesinin bir istisnası, ön sorun olarak ortaya çıkan aile hukuku statüsünün daha önce *for* ülkesinde verilmiş veya tanınmış inşai bir kararın konusu olduğunda söz konusu olur. Bu bakımdan milletlerarası usul hukukunun milletlerarası özel hukukundan (ihtilâf hukuku) önceliği vardır. Öte yandan soyadın belirlenmesinde ortaya çıkan aile hukuku ön sorunun *lex fori* çözümlenmesi gerektiği de söylenmektedir<sup>454</sup>. Bir diğer yönden modern milletlerarası ihtilâf normları uygulanacak maddî hukukun içeriği karşısında daima tarafsız değildir, bilakis belirli bir kişi veya belirli bir maddî-hukukî sonuç lehine yönelik bir amaç izleyebilir. Böyle alternatif bağlamalarda ön soruna ilişkin olarak da *lex fori* veya *lex causae* yapılıp yapılmayacağına uygunluk yönünden ayrıma gidilmesi gerektiği mülâhaza edilir.

---

50 Jahre Bundesgerichtshof- Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000, 734-776. (FS 50 Jahre BGH, Bd. II, 2000) 733 (748).

<sup>450</sup> BGHZ, 90, 129 (140).

<sup>451</sup> BayOblGZ, 1986, 155 (162); Erman and Hohloch, *EGBGB Art. 10 Rn. 7a*; Wengler, Wilhelm, "Vorfragen beim Namensrecht", IPRax 1987, 164. : Wengler, bu konuda eleştirici yöndedir. İsim ihlallerinde isim statüsünü bu bakımdan haksız fiil statüsü ile daraltmaktadır.

<sup>452</sup> Çocuğun adına ilişkin meseleler diğer bölümde detaylı incelenecektir.

<sup>453</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Anatol Dutta, 'Ein Name in ganz Europa' in Anatol Dutta, Tobias Helms and Walter Pintens (eds) (2016) 75,76ff.

<sup>454</sup> Bu şekilde özellikle v. Bar and Mankowski, IPR I § 7 Rn. 212; Mäsch, in Leible/Unberath Rom 0-VO 201 (214); Soergel and Schurig, *EGBGB Art. 10 Rn. 88*; Bkz. Reinhard Hepting, 'Angleichung im internationalen Namensrecht' in StAZ (Verlag für Standesamtswesen 2001); Hatice Selin Pürselim Arning, 'Alman MÖHK md. 47 ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Hukuk Uyarınca Doğumla Kazanılan Soyadın İntibakına Dair Düşünceler' (İntibak) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (2), 2020, 215-229.

Örneğin çocuğun yararının gözetilmesine ilişkin yararlandırıcı bağlama yapıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Böyle bir yaklaşım, Alman öğretisinde özellikle soybağı hukukunda savunulmaktadır. Bu meseleler Alman EGBGB'nin 19/1. maddesinin<sup>455</sup> 1. cümlesine göre belirlenecek maddî hukuk çerçevesinde (maddî hukuk ön sorunu olarak) ortaya çıkmakta veya Alman EGBGB'nin 19/1. maddesinin 3. cümlesi<sup>456</sup> uyarınca annenin evliliğinin geçerliliğine (ilk mesele) bağlanmaktadır<sup>457</sup>. Babalık karinesi, çocuğa sadece Alman ihtilâf normlarına göre yetkili olan hukukun evliliği geçerli olarak gördüğünde değil, aynı zamanda evliliğin yalnızca yabancı soybağı hukuku bakışı açısından (yani ön sorunun bağımlı *-lex causae* bağlaması) geçerli olduğunda da yarar sağlar<sup>458</sup>. Soybağı statüsü bakımından “anne” kavramı<sup>459</sup> (taşıyıcı anne) da bağımsız bağlanır<sup>460</sup>. Gerçi bu bakış, tek başına, EGBGB'nin 19/1. maddesinin 3. cümlesi çerçevesinde evlilik ve annelik bakımından hukuk tekniği olarak *lex fori* bağlanacak ilk meseleler söz konusu olduğu argümanı ile reddedilmesine imkân vermez. Bu bakımdan ihtilâf normunun düzenleme amacının özellikleri istisnai olarak bu ilkedan ayrılmayı haklı kılabilir. Sonuçta geçerli evliliğin ve anneliğin ön veya ilk mesele olarak *lex fori* bağlanmasında karar kılınması gerekir. Çünkü EGBGB'nin 19/1. maddesinin lafzına göre burada söz konusu olan çocuğa sahih nesebi sağlamak için mümkün olduğunca yardım etmek değil, bilakis yalnızca soybağının tespitini kolaylaştırmaktır. Bunun için EGBGB'nin 19/1. maddesinin *lex fori* bağlamada da kalan bağlama varyasyonları kural olarak yeterli

<sup>455</sup> Alman EGBGB'nin “Soybağı” başlıklı 19. maddesi aynen şöyledir:

“(1) 1Çocuğun soybağı çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuka tabidir.

2Her ebeveyn tarafıyla ilişkide ilgili ebeveyn tarafının dahil olduğu devletin hukukuna göre de belirlenebilir.

3Anne evliyse soybağı, ayrıca 14. maddenin 1. fıkrasına göre evliliğinin genel etkilerinin doğum anında tabi olduğu hukuka göre belirlenebilir; evlilik daha önce ölüm nedeniyle sona ermişse, bu durumda sona erme anı belirleyicidir.

(2) Ebeveyn birbiriyle evli değilse, babanın hamilelik nedeniyle anne karşısındaki yükümlülükleri annenin mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tabidir.”

<sup>456</sup> “Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung ferner nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Artikel 14 Abs. 1 unterliegen.”

<sup>457</sup> Bunun için örneğin Henrich, ‘Liber Amicorum Schurig 2012’ 63 (66); tüm ön sorunların sonuca endeksli çözümü destekleyen olarak bkz. Rhona Schuz, *A Modern Approach to the Incidental Question* (Springer Verlag Heidelberg u.a. 1997).

<sup>458</sup> Henrich, ‘Liber Amicorum Schurig 2012’ 63 (66); Dutta, ‘FamRZ 2016’ 1256,1257.

<sup>459</sup> Soybağının belirlenmesi bakımından anne-baba kavramları hukuk tekniği açısından ön sorun değil, daha ziyade ilk mesele teşkil eder.

<sup>460</sup> Henrich, ‘Liber Amicorum Schurig 2012’ 63.66.



olacaktır <sup>461</sup>. Eğer kanunkoyucu farklı bağlama varyasyonlarını seçim için sunacak olursa, aynı zamanda ihtilâf hukukunun seçime dâhil edilmesini haklı kılan yeterince sıkı bir bağlantının hangi hukukta bulunduğuna ilişkin nihai hukuk politikası doğrultusunda karar alır. Farklı bağlama noktaları seçiminin mümkün kılınması çocuğun yararının gözetilmesinin yolunu açabilecektir.

Klasik milletlerarası ihtilâf hukuku sisteminde maddî hukuk saikli alternatif bağlamalar istisnai karakter taşıdıkları için, böyle ihtilâf normunda gösterilen hukuk düzenlerinin tahdidi olarak anlaşılması gerekir. Fakat *lex causae* bir ön sorun bağlaması, yasa tarafından sayılan hukuk düzenlerinin ötesine genişletebilir ve böylece örneğin çatışan menfaatler arasındaki dengeyi bozabilir<sup>462</sup>. Yasa koyucunun taşıyıcı anneliğe ilişkin tümüyle tartışmaya değer kısıtlayıcı tutumu, *lex causae* bir ön sorun bağlamasıyla düzeltilmesine imkân vermez<sup>463</sup>. Yüksek yargı içtihatları da soybağı hukukunda *lex fori* bağlamayı tercih eder<sup>464</sup>. Alman Yargıtayı, birisinin (A) babalığını başka birisinin (B) babalık tespitinin ön sorunu olarak (EGBGB m. 19) açıkça ebeveynliğe itiraza ilişkin EGBGB'nin 20<sup>465</sup>nci maddesine göre bağımsız bağlamıştır. B'nin babalık tespiti için yetkili olan hukuk A'nın babalığının giderilmesini tanıyıp tanımayacağı, EGBGB'nin 20'nci maddesine göre kesin değildir. Belirsiz (sallantıda) akrabalık ilişkisi yasanın anlayışı tarafından bilinçli şekilde göze alınmaktadır<sup>466</sup>.

### c. Hâkimin Hukukunda Bilinmeyen Hukukî İlişkilerde Çocuğa İlişkin Durumlar

Ön sorun bağlamında çocuğa ilişkin mülâhazalarda ele alınacak bir diğer konu da hakimin hukukunda bilinmeyen hukuki ilişkilerde çocuğun yararının nasıl dikkate alınabileceğidir. Alman hukukunda baskın görüşe göre bağımsız (*lex fori*) bağlama ilkesinin bir diğer istisnası, yetkilendirilen maddî hukukun örneğin statü meselelerinde *lex fori*'nin (artık)

<sup>461</sup> Kropholler, *IPR* § 48 IV 1b.

<sup>462</sup> v. Bar and Mankowski, *IPR* I § 7 Rn. 206.

<sup>463</sup> Krş. VG Berlin, BeckRS 2012, 56424: Ukrayna hukukunun taşıyıcı annelik kurumunun kamu düzenine (ordre public) aykırılığı.

<sup>464</sup> BGH, NJW 2016, 2322 Rn. 31.

<sup>465</sup> EGBGB

Madde 20

Ebeveynliğe itiraz

1 Ebeveynlik, gereklerinin doğduğu herhangi bir hak altında itiraz edilebilir.

2 Çocuk, mutlak ikametgahının bulunduğu ülkenin yasalarına göre her durumda ebeveynliğe itiraz edebilir.

<sup>466</sup> BGH, NJW-RR 2012, 449 Rn. 20

tanımadığı bir farklılaştırmaya giriştiğinde<sup>467</sup> haklı bulunmasıdır<sup>468</sup>. *Lex causae*’ ye göre önemli olan böyle bir statünün somut olayda mevcut olup olmadığını istisnai olarak kendi ihtilâf kurallarına göre belirlenen hukuk bizzat belirler. Diğer görüşe göre, bu durumlarda (örneğin Alman EGBGB’nin soybağına ilişkin 19. maddesi EGBGB’nin evliliğe ilişkin 13. ve evlenmenin genel hükümleriyle ilgili 14. maddeleriyle bağlantılı olarak) doğrudan veya kıyasen uygulanır<sup>469</sup>. Hâkimin hukukunda bilinmeyen böyle ayrımlara ilişkin olarak hukuk geliştirme yoluyla özel bir ihtilâf normunun oluşturulması da kısmen önerilmiştir<sup>470</sup>. Bu bakımdan EGBGB’nin 19. maddesine başvurulamaz. Çünkü bu kural bu şekilde sadece soybağını ilgilendirir ve sonuçta tam da evlilik içi ve evlilik dışı bir akrabalık ilişkisinin söz konusu olup olmadığına göre ayırım yapmaz<sup>471</sup>. Gerçi *lex fori* bağlama için yazılı olmayan spesifik bir ihtilâf normunun oluşturulması düşünülebilir<sup>472</sup>; fakat bu, hukukî bir belirsizliğe yol açabilir<sup>473</sup> Forum devletinin iç karar ahenginin yurtiçinde ilgili aile hukuku statüsünün (nesebin sahil veya sahil olmaması) artık asıl meselenin konusu olarak görülmediğinden beklenemez şekilde zedelenmesi gibi bu tür ön sorunların *lex fori* bağlanmasına kati bir şekilde karşı çıkar<sup>474</sup>. Bu nedenle, *lex causae* bağlama istisnaen de olsa tercih edilebilir. Daha sonra ortaya çıkan asıl meseleye ilişkin maddî hukuk cevabın (örn. gayri sahilli çocuğun miras hakkının yasaklanması veya azaltılması) *lex fori*’nin kamu düzeniyle bağdaşır olup olmadığı daima kontrol edilir.

<sup>467</sup> Örneğin sahil nesepli çocukların miras hakkı veya nafaka talebinin gayri sahil nesepli çocuklarından farklı ele alınması gibi.

<sup>468</sup> BayObLGZ, 2002, 4 (10); Erman and Hohloch, EGBGB Art. 19 Rn. 24; Henrich, ‘FamRZ 1998’ 1401 (1405); Henrich, ‘StAZ 1996’ 353 (357); Kropholler, ‘IPR2 § 32 IV 2c; Palandt and Thorn, EGBGB Einl. Vor Art. 3 Rn. 30; Staudinger and Henrich, ‘EGBGB Art. 19’ (2014) Rn. 96.

<sup>469</sup> Doğrudan uygulanma için Heinrich Dörner, Probleme des neuen internationalen Kindschaftsrechts, FS Henrich, 2000, 119 (127); sonuçta aynı yönde Christiene Budzikiewicz, *Materielle Stauseinheit und kollisionsrechtliche Statusverbesserung* (Mohr Siebeck 2007) Rn. 596; Bamberger, Roth and Lorenz, ‘EGBGB Art. 25’ Rn. 45; kıyas için Christian v. Bar and Peter Mankowski, ‘IPR’ I § 7 Rn. 213.

<sup>470</sup> Carmen Christina Bernitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht* (Mohr Siebeck Tübingen 2010) 85; Budzikiewicz, Rn. 597ff.

<sup>471</sup> Krş. NK-BGB and Kal Bischoff, EGBGB Art. 19 in Barbara Dauner-Lieb and Werner Langen (Hrsg), BGB Schuldrecht (Nomos Kommentar, Band 2,3. Auflage ) (Nomos Verlag Baden Baden 2016) Rn. 12.

<sup>472</sup> Şahsın hukukunda meşruluk bağlaması için krş. BayObLGZ, 1999, 163; BayObLG, BeckRS 1999, 05443.

<sup>473</sup> Bu şekilde Staudinger, Fritz Sturm and Gudrun Sturm, (2012) Rn. 287; krş. ayrıca Erman and Hohloch, EGBGB Art. 19 Rn. 24 ; Kropholler, IPR § 32 IV 2c (“bağımlı ön sorundan daha karmaşık”); aksi yöndeki görüş Bernitt, 85.; Krş. Dörner, FS Henrich, 2000, 119 (127); aksi yöndeki görüş için Kropholler, IPR § 32 IV 2c.

<sup>474</sup> Staudinger, Sturm and Sturm, Rn. 287; aksi yöndeki görüş için Bernitt, 86.

Çocuğun miras hakkının yasaklanması veya azaltılması, çocuğun zararına olacağından kamu düzeni müdahalesi ile çocuğun üstün yararı korunabilecektir.

Alman Mülteci Kanununun (AsylG) 26/1. maddesinin<sup>475</sup> 2. cümlesi, Çocuk Evlilikleriyle Mücadele Kanununun Alman hukukuna göre evlenme anında ergin olmama yüzünden evlilik geçersiz veya iptal edilmiş olduğunda, bunun mülteci olarak tanımada nazara alınamayacağını açıkça belirtmektedir. Kişinin eşine de aynı imkân sağlanır. Bu hüküm ile aile birliğinin sağlandığı ve çocuğun yararının dikkate alındığı söylenebilir. Ergin olmama hali kendi hukukuna göre geçersiz olduğundan bu durumu kendi hukuku ya da Alman hukuku koruyamayacak ama mülteci olarak tanınabilir. Yetişkinlere böyle bir koruma getirilmemiş, yalnızca çocuklara bu koruma getirilmiştir. Türk hukukunda ise ilgili mevzuat uyarınca Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK<sup>476</sup>) böyle bir koruma getirilmemiştir.

### C. Atf Yönünden Üstün Yararı

Kanunlar ihtilâfi kurallarının "gösterici hukuk kuralı" olma niteliğinden ortaya çıkan ve kuralların işleyişi esnasında çözümü gereken diğer bir sorun da atf (*renvoi*) meselesidir<sup>477</sup>. Hâkimin hukukunda bulunan kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı yabancı ülke hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarının uyumsuzluğunun çözümü konusunda başka bir ülke hukukunu yetkili kılmasına "atf" (*renvoi*) olarak ifade edilir<sup>478</sup>.

<sup>475</sup> Aile ilticası ve aile üyeleri için uluslararası koruma

(1) 1 Sığınma hakkına sahip bir kişinin eşi veya partneri, aşağıdaki durumlarda başvuru üzerine sığınma hakkına sahip bir kişi olarak tanınır ...

2 1. cümleye göre sığınma hakkına sahip kişi olarak tanınmak için, evliliğin etkisiz olması veya evlilik sırasında azınlık nedeniyle Alman hukukuna göre feshedilmiş olması önemsizdir; bu, evlilik sırasında reşit olan eş lehine uygulanmaz.

*Fassung aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.07.2017 (BGBl. I S. 2429), in Kraft getreten am 22.07.2017*

<sup>476</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG. 11.04.2013/28615.

<sup>477</sup> Nomer, *DHH 2021* 85.; Çelikel and Erdem, 106ff.; Can and Tuna, *MÖH* 174.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 59ff; Doğan, 222ff.;

<sup>478</sup> Atfın kabul edilmesinin nedenleri genel olarak şöyle sıralanabilir:

- Yabancı hukuku uygulama iradesi veya hâkimin hukukunun bu konuda menfaatinin olmaması,
- Milletlerarası karar ahengi,
- Hukukun uygulanmasındaki basitlik ve
- Güvenin korunması.

İnceleme konumuz çocuğun yararı olduğundan, soybağı, velayet sorumluluğu, çocuğun şahıs ve malvarlığını koruyacak tedbirler, nafaka, evlat edinme Türk hukukuna göre aile hukuku, miras da kişiler hukukuna ilişkin ihtilaflar olduğundan, bu meselelerle ilgili uygulanacak hukuk konusunda atıf dikkate alınacaktır<sup>479</sup>. MÖHUK'un 2/3.maddesinin açık hükmü karşısında çocuğun yararının ilk bakışta sonucu değiştirici bir etkisi olamayacağı, bilakis sonucun yalnızca yetkili kılınan ülke hukukunun düzenlemesine göre belirleneceği söylenebilir.

Atıf konusu, çocuğun yararı bağlamında soybağı yönünden birçok farklı sonuç doğuracak ve çocuğu etkileyebilecektir. Bu nedenle öncelikle incelememiz soybağı konusunda olacaktır. Alternatif bağlama kuralının kabul edildiği durumlarda atfin nazara alınması hususu önem arz etmektedir. Atfin dikkate alınması alternatif bağlamaların anlamı ve işleviyle de çelişebilir. Zira bir bağlama kuralının alternatif bağlama kuralı olarak düzenlenmesinde bir amaç güdülmektedir. Bu bağlamalar belirli bir maddi sonucu örneğin çocuğun soybağının kurulmasını sağlamayı amaçlar. Bu yönde, alternatif bağlama kurallarından birisi ile amaca ulaşıldığında zaten artık bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle atıf, alternatif olarak uygulanmaya yetkili kılınan hukukların sınırlandırılmasına yol açtığında dikkate alınmaz<sup>480</sup>. Aşağıda da daha detaylı açıklanacağı üzere, MÖHUK'un 16.maddesi, soybağının ve velayet ilişkisinin kurulmasını amaçlayan, alternatif bağlama kuralları ile düzenlenen ayrıca çocuğun yararını dikkate alan düzenlemedir. Bu madde bağlamında atıf kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır<sup>481</sup>.

Soybağı hususunda işin mahiyeti gereği -çocuğun korunması ve yararı- kanunlar ihtilâfi kuralı, yetkili hukukun maddî kurallarının uygulanmasından yola çıkılmış ve böylece iade atıf ve devam eden atıf zımnen reddedilmiştir. Soybağının kurulmasında basamaklı bir şekilde uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfi kuralının gayesi de soybağı

---

<sup>479</sup> Nuray Ekşi, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları*, (Kararlar), 1. Baskı (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010) 183.

<sup>480</sup> OLG Hamburg FamRZ 2012, 568; OLG Hamm FamRZ 2009, 126; OLG Nürnberg FamRZ 2005, 1697; OLG Stuttgart FamRZ 2001, 246; Staudinger and Hausmann, EGBGB Art. 4 Rn. 95 vd.; Palandt and Thorn, EGBGB Art. 4 Rn. 6; aksi yöndeki görüş (daima maddi hukuku göndermesi) Kartzke, IPRax 1988, 8 (9); Carsten Thomas Ebenroth and Uwe Eyles, 'Der Renvoi nach der Novellierung des deutschen Internationalen Privatrechts' IPRax 1989 1 (10); Rauscher, 'NJW 1988' 2151, 2153.

<sup>481</sup> Ekşi, *Kararlar* 183.

ilişkinin kurulmasını sağlayacak bir maddî hukuka ulaşmaktır. Böyle bir hukuka ulaşıldığında, artık, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralının dikkate alınması amaca uygun düşmeyecektir<sup>482</sup>. Zira yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda amaçsal yorum yöntemi ile hareket edilmesi yerinde olacaktır<sup>483</sup>. Dolayısıyla, belirli bir amacı gerçekleştirecek maddî hukuka ulaşıldığında, iade atfın ve devam eden atfın zımnen reddedildiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Soybağının kuruluşu, şekli ve hükümlerinde atıf uygulamasının mümkün olup olmayacağı öğretide de tartışılmıştır<sup>484</sup>. Türk öğretisinde baskın şekilde savunulan görüş, soybağının kuruluşunda işin mahiyeti gereği kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasından yola çıkılarak ve böylece iade atfın ve devam eden atfın uygulanmasının zımnen reddedildiğini ileri sürmektedir<sup>485</sup>. Bu yaklaşıma göre, soybağının kurulmasına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının (MÖHUK m. 16) amacı çocuğun soybağının kurulmasını sağlayan bir hukuk düzenini bulmaktır. Kademeli ya da alternatif olarak görülen bağlama noktalarına göre belirlenen yabancı ülke hukukunun maddi kurallarına göre soybağının kurulması sağlanıyorsa artık atfın dikkate alınmasına gerek kalmayacaktır, aksi durum kanunlar ihtilafı kuralının amacıyla bağdaşmayacaktır. Uygulanacak hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasından hareket eden ve atfı bertaraf amacını taşıyan kanunlar ihtilafı kurallarında da atıftan vazgeçilmesi gerekmektedir. Bu tip kanunlar ihtilafı kuralları atfın anlam ve amacıyla uyuşmayan kurallardır.

---

<sup>482</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 61.; Doğan, 224.

<sup>483</sup> Nomer, 154; Esra Dardağan Kibar, 'Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, (2011/I, Beta Yayıncılık, 2012) 541, 549ff.

<sup>484</sup> Soybağında atıf konusuna ilişkin bkz. Giray, Faruk Kerem: 'Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi', (Hakkaniyet) (2011) VIII (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan) 555, 563.

<sup>485</sup> Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 65.; Nomer, *DHH 2021* 271ff.; Çelikel and Erdem, 272ff.; Doğan, 231.; Can and Tuna, *MÖH 367ff.*; Benzer şekilde, Vahit Doğan, Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku (1998) 6 (1-2) (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan) 821, 848.; Doğan, 227.; Dardağan Kibar, 550; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, 57. Dardağan-Kibar, MÖHUK. m. 2/3 hükmünün soybağı konusunda amaçsal yoruma tabi tutulması gerektiğini, aksi yönde bir yorumun MÖHUK. m. 16'nın konuluş amacına aykırı düşeceğini ileri sürmektedir, bkz. Dardağan-Kibar, 550. Doğan, 231; Uyanık-Çavuşoğlu, 'Soybağı' 319.

Diğer bir görüş ise soybağının kurulmasında atfın dikkate alınması ile ilgili kesin kurallar koyulmasının doğru olmayacağını belirtmektedir<sup>486</sup>. Bu görüşe göre, kanunun amacının çocuğun soybağının kurulması olduğundan atfın reddedilmesi ile soybağı kurulamayacaktır. Aksi durumda olabilir. Soybağında atfın kural uygulanmasının, ancak MÖHUK hükümleri tarafında yetkili kılınan yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerine göre soybağının kurulup kanunlar ihtilafı kuralları tarafından soybağının kurulamaması halinde atfın dikkate alınmaması şeklindedir<sup>487</sup>. Görüldüğü üzere kesin kurallar koyulmasının sonucunda çocuk bakımından istenmeyen sonuçlar doğabilir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 21<sup>488</sup>. maddesinde Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun tespitinde “atıf” (renvoi) prensibi, kural olarak, reddedilmiştir. Ancak 21. maddenin 2. fıkrası uyarınca; atıf, şartlı olarak<sup>489</sup> kabul edilmiştir ve sınırı çocuğun üstün yararı ile çizilmiştir. Sözleşme'nin 22. maddesi uyarınca uygulanacak yetkili hukukun reddedilebilmesi, uygulanacak yetkili hukukun çocuğun üstün yararı dikkate alınarak yalnızca kamu düzenine aykırı olması halinde mümkün kılınmıştır.

Soybağında atıfa ilişkin bir diğer konu da soybağının kurulma şekline ilişkindir. MÖHUK'da soybağının kurulmasının şekline ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından genel kural uygulama alanı bulacaktır. Buna göre de soybağının kurulmasının şekli geçerliliği MÖHUK'un 7.maddesi uyarınca işlemin yapıldığı yer hukukuna ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerine tabi olacaktır<sup>490</sup>.

Diğer bölümde de detaylı inceleneceği üzere soybağının hükümlerinde atfın tartışmalı bir husus olmasının sebebi aslında MÖHUK'un 16. maddesinin düzenleniş biçimidir. Öğretide bu konuda savunulan görüşlerden biri, soybağının hükümlerinde atfın dikkate

---

<sup>486</sup> Merve Acun Mekengeç, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması' (2013) XVII (3-4) EÜHFD, 23, 264.

<sup>487</sup> Benzer şekilde, Acun-Mekengeç, 264.; Uyanık-Çavuşoğlu, 319.

<sup>488</sup> Bkz. Ulusu-Karataş, 'Velayet' 1144ff.: Sözleşme'nin 21. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “Sözleşme'de uygulanacak hukukun belirlenmesinde, kural olarak, “atıf” (renvoi) kabul edilmediğinden, koruma tedbirlerini almada uygulanacak hukuk, yetkili akit devlet makamının iç maddi hukuk kurallarıdır.”

<sup>489</sup> Adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesisi ve sona ermesine uygulanacak hukukun, Sözleşme'ye akit olmayan bir devletin hukuku olması halinde kabul edilmiştir.

<sup>490</sup> Acun- Mekengeç, “Atıf” 265.

alınmaması gerektiği yönündedir<sup>491</sup>. Bu görüşün gerekçesi şöyle izah edilebilir: Soybağının hükümlerinin soybağını kuran hukuka tabi tutulması halinde uygulanacak hukukta bir parçalanma yaşanabilecektir bu nedenle bütünlüğün korunması için atıf nazara alınmamalıdır. Bununla birlikte, soybağının hükümlerine müşterek hukukların uygulanmasının nedeni MÖHUK'un 17. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere "aile içi ilişkilerde" uygulanan hukukta bütünlüğün sağlanmasıdır. Bu görüşe göre, soybağının hükümlerine soybağını kuran hukuk uygulanırsa soybağını kurarken atıf dikkate alınmayacak, ancak hükümlerinde dikkate alınacaktır<sup>492</sup>. Bu durum iki başlı bir sonuç yaratacak kanunun amacına da uygun olmayacaktır. Ayrıca, soybağının hükümlerine müşterek milli hukuk ya da müşterek mutata meskenin uygulanırken maddenin bir kısmında atıf dikkate alınıp diğerinde alınmaması bu birliği bozacaktır. Bu nedenle atfın bu noktada da dikkate alınmayabileceği görüşünü savunanlar da bulunmaktadır<sup>493</sup>. Bu görüşe katılmamakla birlikte kanaatimizce soybağı kurulduktan sonra uygulanacak hükümler oldukça önemlidir. Bu nedenle yetkili hukukun maddi normlarına göre soybağı kuruluyorsa o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yapacağı göndermeye artık gerek kalmaması gerekir. Çocuğun üstün yararının soybağı kurulduktan sonra uygulanacak hükümler bağlamında gözetilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

MÖHUK'un 16/1. maddesinin amacı, soybağının ne şekilde olursa olsun bir an kurulmasına ilişkindir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere soybağı kurulduktan sonra uygulanacak yetkili hukuk çocuğun yararı bağlamında önem arz etmektedir. MÖHUK'un 17. maddesi ise soybağının hükümlerine (statüsü) ilişkin olup, çocuğun yararına odaklı etkiler göstermelidir. Her ne kadar 17. maddenin lafzı buna izin vermese de dolaylı olarak (indizent) çocuğun yararının gözetilmesine imkân sağlayabilir. Şöyle ki, çocuğun yararının söz konusu olduğu ve davaya konu edilen bir olayda yetkili hukuk A ülke hukukudur. Ancak bu hukuk başka ülke hukukuna gönderme yapıyor ve gönderme yapılan ülke hukuku (B ülke hukuku) çocuğun

<sup>491</sup> Nomer, *DHH 2021* 271ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 65.; Çelikel and Erdem, 272.; Doğan, 231.; Can and Tuna, *MÖH* 367ff.

<sup>492</sup> Acun- Mekengeç, 'Atıf' 265.; Akıncı and Demir Gökyayla, 148; Zeynep Özgenç, 'Velayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler' (2018) XXII (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 14.; Elif Selen Batıgün, *Milletlerarası Aile Hukukunda Velayet ve Çocuğun Korunması* (1st edn, Seçkin 2021) 108.

<sup>493</sup> Bkz. *ibid* 265.; *ibid*, 148; *ibid*, 14.; *ibid*, 108.

yararına ise dikkate alınmalıdır. MÖHUK'un 2/3. maddesinden aleyhe bir sonuç çıkmadığı gibi 16. maddenin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasında söz konusu olan durumlar arasında işlev farklılıkları söz konusudur.

Atfin kesilmesinin çocuğun yararına yönelik bir durum olup olmadığı ya da başka ülke hukukuna göre soybağının kurulmasının çocuğun daha lehine olacağı düşünülürse bu hukukun yetkili kıldığı hukuka göre soybağı kurulamıyorsa buna yönelik bir düzenleme yapılırsa çocuğun yararı gözetilmiş denilebilir.

Bu bağlamda tartışılması gereken bir başka konu, soybağı hüküm statüsünün soybağını kuran statüye tabi tutulmasının doğru olup olmadığıdır. Bu durumda kaçış hükmü gibi bir hüküm getirilip getirilemeyeceği tartışmaya açıktır. Kanımızca, çocuğun korunmaya değer (üstün) yararı gerektiriyorsa soybağını kuran hukukun değil, daha lehteki hukukun lehteki bir hukukun uygulanması sağlanabilirdi. Ancak böyle bir kaçış hükmünün de halin şartlarına göre haklılık arz etmesi gerekir. Çocuk için daha elverişli/daha lehteki hukukun uygulanması amacı güdülürken çocuğun aşırı yararlanması durumundan da kaçınmak gerekir. Aşırı yararlanma durumunun ortaya çıkmasını engellemek için kaçış hükmü haklılık arz etmelidir.

İstikrar ve belirlilik açısından iade atıf ve devam eden atfin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Atfi kabul etmek bu bakımdan hükmün amacına uygun düşmeyecektir. Dolayısıyla konumuza ilişkin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda amaçsal yorum yönteminin kullanılmasının yerinde olacağı kanısındayız.

Soybağının hükümleri de soybağını kuran statüye tabi tutulmuş olmasına karşın atfi mümkün görürken, soybağının sona ermesi bakımından atfa cevaz verilmiyorsa, çocuğun yararına ölçüt alınmış olabilir mi? Belirlilik için böyle bir hüküm getirilmişse de çocuğun yararının sonsuz nitelikte olmaması gerektiği görüşündeyiz. Çocuğun soybağı çocuğa zarar verecek nitelikte ise iptali mümkün olmalıdır. Kamu düzeni müdahalesi boyutu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Bazı durumlarda da kanunlar ihtilâfı alanını düzenleyen milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını da dahil edip etmediği, bizatihi



sözleşmelerde sarahate kavuşturulmuştur. Böylece sözleşmeye konu uyuşmazlıklarda iade atfın veya devam eden atfın uygulanıp uygulanmayacağı tereddüdü önlenmiştir. Kanunlar ihtilâfına ilişkin milletlerarası sözleşmelerde "uygulanacak hukuk" kavramı, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, prensip olarak *maddî hukuk atfı* olarak yorumlanmalıdır. Meselâ 1973 tarihli Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesinin 9. maddesine göre, “*nafaka alacaklısına kamu kurumlarının yapmış olduğu ödemelerin, nafaka borçlusundan talep edilip edilemeyeceği, kamu kurumunun bulunduğu ülke hukukuna tâbidir*”. Bu hukuktan kasıt, kamu kurumunun bağlı olduğu ülkenin maddî hukukudur. Lahey Sözleşmesinin 4. maddesinde “*Birinci maddede öngörülen nafaka yükümlülüğünü, nafaka alacaklısının mutat meskeninin bulunduğu devletin iç hukuku düzenler*” demek suretiyle, iade atf ve devam eden atfın uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

Sonuç olarak, soybağının kurulması ve hükümleri bakımından atf dikkate alınmalıdır. Soybağının iptalinde ise atf MÖHUK’un 16/2. maddesinin gereği ve sonucu olarak mümkün değildir. Olması gereken hukuk bakımından çocuk için de asgari koruma hükmü getirebileceğini düşünüyoruz. Bu nedenle önerimiz Türk hukukunda çocuğa yönelik asgari koruma gibi hüküm getirilmesi şeklindedir. Soybağının kurulması ve hükümleri bakımından atf dikkate alındığında en azından çocuğa yönelik asgari koruma hükmü getirilmelidir. Çocuğun asgari korunması sağlanırken çocuğun korunmaya değer (üstün) yararının korunması sağlanmaya çalışılmalıdır.

Milletlerarası özel hukuk anlamında korunacak menfaat bu noktada çocuğun yararı olacağından en sıkı ilişkili hukukun tespitinde gerçekten o olay için sıkı ilişkili hukuk araştırılarak, somut olaydaki daha sıkı ilişkili hukuk, daha sıkı ilişkili hukuk ya da çocuğun yararının dikkate alındığı hukukun tercih edilmesi şeklinde bir düzenleme önerilebilir. Zira en sıkı ilişkili hukuku belirlenmesinde kabul edilen hukuki karine, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya ikametgahı devletin hukuku olarak kabul edildiğinden burada çocuğun mutad meskeni veya çocuğun daha lehine olan, çocuğa asgari koruma sağlayan bir hukuk seçilebilmelidir<sup>494</sup>.

<sup>494</sup> Gelgel, *Tüketici* 111: İsviçre IPRG m. 117 ve mülga EGBGB’nin 28/2. maddesi örnek verilebilir.

#### D. Yabancı Hukukun Uygulanması Yönünden Üstün Yararı

Yabancı unsurlu özel hukuk işlem ve ilişkilerinde uygulanacak yabancı hukukun hukukî niteliği, muhtevasının tespiti ve temini ile bu hukukun somut olaya uygulanması imkânları<sup>495</sup>, MÖHUK'un 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

*"(1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.*

*(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır."*

Türk mahkemelerinde Türk hukukunun uygulanması asıl olmakla birlikte kanunlar ihtilafı kuralları sayesinde mümkün hale gelen yetkili yabancı hukukun uygulanması da asıldır. Bu hukuk, maddi olayda çocuğun aleyhine sonuçları olsa da uygulanmalıdır, fakat bu çocuğun korunmasız kalacağı anlamına gelmeyecektir; çünkü çocuğun korunması gereken yararı aşağıda detaylı açıklanacağı üzere Türk kamu düzeni kapsamında değerlendirilebildiği ölçüde uygulanacak yabancı hukukun hükümlerine karşı konulabilir.

Tarafların dava konusu üzerinde özgürce tasarruf etme imkânının olmadığı<sup>496</sup> ve çocuğun yararının gözetilmesinin gerekli olduğu davalarda<sup>497</sup> yabancı hukukun uygulanmasında çocuğun üstün yararı gözetilmelidir. Çocuğun aleyhine sonuç doğuracak şekilde yabancı hukukun uygulanması engellenebilir ve bu da kamu düzeni müdahalesi ile gerçekleştirilebilir.

Kamu düzeni istisna kuralının milletlerarası özel hukuk bünyesinde bir olumlu etkisi bir de olumsuz etkisi bulunmaktadır<sup>498</sup>. Yabancı hukuk yerine Türk hukukunun

<sup>495</sup> Mesut Aygün, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Yeri' (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekamtez'e Armağan) 1025,1027ff.

<sup>496</sup> Abdurrahim Karşı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (2nd edn, Alternatif 2011) 277, 283.

<sup>497</sup> Örnek olarak, kişilik haklarını koruyan davalar, babalık davaları, evlenmenin butlanı davaları, gaiplik davaları, kayımlık davaları, nüfus davaları gösterilebilir.

<sup>498</sup> Nomer, *DHH 2021* 167.

uygulanması olumlu iken yabancı hukukun uygulanmaması olumsuz etkidir<sup>499</sup>. Kamu düzeni kısmında detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere herhangi bir yabancı hukuk kuralının Türk hukukuna aykırı olması, onun her zaman uygulanmaması sonucu doğurmayacaktır<sup>500</sup>. Hâkim, somut olayda uygulanacak yabancı hukuku kural olarak değil istisnâî olarak örneğin velayete ilişkin ise çocuğun yararı lehine saf dışı bırakabilecektir. Kanunlar ihtilafı kuralları sayesinde mümkün hale gelen yetkili yabancı hukukun uygulanması öncelikle sağlanmalıdır<sup>501</sup>.

Kamu düzeni müdahalesi ile yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi yerine Türk kamu düzeninin gerekliliklerinin dikkate alınarak yabancı hukuk kuralı olarak yorumlanabileceğini düşünüyoruz. Somut olayda çocuğun korunması gereken yararı varsa- bazı durumlarda doğrudan uygulanan kural niteliğinde olabilir. Somutlaştıracak olursak Türk hâkiminin önüne gelen olayda doğrudan uygulanan kural bulunmamakta, yabancı ülke hukuku uygulandığı takdirde çocuk korunamıyorsa ve çocuğun yararının korunması gerekiyorsa- Türk kamu düzeni müdahalesi de gelmiyorsa yabancı hukukun Türk kamu düzeni gerekliliklerinin MÖHUK'un 5. maddesi bağlamında dikkate alınarak yorumlanabilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bir başka deyişle, yabancı ülke hukuku bertaraf edilmeyip Türk kamu düzeninin gereklilikleri bağlamında yorumlanabilmelidir. Çocuğun korunmaya değer yararı, kamu düzeni müdahalesi gelmiyorsa yorumda dikkate alınabilir. Bu konu çocuğun üstün yararında da dikkate alınabilir. Örneğin Türkiye ile bağlantısının az olduğu bir durumda (kişilerin Türk vatandaşı olmadığı ancak Türk mahkemesinde görülen bir dava olması halinde) ise yabancı hukukun içeriğine kısmen müdahale edilmesini, Türk hukukuna uygun şekilde ya da dönüştürülerek<sup>502</sup> uygulanmayı mümkün kılar mı? Anayasa'nın 41. maddesi<sup>503</sup> de "devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması

---

<sup>499</sup> Nomer, *DHH 2021 167*.

<sup>500</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 36.; Çelikel and Erdem, 149.; Nomer and Şanlı, 167.; Nomer, *DHH 2021 171*.

<sup>501</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 36.

<sup>502</sup> Dönüştürme için bkz. Can and Tuna, *MÖH 243*.

<sup>503</sup> TC Anayasası Madde 41– "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*

*(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*

*(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."*

konusunda gerekli tedbirleri alması ve teşkilatı kurması” düzenlenmiştir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere Anayasa’da, Türk ya da yabancı çocuk ayrımı yapılmamıştır, bu nedenle yabancı çocuğun korunmasında Türk kamu düzenini ilgilendirir olay varsa bu bağlamda çocuğa ilişkin durumlarda çocuğun lehine olan durumlar göz önünde bulundurulmalıdır. Türk hukukundan hareketle yabancı hukukun uygulanmasında Türk kamu düzeni gereklilikleri MÖHUK’un 5. maddesi bağlamında dikkate alınarak yorumlanabilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

### **E. Doğrudan Uygulanan Kurallar Yönünden Çocuğun Üstün Yararı**

Çocuğun yararını ilgilendiren bir diğer durum da doğrudan uygulan kurallardır. Devletin sosyal, ekonomik ve sağlık politikaları çerçevesinde geliştirdiği iç hukuk kuralları yabancılık unsuru taşıyan olaylara doğrudan uygulanır<sup>504</sup>. Bu gibi hallerde yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümler getiren devletler özel hukuku kuralları bir yana bırakılır ve uygulanmayarak iç hukukun söz konusu kuralları doğrudan devreye girer. Aile hukukunda bilhassa evlenme koşullarına ilişkin bazı kuralların yine doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacağını savunan müellifler bulunmaktadır<sup>505</sup>. Doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanını genişletmek, devletler özel hukuku kurallarının hiç uygulanmaması neticesine dahi götürebilir ki bu nedenle bu yöntemin ender kullanılması ve dar alana şamil olması gerekir.

Zayıf taraf lehine getirilen bu kapsamda çocuk da zayıf taraf olduğundan irade muhtariyetini ortadan kaldıran tüm koruyucu hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde görülüp görülemeyeceği tartışmalıdır. Bu noktada şu tespitler yapılabilir: Zayıf tarafı koruyan her- emredici- kural<sup>506</sup> doğrudan uygulanan kural değildir<sup>507</sup>. Hal böyle olduğu için MÖHUK’ta zayıf tarafı işçi, tüketici gibi korumak amacıyla özel ihtilâf normları öngörülmüştür. Aksi halde, bu ihtilâf

<sup>504</sup> Can and Tuna, *MÖH* 121.

<sup>505</sup> Yücel Sayman, *Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu* (1st edn, İstanbul Üniversitesi 1982) 37; Hatice Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (1st edn, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).

<sup>506</sup> Kira akdinde kiracı, satım sözleşmelerindeki tüketici, sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren taraf genelde zayıf konumdadır.

<sup>507</sup> Çocuğun diğer alanlarda korunmasına ilişkin konu başlığında bu husustan detaylı olarak bahsedilecektir.

normlarına gerek kalmazdı. Bununla birlikte, doğrudan uygulanan kuralların zayıf tarafı koruyucu bir işlevinin olduğu da söylenebilir. İrade muhtariyeti doğrudan uygulanan kurallarla zayıf taraf lehine kısıtlanabilir. Zayıf tarafı koruyan kuralların doğrudan uygulanan kural kategorisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ilgili kuralın içeriği ve amacına göre belirlenir.

Çocuk hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardan velayet hakkının kötüye kullanılması hallerinde mahkeme, ana- babadan velayet hakkını Sevgi Evleri vasıtasıyla doğrudan alabilir. Bu hüküm, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilir. Bu, Türkiye'deki bütün çocukları korumak için getirilmiş bir hükümdür. Bu nedenle mesela, bir Alman çiftin Türkiye'de iken velayet hakkını kötüye kullanmaları durumunda, devlet Alman çocuğun velayetini anne ve babasından alabilir. Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi<sup>508</sup> kapsamında Alman mahkemeleri, mutad meskeni Almanya'da bulunan Türk vatandaşı çocuklar hakkında Sözleşme'nin 1. maddesi çerçevesinde, Türk çocuklarının velileri yanından alınarak bir kuruma (Alman Gençlik Dairesi'ne) veya bir koruyucu aile yanına yerleştirilmesi yönünde kararlar vermişlerdir<sup>509</sup>.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesinin 15/2. maddesinde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları düzenlenmektedir. Bu düzenleme uyarınca çocuğun kişiliği veya mallarının korunması gerektirdiği ölçüde, istisnaen olayla ilintili olan başka bir hukukun uygulanabilmesi veya dikkate alınabilmesi mümkün hale gelmiştir. Sözleşmeye göre üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı, velayet, çocukla kişisel ilişki kurma, çocuğun korunması gibi meselelerde “çocuğun üstün yararının korunmasının gerektiği” durumlardır<sup>510</sup>. Aşağıda daha detaylı inceleyeceği üzere çocuğun zayıf taraf olduğu ilişkilerde gerek mevzuatta gerek milletlerarası

---

<sup>508</sup> RG. 21.02.1983 /17966. Sözleşmeye taraf devletler şöyledir: Almanya, Avusturya, Çin Halk Cumhuriyeti (sadece Macau Özel İdare Bölgesi için), Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve Türkiye.

<sup>509</sup> Kararlar için bkz. Şeref Ünal, ‘Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Hakkındaki 5 Ekim 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme’(1987) (2) Adalet Dergisi, 1, 2ff.; Bkz. Yargıtay 2 HD, E.2416, K. 1257, 26.2.2002.; İlyaz, 79.

<sup>510</sup> Ulusu-Karataş, ‘Velayet’ 1144ff.

sözleşmelerle çocuğun üstün yararı korunmaya çalışılmıştır. Görüldüğü üzere çocuğun korunmasına ilişkin doğrudan uygulanan kurallar bulunmaktadır.

## **F. Türk- Kamu Düzeni Müdahalesi Yönünden Çocuğun Üstün Yararı**

Genel meseleleri incelerken yeri geldikçe kamu düzeni müdahalesi kavramından ve etkilerinden bahsedilmiştir. Hatta öyle ki birçok genel meselede, çocuğun yararı bağlamında kamu düzeni müdahalesi sonucu ortaya çıkan durumların çocuğa etkileri tartışılmıştır. Çocuğu ilgilendiren soybağı, vatandaşlık, velayet, nafaka, miras konuları genel meseleler çerçevesinde incelenmeye çalışılmış, kamu düzeni müdahalesi de koruma kalkını olarak zikredilmiştir. Bu başlık altında daha önceki açıklamalarımıza atıf yaparak konumuz bağlamında çocuğun yararının kamu düzeni ve Türk kamu düzeni kapsamında ele alınıp alınmayacağı hususu ile çocuğun yararının kamu düzeni müdahalesini engelleyici bir etki gösterip gösteremeyeceği incelenmeye çalışılacaktır. Kamu düzeni müdahalesi ilişkisinde çocuğun yararı iki açıdan önem taşıyabilir. İlki, çocuğun yararının kamu düzeni kapsamında ele alınıp alınmayacağı, diğeri çocuğun yararının kamu düzeni müdahalesini engelleyici bir etki gösterip gösteremeyeceğidir. Aşağıda her iki yönden de açıklamalar yapılacaktır. Bu kısımda çocuğun yararı uygulanacak yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığı (MÖHUK m.5) ele alınacaktır.

### **a. Çocuğun Yararının Türk Kamu Düzeninin Kapsamında Ele Alınıp Alınmayacağı Yönünden**

Kanunlar ihtilafı hukukunda yetkili yabancı hukukun ilgili kuralları kamu düzeninin ihlali sonucunu doğurduğunda uygulanmaz. Kamu düzeni müdahalesi olarak adlandırılan bu durum, birçok ülkenin kanunlarında düzenleme altına alınmıştır. Aynı durum Türk hukuk düzeni için de geçerlidir. Türk kamu düzeni müdahalesi MÖHUK'un 5. maddesinde "*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.*" şeklinde hükme bağlanmıştır. Yargıtay kararlarında da belirtildiği ifade ile kanunlar ihtilafı hukukunda kamu

düzeninin ihlali meselesi genel olarak bazı temel prensip ve kaidelerin ihlali ile ortaya çıkar<sup>511</sup>. Kamu düzeninin müdahalesinin koşullarından biri bozulan durumun kamu düzeniyle ilgili olmasıdır. O zaman ortaya çıkan soru, “kamu düzeni”nden ne anlaşılacağı ve esas alınacak anlayışa göre de kapsamının ne olacağıdır. Herkes tarafından mutabakatla kabul edilen, kamu düzeninin yer ve zamana göre değişkenlik arz ettiğiidir. Yargıtay içtihatlarında kamu düzeninin kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

Kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiği ve hangi koşullarda yabancı hukuku maddi olaya uygulanmasına engel oluşturacağı çok açık değildir. Nitekim 1998 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına göre; “ahlak ve dürüstlük kuralları, toplumun, hukukun temel ilke ve yararlarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasa’da yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar; kamu düzenini ihlal eden olgulardır”<sup>512</sup>. Bir başka Yargıtay kararında ise, “hukukumuzun temel değerleri, genel adap ve ahlâk anlayışımız, kanunlarımızın dayandığı temel adalet duygusu ve genel siyaset, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışı milli hukukumuzdaki kamu düzeninin dayanağını oluşturur”<sup>513</sup>. Kamu düzeni, toplumun temel yapısını, kamu yararını, temel çıkarlarını ilgilendiren kurallar bütünüdür<sup>514</sup>.

Hukuk sistemlerinin getirilen kuralların farklılığı kamu düzenine aykırılık teşkil etmemeli, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni dar yorumlanmalıdır<sup>515</sup>. Yalnızca yabancı hukukun kamu düzenine aykırı olduğunu belirlemek ve olayda Türk hukukunu uygulayıp yabancı hukuku uygulamaktan imtina etmek hatalıdır. Yabancı hukukun Türk hukuku ile çatışması halinde, konunun kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle Türk hukukunun uygulanması istisnai bir durumdur. Kanun koyucunun

<sup>511</sup> Nomer and Şanlı, 171ff.; Çelikel and Erdem, 153ff.

<sup>512</sup> Yargıtay HGK K. 12-287/325, 06.05.1998.; Y İBHGK, 10.02.2012, E.2010/1- K.2012/1: RG.20.09.2012/ 28417.; Nomer, *DHH 2021* 165.

<sup>513</sup> Yargıtay 8 HD, E. 2017/6609, K.2018/1418, 25.01.2018.

<sup>514</sup> Kamu düzeni anlayışı, her toplumun siyasi, sosyal ve ahlaki anlayışı birbirinden farklı olması nedeniyle öncelikle yere göre değişmektedir. Can and Tuna, *MÖH 267.*; Hülya Çelik Şeşen, *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 22; Ceyda Süral, *Avrupa Birliği’nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Güncel Yayınevi 2007) 101.; Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No:17, Ankara 1996) 46.

<sup>515</sup> Geoffrey Chevalier Cheshire, *Private International Law* (13rd edn, London 1999) 123.; Çelikel and Erdem, 141.

MÖHUK'un 5. maddesinde özellikle vurgulanan "açıkça" ifadesi ile kamu düzeni müdahalesini en aza indirmek ve yabancı hukukun tatbikini sağlamak amacı güdülmektedir. Kamu düzeni müdahalesinin en aza indirilmesi milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması ve milletlerarası özel hukuk karar ahengi korunmaya çalışılmaktadır<sup>516</sup>. Bu sebeple söz konusu yabancı hukukun uygulanmasında açık ve bariz bir kamu düzeni aykırılığının tespit edilmesi gerekir<sup>517</sup>. Yargıtay'ın hukuk kurallarının farklı olmasından kaynaklanan kamu düzeni müdahalesi velayete ilişkin konularda yaklaşımı birçok kararda açıkça görülmektedir. Örneğin; bir devletin kanunlarına göre evlilik içinde doğan çocuğun ve evlilik dışı çocuğun miras hakları farklı düzenlenirken, başka bir devlette miras bakımından evlilik içi, evlilik dışı çocuk ayırımına gidilmemiş olması gibi farklılıklar bulunabilir. Bu farklılıklar kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Çocuklar arasında erkek-kız ayırımı yapan yabancı bir hukuk kuralının çocuğun yararı bağlamında Türk kamu düzenini ihlâl edeceği aşikârdır. Böyle bir ayırımın yapıldığı hukuk kuralı, kamu düzeninin olumsuz etkisine takılacaktır ve Türk mahkemelerinde kamu düzeni müdahalesi gelecektir. Çocuklar arasında cinsiyet ayrımcılığına sebep olan bir hukuk kuralında da kendisini gösterecek ve bu hukukun uygulanmasını engelleyici etki doğuracaktır.

Kamu düzeni, değişken olduğu için takdiri olup hâkim her somut olayı kendi içerisinde değerlendirmeli ve takdir yetkisini kullanmalıdır. Kamu düzeni, genel ahlakı ve toplumun menfaatlerini korumak amacıyla taraf menfaatlerinin kanun koyucu tarafından geri planda bırakılmasıyla sağlanır<sup>518</sup>.

Milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzeni ve unsurları yer ve mekâna göre değişir. Çocuğun yararının gözetilmesine ilişkin kamu düzeni müdahalesi kararlarına yeri geldikçe değinilecektir.

---

<sup>516</sup> Doğan, 262.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 85ff.; Çelikel and Erdem, 146.; Burcu İrge Erdoğan, '5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme'(2018) 20 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 397, 405.

<sup>517</sup> Çelikel and Erdem, 147.

<sup>518</sup> Işıl Özbakan, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (1st edn, Kazancı Hukuk Yayınları No: 58 1987) 175.



Velayet, nafaka, miras, taşıyıcı annelik gibi konularda çocuğun üstün yararının kamu düzeni müdahalesi göreceği sorunları çıkmıştır. Bu bağlamda tartışılması gereken husus ise, çocuğun yararının kamu düzeni kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bakımdan çocuğun yararının nereye kadar dikkate alınabileceğidir. İlk bölümde de belirttiğimiz üzere Anayasamız başta olmak üzere Türk mevzuatında çocuğa ilişkin ve çocuğu koruyucu birçok düzenleme bulunmaktadır. Nitekim çocuğun yararı, ülkemizde uygulamada kamu düzeni genel olarak velayete ilişkin hususlarda yapılır<sup>519</sup>. Örneğin yabancı velayet kararları kamu düzeninden sayılmaktadır. Türk hukukunda yer almayan bir velayet düzenlemesinin –örneğin, müşterek velayet – farklı olması sebebiyle kamu düzenine aykırı sayılmıştır<sup>520</sup>. Halbuki hukuk düzenlerindeki tüm farklılıkların kamu düzeni müdahalesine sebep olmaması gerektiğini belirtmiştik. Son zamanlarda kamu düzeni “çocuğun üstün yararı”na aykırı kararlar için de kullanılmaktadır. Gerçekten de kamu düzeni aslında niteliği gereği somut olaya göre belirlenmesi gerekmektedir. Çocuğun üstün yararının zaten belirsiz olan kamu düzeninin içeriğini bir yönden somutlaştırdığı söylenebilir. Hatta kamu düzenini ölçü teşkil edecek bir üst kavram olarak değerlendirme olumlu sonuçlar doğurmuştur<sup>521</sup>.

Çocuk hukukuna yapılan kamusal müdahalelerin temelinde çocuğun korunmaya gereksinim duyan bir özne olarak değerlendirilmesi yer almaktadır. Çocuğun toplumun geleceği için taşıdığı tartışılmaz önem de kamusal müdahaleyi gerektirmektedir<sup>522</sup>.

Türk hukukunda, evlilik benzeri yaşam modellerine ilişkin uyumsuzlukla karşılaşan Türk hâkimin yetkili hukuku belirledikten sonra, bu hukukun olaya uygulanan hükmünün MÖHUK’un 5. maddesi bağlamında –şimdilik- Türk kamu düzenine aykırı değerlendirileceği kanısındayız. Kamu düzeninin istisnai niteliği gereği somut olayın koşulları göz önüne alınarak kamu düzenine açıkça aykırılık tespit edilecektir. Kamu düzeni müdahalesi tarafların Türkiye ile ilgi ve bağlantısının yoğunluğu ölçüsünde söz

<sup>519</sup> Günseli Gelgel Öztekin, ‘Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması Ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler’ (Tanıma Tenfiz)(2015) 35 (2) MHB, 107, 114.

<sup>520</sup> Gelgel Öztekin, ‘Tanıma Tenfiz’ 114.

<sup>521</sup> Gelgel Öztekin, ‘Tanıma Tenfiz’ 114.

<sup>522</sup> Abik, 5.

konusu olabilecektir. Özellikle yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda Yargıtay'ın yaklaşımı, velayetin kamu düzeninden olduğundan hareketle çoğu zaman yabancı hukukun uygulanmasının engellenerek doğrudan Türk hukukunun uygulanması sonucunu doğurmuştur<sup>523</sup>.

Velayet işte tam da bu nedenle aile içerisindeki bir kurum olmaktan çıkarılarak toplumsal nitelikli bir kurum haline gelmiştir. Zira çocuğun yararı ve toplumun yararı paraleldir<sup>524</sup>. Ancak menfaat çatışmalarının yaşanması da olasıdır. Bu durumda, velayet hakkı sahibi olan ana ve babanın çocuğun üzerinde müdahale hakkına sahip olması, yaşanabilecek bir menfaat çatışmasında çocuğun yararına aykırı karar verilmesine sebep olabilir<sup>525</sup>. Velayete karar verilirken çocuğun menfaati ana ve babanın ya da toplumun menfaatinden önde tutulmalıdır. Zira velayet düzenlemesinde esas çocukların yararadır, ana ve babanın ile çocuğun yararı çatıştığında çocuğun korunmaya değer yararı söz konusu ise çocuğun yararına üstünlük tanınmalıdır<sup>526</sup>.

Velayet düzenlemesi yapılırken çocuk vereceği kararların sonuçlarını idrak edecek yeterli olgunlukta ise çocuğun görüşlerini dinlemek ve ona göre çocuğun yararını belirlemek gerekir ki bu hak da BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12.maddesi<sup>527</sup> ile de teminat altına alınmıştır<sup>528</sup>. Buna ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “çocuğun açık beyanını” dikkate almayan yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur<sup>529</sup>. Söz konusu olayda, yerel mahkeme ile özel daire arasındaki uyuşmazlık çıkmıştır. Bu uyuşmazlığın nedeni de velayet düzenlemesinden önce hem ortak çocukların görüşü ve hem de uzman bilirkişiden görüş alınıp alınmamasının gerekliliğidir. Çocuğun görüşüne itibar edilmesi hususunu ısrarla savunan Yargıtay bu konuda “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi ve BM Çocuk Hakları

<sup>523</sup> Yargıtay 2 HD, E 4613, K.4364, 02.07.1973 bkz. İKİD, Y: 13-1973, s.2369; Ayrıca Nomer and Şanlı, 493,494; Nomer, 501; Gelgel, ‘Çocuk Hukukundan Doğan Problemler’ 18ff.

<sup>524</sup> Selma Baktır Çetiner *Velayet Hukuku*, (1st edn, Yetkin Yayınları 2000) 32.

<sup>525</sup> Baktır Çetiner, 32.

<sup>526</sup> YHGK, E.2017/3117, K.2018/1278, 27.06.2018.

<sup>527</sup> BMÇHS 12. maddesinde çocuğun görüşüne itimat edilme ehliyet ve yaşına erişmiş çocuğun, velayet gibi kendisini ilgilendiren konularda görüşüne başvurulması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>528</sup> Bu nedenle Türk hukuku bakımından çocuğun dinlenmesinin hâkimin takdirine bırakılması hususu tartışılarak hem taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmelere uygunluk hem devletler özel hukuku bakımından düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>529</sup> Bkz. HGK K.2-513/521, 1.10.2003.: Çelikel and Nomer, 555, 556. Bu konuda birçok Yargıtay kararı da mevcuttur. Bunlardan bazıları, Yargıtay 2HD, K. 2108/3555, 28.02.1991 (İKİD S:369-1991, 8216); Yargıtay 2 HD 29.09.1997, K. 8463/9727 (YKD. S.2-199, 195-196)

Sözleşmesi'nin 12. maddesini hukukî dayanak olarak göstermiştir. Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi çocuğun usule ilişkin tüm haklarını düzenlemektedir. Buna göre kendi milli hukukuna göre yeterli idrake sahip çocuk kendisi ile ilgili alınacak her kararda görüş bildirme ve bilgilendirme hakkına sahiptir<sup>530</sup>. Sözleşme'nin 6. maddesi “Çocuğu ilgilendiren davalarda mahkemelerin, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir. Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.” demektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2008 tarihli kararında da aynı gerekçelerle kendi hukukuna göre idrak kabiliyetine sahip olan çocuğun velayete ilişkin davada dinlenmesi yönündedir<sup>531</sup>.

Yargıtay, bir başka kararında da BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12.maddesi ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3.ve 6. maddeleri bağlamında “iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmelerinin mümkün kılınmasını ve çocukların görüşlerine gereken önemin verilmesi” gerektiğini belirtmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirse dahi çocuğun görüşlerinin aksine karar verilebilir. Görüldüğü üzere bu her durumda çocuğun dinlenmesi her durumda çocuğun görüşü doğrultusunda karar verileceği anlamına gelmeyecektir. Çocuk yönlendirmeye açık olduğundan, hâkimin bu durumu göz önüne alması kimi zaman çocuğun etki altında kalması ihtimali olduğundan aynı katılıkta uygulanmaması gerekmektedir<sup>532</sup>.

Çocuğun yararına uygun velayet kararlarının verilmesi için çocuğun yargılama esnasında dinlenmesi yanında birçok başka ölçütün etken olacağı görüşü bulunmaktadır. Bu ölçütlerin toplumun değer yargıları ve ahlak anlayışına uygun kararlar verilerek kamu düzeni ile dengelenerek, çocuğun yararının sınırı çizilmektedir. Yargıtay'ın bu çerçevede çocuğun yararının korunmasına ilişkin kararları mevcuttur<sup>533</sup>. Yargıtay çocuğun yararını değerlendirirken olayla irtibatlı ülkenin ahlaki değer yargıları ile

---

<sup>530</sup> Daha çok tıbbi tedavide çocuğun rızasına ilişkin kullanılan Gillick yeterliliği detaylı bilgi için bkz. Richard Griffith, ‘What is Gillick competence?’, Hum Vaccin Immunother.’(2016) 12(1) 244,247.< <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4962726/>> Erişim Tarihi. 01.04.2021.

<sup>531</sup> Geniş bilgi için bkz. Akıncı and Demir Gökyayla, 154.; Çelikel and Erdem, 267-268. Ayrıca aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2-513/521, 01.10.2003.

<sup>532</sup> Alman Gençlik Dairesi Kararı

<sup>533</sup> Huysal, 162 dn 472.

birlikte ele almaktadır. Nitekim kamu düzeni mahiyeti gereği izafi ve değişken olduğundan çocuğun yararının hangi ülke ile daha irtibatlı ise o ülkenin kamu düzenine müdahalesini engelleyici olacaktır.

Çocukla kişisel ilişki kurulması da çocuğu ilgilendiren önemli bir konudur. Çocuğun sağlıklı bir şekilde büyümesi ve gelişmesi çocuğun aile üyeleriyle, anneanne, babaanne, dede ile görüşmesi aile sıcaklığı ortamında bulunması, ruhsal bakımdan güvende hissetmesi ile yakından ilintilidir. Ancak çocuğa zarar verecek kişilerle görüşmemesi pek tabii çocuğun yararınadır. Ancak çocuğun kişisel ilişki kurmasını zorlaştıran bazı mahkeme kararları da verilebilmektedir. Dolayısıyla kararlar kamu düzenine aykırı olabilir. Zira velayet ile birlikte kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin kararda makul bir denge kurulmalıdır. Bazı durumlarda çocuğun baba veya anne ile kurulacak kişisel ilişki mümkün olmayabilir, böyle durumlarda fiziki olarak kurulamasa dahi günümüz imkanları ile telefon ile ya da internet yoluyla bir şekilde kurulabilmelidir. Örneğin babanın Türkiye’de annenin de Avusturalya’da yaşadığı durumda velayet anneye verildiyse, her hafta sonu baba ile fiziksel olarak kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi yerinde değildir. Bu durum fiziki olarak imkânsızdır ve kişisel ilişki sağlıklı şekilde yürümeyecektir; ancak teknolojik imkanlarla ilişki sağlanabilir. Açıkça bu karar çocuğun üstün yararına hizmet etmeyecektir. Bu kararın tenfizi de kamu düzenine aykırılığı gerekçesiyle reddedilecektir. Çocuğun yararının tespitinde “çocuktan yana pozitif ayrımcılık” yapılması öğretide de belirtilmiştir<sup>534</sup>.

Velayet hakkına sahip olmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurmasının engellenmesi halinin, Türk kamu düzenine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı konusunda ise Yargıtay’ın tutumu, her olayın kendi şartları içerisinde ve hâkimin takdir hakkı çerçevesinde değerlendirmek yönündedir. Ancak hâkimin takdir yetkisini kullanırken kişisel görüşme talebini reddedebilmesi sadece kişisel ilişki kurulmasının çocuk açısından zararlı sonuçlar doğuracak olması nedeniyle mümkündür. Gerçi Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda aksi bir tutum sergilediği, anne babası boşanmış iki kardeşin birbirlerini göremeden büyümesine ilişkin kararında direnmiştir. 12 yaşındaki A.’nın velayeti babada yedi yaşındaki D.’nin velayetinin annede olduğu bir davada iki kardeşin

---

<sup>534</sup> Huysal, 155 dn. 465; Serozan, 5, 66.

birbiri ile görüşmeleri için kişisel ilişki talebini reddettiği davada çocukların üstün yararını gözetmediği açıktır. Nitekim AİHM, çocuklar arasındaki akrabalık bağının önemli olduğunu belirterek Türkiye'nin aile ve yaşam hakkına saygı göstermediği sonucuna varmıştır<sup>535</sup>. Gerek velayet kararı gerekse bunun karşısında yer alan kişisel ilişki kurulma kararı çocuğun yararı göz önünde tutularak verilecektir. Bu konuda uygulanan yabancı hukukun “çocuğun yararını” gözetmemesi Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

Günümüzde vatandaşlıkları farklı kişilerin evlenmesi oldukça olağan bir durumdur. Ancak bu kişilerin evliliklerinden dünyaya gelen çocuklara ad koyulurken bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Çocuğa koyulmak istenen ad, eşlerden birinin hukukuna göre kamu düzenine aykırı sayılabilir. Türk hukukunda yabancı bir adın çocuğa verilmesini engelleyen bir düzenleme yoktur. Bu durumda çocuğun üstün yararı ilkesi boşluk dolduracak, çocuğa verilecek adın çocuğun üstün yararını zedelemeyecek olması gerektiği açıktır. Adın, dini, siyasi, ideolojik ağırlığı olan anne, baba ya da çocuğun vatandaşlık hukukundaki anlamının komik, gülünç, olması, çocuğun yararına aykırı olacağı aşikârdır<sup>536</sup>.

Anne babanın çocuklarına karşı bakım nafakasını düzenlemeyen ya da kabul etmeyen, cinsiyet ayrımı yapan yabancı hukuk düzenlerinin uygulanması, evlilik dışı çocuklara anne ve/veya babasından nafaka talebinde bulunma hakkı tanımayan yabancı hukukun ilgili hükmü çocuğun yararı gözetilmediğinden Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir<sup>537</sup>.

Sonuç olarak somut olayda uygulanacak yabancı hukuk farklı da olsa kamu düzenini ihlal eden bir netice doğurmaz ise; kamu düzenine aykırılıktan söz edilmemelidir.

---

<sup>535</sup> *Mustafa and Armağan Akın v. Turkey*, Application no. 4694/03, Council of Europe: European Court of Human Rights, 6 April 2010, <<https://www.refworld.org/cases,ECHR,5852aa214.html>> [accessed 13 January 2021] Erişim Tarihi 13.01.2021.

<sup>536</sup> Bir sonraki bölümde detaylı olarak açıklanacaktır.

<sup>537</sup> Nomer, *Nafaka* 91,106; Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (1 st edn, Filiz Kitabevi 1989) 111; Tekinalp and Uyanık, 214; Bilgin Tiryakioğlu, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar* (2nd edn, Ankara; Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, 2000) 58; Mesut Aygün, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem* (1st edn, Yetkin 2016) 31.

Ancak bu yaklaşım kamu düzeninin istisnai uygulanmasının ne demek olduğunu ifade edebilir<sup>538</sup>.

## **b. Çocuğun Yararının Türk Kamu Düzeni Müdahalesini Engelleyici Bir Durum Olarak Dikkate Alınıp Alınamayacağı Yönünden**

Çocuk ve çocuğun yararı, yaşadığı toplumdan ayrı düşünülemez olduğundan hem milletlerarası sözleşmelerle hem de kanunen koruma altına alınmıştır. Çocuğa ilişkin uyuşmazlıklarda da daha önce detaylı incelendiği üzere çocuğun üstün yararı birçok yarardan üstün tutulmuştur. Bu bağlamda halledilmesi gereken mesele, çocuğun üstün yararı ve toplum yararı karşı karşıya kaldığında nasıl bir değerlendirmenin yapılacağıdır.

Çocuk ailenin bir bireyi olmasının yanında toplumun bir parçasıdır ve geleceğidir bu nedenle genelde çocuğun –üstün- yararı ile toplum yararı aynı doğrultudadır. Bu iki yararın çatıştığı durumda çocuğun -üstün- yararı kamu düzeninin sınırını oluşturmaktadır. Hatta çocuğun üstün yararı bazı durumlarda Türk kamu düzeni müdahalesini engelleyici bir niteliğe sahip olabileceği ileri sürülüp sürülemezliği tartışılması gereken bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Her durumda engelleyici etkisi olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Mamafih, Türk kamu düzeni müdahalesi ile bazı durumlarda çocuğun üstün yararı gözetilememiştir. Çocuğun korunmaya değer yararı her durumda gözetilebilmelidir çocuğun birden çok yararı var ise çocuğun üstün yararı gündeme gelecektir. Açıkça korunmasında fayda bulunan çocuk, kamu düzeni müdahalesi sebebiyle kimi zaman “çocuğun üstün yararı” ilkesinden yararlanamamıştır. Her ne kadar her hukuk sisteminde çocuğun üstün yararının korunması temel ilke olarak gözetilse ve ortak payda da olsa kamu düzeni kavramının izafi ve değişken olması nedeniyle her durumda kamu düzeni müdahalesini engelleyici olamayacaktır<sup>539</sup>.

<sup>538</sup>Ortak velayet ile ilgili eleştiriler için bkz. Günseli Gelgel, ‘Devletler Özel Hukukunda Velayet-Çocuk Kaçırımları- Evlat Edinmeye İlişkin Problemler’, (Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, 2006) (18) 101; Erdem, 138 dn. 620.

<sup>539</sup> Kamu düzeni müdahalesi nedeniyle taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocukların vatandaşlık durumu belirsizdir, çocuğun yararı dahi kamu düzeni müdahalesini engelleyici olmamıştır.

Türk milletlerarası özel hukuk alanında çocuğun üstün yararının, kamu düzeni müdahalesini engelleyici etkisinin bulunduğu durumlar olabilir. Türk hukukunda, kanunlar ihtilafı hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde; kamu düzeni müdahalesinin olması gerekenden daha geniş kapsamlı kullanıldığı ve kamu düzenine aykırılığın istisnai niteliğine aykırı davranıldığı görülmektedir. Kanunlar ihtilafı genel meselelerinde çocuğun yararının korunması mekanizması olarak kamu düzeni müdahalesinde ön sorun çözümünde çocuğun lehine yorumlanması kanaatinde olduğumuzu belirtmiştik. Uyuşmazlığın milletlerarası unsurlu olduğu dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla kamu düzeni müdahalesi “çocuğun üstün yararı” karşısında olabildiğince dar kapsamlı yorumlanarak çocuğun hakkı olandan fazlası olmasa da en azından çocuğun korunmaya değer yararının ulaşmasını sağlamasına imkân verecek şekilde kısıtlanabileceği mülahaza edilebilir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramının dar yorumlanmasının gerekliliği burada da kendisini göstermektedir. Türkiye ile irtibatlandırmasına göre de kısıtlanma değişebilecektir. Türk hukuku ile irtibatı arttıkça kamu düzeni müdahalesi artacaktır.

Velayete ve alınacak koruma tedbirlerine ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulanacak yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olabilir. Hâkim, uygulanacak yabancı hukukun açıkça Türk kamu düzenine tahammül edilemeyecek seviyede aykırılığını tespit etmelidir<sup>540</sup>. Velayet, çocuklara ilişkin en önemli konulardan birisidir<sup>541</sup>. Velayet ve çocuğun korunması için kamu düzeninin sınırları genişletilmeye elverişlidir<sup>542</sup>. Çocuğun yararı ilkesi üst ölçüt olsa da kamu düzeni müdahalesinin sınırları belirsizdir. Bazı durumlarda bu belirsizliğin çocuğa doğrudan etkisi olan durumlarda çocuğun yararının dikkate alınmasını engelleyebilecektir. Bu nedenle konumuz özelinde kamu müdahalesinin sınırlarının çocuğun yararı ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile çizilmesi gerektiği görüşüne katılıyoruz<sup>543</sup>.

Uygulanacak ülke hukukunda bulunan hükmün Türk hukukunda bulunmaması özellikle Türkiye ile bağlantısı son derece zayıf olan uyuşmazlıklarda Türk kamu

<sup>540</sup> Nomer, *DHH 2021* 162ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, *9. Bası* 87; Çelikel and Erdem, 151; Doğan, 172ff.

<sup>541</sup> Yargıtay 2 HD, E. 2018/7239, K.2019/3464, 26.03.2019.

<sup>542</sup> Tandoğan, 521

<sup>543</sup> Huysal, 153ff; Uyanık Çavuşoğlu, 37; Öztekin Gelgel, 28; Dardağan Kibar, 558, 559.

düzeninden hareketle yabancı ülke hukukunun uygulanmasını engellemek milletlerarası kamu düzeni kavramına uygun olmayacak hatta aşırı bir yaptırım olarak gözükecektir.

Ana babanın talebiyle açılmış boşanma davasında velayetin değiştirilmesi yönündeki talebe ilişkin hükmün, eşlerin anlaşmasıyla oluşturulması ve çocuğun yararının incelenmemiş olması konusunda Yargıtay'ın verdiği karar şöyledir: “..... Genel ilke uyarınca, çocukların gelecekları düşünülerek ve onların ruhsal ve bedensel gelişmelerinin eşlerden hangisinin yanında en iyi şekilde sağlanabileceği araştırılarak hükme bağlanır. Hâkim, eşlerin istekleri dışında, yalnızca çocukların özetlenen yararını göz önünde tutarak bu yönü serbestçe takdir eder. Yabancı mahkemenin bu hususu dikkate almadan verdiği karar Türk kamu düzenine açık bir aykırılık oluşturduğundan usul ve kanuna aykırıdır”<sup>544</sup>.

Kadının eşcinsel olması nedeniyle açılmış olan boşanma davasında, Yargıtay çocuğun ana şefkatine muhtaç olmasına rağmen, ananın eşcinsel olması nedeniyle çocuğun ahlaki gelişiminin olumsuz etkileneceğini, geleceğinin tehlike altında bulunduğunu ve velayet düzenlenirken, çocuğun sadece dava anındaki yararının değil, gelecekteki yararının da düşünülmesi gerektiğini belirterek velayetin babaya verilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>545</sup>. Bazı ülke hukuklarında bu durum düzenleme altına alınarak, evlat edinme müessesesi mümkün kılınmıştır. Örneğin, Fransız hukukunda tescil edilmiş birlikteliği olan aynı cinsiyetten kişilerin evlât edinebilmesi Fransız Medenî Kanunu'nun 343-1. maddesinde öngörülen ve evli olmayan kişilerin tek başına evlât edinebilmesine mümkün kılan düzenleme bulunmaktadır. Ancak Fransız Yargıtayı 2007 yılında verdiği bir kararda, tescil edilmiş birlikteliği olan eşlerden birinin çocuğunun, diğer eş tarafından evlât edinilmesinin, çocuğun menfaatine aykırı olduğunu gerekçe göstererek, çocuğun diğer eş tarafından evlât edinilemeyeceğine karar vermiştir<sup>546</sup>.

<sup>544</sup> Yargıtay 2 HD, K. 2108/3555 28.02.1991, bkz. (İKİD 369,1991,8216)

<sup>545</sup> Yargıtay 2 HD, K. 5077/686, 21.06.1982. Detaylı bilgi için bkz. Arslan, *AIHS* 50ff.

<sup>546</sup> Yasan, *Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri* s.28'den naklen, Cour de Cassation, 1ère Civile, 20.2.2007, 04-15676 Labbé, L'enfant, s. 2882.



Vasıflandırmada taşıyıcı annelik konusunda da belirtildiği üzere Amerikan mahkemesinde görülen bebek M. davasında<sup>547</sup> çocuğun ebeveyninin tespiti için başvurulmuş New Jersey mahkemesi kararında, taşıyıcı annelik sözleşmesi ticari nitelik taşıdığından kamu düzeni nedeniyle geçersiz olduğunu belirtmiştir. Taşıyıcı annelik sözleşmesi ile çocuğun ticari bir sözleşmenin konusu olması nedeniyle kamu düzeni engeline takılmıştır. Lâkin çocuğun üstün yararının velayetinin genetik babasına verilerek ve taşıyıcı annenin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı düzenlenerek sağlanacağına karar vermiştir<sup>548</sup>. Sonuç olarak bu kararda taşıyıcı anne- biyolojik anne- ile biyolojik baba arasındaki ilişkiyi evlilik, aile, birlikte yaşam modeli gibi vasıflandırma yerine çocuğun üstün yararı ölçüt alınarak çocuk ile biyolojik baba arasında soybağını kurarak çocuğun velayetini babaya vermiş, taşıyıcı anne ile çocuk arasında da kişisel ilişki kurulması kararıyla hem taşıyıcı annenin hem de biyolojik annenin yararını gözetmiştir<sup>549</sup>.

Hollanda'da da yargıya intikal etmiş olayda anne Nurgül Azeroğlu'nun üç çocuğundan en küçüğü merdivenden düşmüştür. Bunun üzerine 2004 yılında tüm çocuklarının velayeti Hollanda vatandaşı ve aynı cinsiyete tabi bir çifte verilmiştir. Anne çocuklarının velayetini geri almak istemiyle 2008 yılında Lahey İstinaf Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Akabinde Nurgül Azeroğlu büyük ve ortanca çocuğunu Hollanda Gençlik Bakım Merkezi'ne haber vermeden Türkiye'ye götürmüştür. Yetkili makam tarafından 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında çocukların Hollanda'ya iadesi talep edilmiştir. Lahey İstinaf Mahkemesi'nin kararıyla çocukların velayeti yine aynı aileye verilmiştir. Daha sonra Nurgül Azeroğlu, diğer iki çocuğunun velayeti için Lahey Temyiz Mahkemesi'ne velayet davası ile küçük çocuğu ile kişisel ilişki kurma davası açmıştır. Velayet davası iki büyük çocuğunun velayetinin anneye geri verilmesi ile sonuçlanmıştır. Ayrıca küçük çocuk koruyucu ailede bulunmakta ve annesi ile iki ayda bir kez ve bir saat görüşmesine izin verilmektedir.

<sup>547</sup> In re Baby M, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J. LEXIS 1, 77 A.L.R.4th 1 (N.J. Feb. 3, 1988) <<https://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-baby-m/>>

<sup>548</sup> Dava hakkında ayrıntılı bilgi ve yorumu için bkz. Anita L. Allen, 'Privacy, Surrogacy, and the Baby M. Case', Geo. L.J., (1988) 76, 1759-1792.

<sup>549</sup> Martha A. Field, 'Compensated Surrogacy', Wash. L. Rev., (2014) 89, 1156.

Zira çocuğun üstün yararı somut olayda değişkenlik gösterecektir. Somut olaydan anlaşıldığı üzere çocuk ve biyolojik ailesi Hollanda'da yaşamaktadır ve Türkiye ile yakın irtibatları bulunmamaktadır. Türk vatandaşlıklarının bulunup bulunmadığına dair bir bilgi yoktur. Lâkin, diğer iki büyük çocuğun velayeti anneye geri verildiğinden annenin çocuklarına bakma konusunda çok büyük bir sorunun olmadığı düşünülebilir. Böyle bir olayda çocuğun biyolojik ailesi ile büyümesi ile koruyucu ailede büyümesi arasında menfaat dengelemesi yapılmalıdır. Bu dengeleme yapılırken koruyucu ailenin aynı cinsiyete tabi bir çift olmasının kamu düzeni müdahalesinde dikkate alınmasının ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Bireyle toplumun çatışan menfaati arasında bir denge kurulması gerekmektedir<sup>550</sup>; özellikle taraflardan birinin çocuk olduğu durumda bu dengede çocuğun üstün yararının ağır basması gerektiği söylenebilir. Bu olayın Türk hâkiminin önüne gelmesi halinde Türk kamu düzeni müdahalesi geleceği söylenebilir.

Taşıyıcı anneliğin vasıflandırılması konusundaki açıklamalarımıza atıf yaparak yabancı yargı kararlarında incelendiği üzere benzer bir olayın Türk hâkiminin önüne gelmesi halinde Türk kamu düzeni ile bağlantısı olmayan ya da zayıf olan bir durumda yapısal anlamda kamu düzeni müdahalesi gelmeyeceği söylenebilir. Bunun ötesinde Türkiye'yi de ilgilendiren böyle uyumsuzlukta milletlerarası kamu düzeninin daha dar yorumlanması ve çocuğun üstün yararının değerlendirilmesinin somut olayda farklılık arz ettiğinden çocuğun yararının Türk kamu düzeninin müdahalesini engelleyici etkisi tartışmaya açıktır.

Çocuğun vesayetinde de çocuğun üstün yararı Türk kamu düzeni müdahalesinde dikkate alınmaktadır<sup>551</sup>. Çocuğun vesayet altına alınmasının nedeni çocuğun şahsının ve malvarlığının korunmasıdır. Böyle bir korumanın hukuki dayanağı ve sınırı da çocuğun üstün yararındır. Çocuğun vesayetine ilişkin her işlem ve aşamada, adli ve idari makamlar, Türk kamu düzeni bakımından önem arz eden “çocuğun

---

<sup>550</sup> *Tavlı v. Türkiye Davası* App no 11449/02 (ECHR, 09 February 2007) <<http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/tavli-turkiye>> Erişim Tarihi. 13.01.2021; Ayrıca bkz. *Keegan v. İrlanda*, A Serisi no. 290 (26 May 1994)

<sup>551</sup> İlyaz, 142ff.

üstün yararı”nı daima gözetmelidirler<sup>552</sup>. Çocuğun üstün yararını gözetmekle yükümlü tutulan vesayet makamı, çocuğa ilişkin hususlarda- burada vesayet- eğer çocuk, görüşünün alınacağı yaş ve olgunlukta ise çocuk kendisini ifade edebilmelidir<sup>553</sup>. Çocuğun yararı, şüphesiz, velayet altında olan çocuk gibi istikrarlı bir ortamda gelişme ve büyüme imkanının tesisi ile gözetilebilecektir. Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde, çocuğun vesayetine ilişkin kamu düzeninden sayılacak dört temel ilke bulunmaktadır. Bunlar:

- a) çocuğun vesayetine ilişkin her işlem ve konuda çocuğun üstün menfaatinin esas olduğu (m.3)
- b) çocuğun vesayetine ilişkin konularda ayrımcılık yapılamayacağı (m.2)
- c) çocuğun vesayetine ilişkin kararlarda, idrak edebilecek yaş ve olgunlukta ise, kendi görüşünün alınması ve bu görüşüne mümkün mertebe değer atfedilmesinin gerektiği (m.12)
- d) vesayet altına alınacak çocuğun, kendini geliştirme hakkına saygı duyulması gerektiğidir (m.6).

Vesayete ilişkin hususlarda da dikkate alınan bu dört temel ilke aslında geneldir. Türk mahkemesi, her durumda yabancılık unsuru aramadan her zaman ve her işlemde dikkate almalıdır. Bu durum yalnızca Türk vatandaşı çocuk için değil yabancı çocuğa da ilişkindir. Yabancı çocuğun vesayetine uygulanacak yetkili hukuk temel ilkeler ile çatıştığında çocuğun korunması devreye girerek yabancı hukuktaki ilgili düzenleme uygulanmayıp Türk maddi hukuku uygulanacaktır<sup>554</sup>. Kamu düzeni müdahalesi için gerekli Türkiye ile irtibatının yoğunluğuna bakılmadan çocuğun yararı için bu dört temel ilke ile çelişme halinde Türk kamu

<sup>552</sup> Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3/1; Engelli Hakları Sözleşmesi madde 7/2.

<sup>553</sup> Vesayet işlemleri ve kanuni temsil işlemlerinde çocuğun görüşünün alınması gerektiği hakkında bkz. UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005) Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin (CRC/GC/2005/6, 2005) paragraf 25, 9. Ayrıca Guidelines for the Alternative Care of Children (n 101) 100 120.; Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24/2. RG: 01.08.1998/23420.; İpek Seveda Söğüt and Ekin Tuna, ‘Hastanın Tıbbi Yaşam İradesi’, (2017) 6(12) Legal Tıp Hukuku, 255, 256.

<sup>554</sup> Bu aynı zamanda 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 22. maddesinin de gereğidir.

düzeni müdahalesi gelebilecektir. Bu dört temel ilkenin çocuğun üstün yararının özünü oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ayrıca yukarıda bahsedildiği üzere Alman Mahkemelerinin, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde Türk ailelerin velâyet hakkını kaldırma ya da kısıtlamaya ilişkin kararlarından birini çocuğun yararı ve kamu düzeni boyutuyla incelenmesinde fayda olduğunu düşünüyoruz. Bu noktada dikkat çeken husus, Alman makamlarının aldıkları önlemlerle Türkiye'ye dönmüş birçok ailenin Almanya'da yaşayan çocuklarını Alman Gençlik Dairesine<sup>555</sup> veya Almanya'da bulunan bir Alman koruyucu ailesinin yanına yerleştirerek<sup>556</sup> çocukların Almanya'da kalması şeklinde kararlar verilmesidir<sup>557</sup>. Almanya'da yaşayan Türk kökenli çocuklar hakkında verilen bu kararlarda, ana-baba ile çocuk arasındaki ilişkilere BGB'nin 1666<sup>558</sup>. maddesinde çocuğun üstün yararı tehlikeye düştüğü takdirde alınacak tedbirler kapsamında, çocuk ile bakıcı aile arasındaki ilişkilere de çocuğun teslimine ilişkin 1632'inci maddesi uygulanmıştır<sup>559</sup>. Tüm bu olayların Türk hâkiminin önüne gelmesi halinde nasıl bir metot izleyeceği somut olay bazında değişecektir. Lâkin çocukların Türk vatandaşı olması ve Türkiye'de yaşamaları halinde Türkiye ile irtibatı daha fazla olacağından Türk hâkimi ailelerin çocuklar üzerindeki velayet hakkını kaldırmayacak ya da kısıtlamayacaktır. Sözü edilen davalarda Alman Mahkemelerinin Türk ana-babalardan Almanya'da yaşamaları gerekçesiyle Alman hukuk düzeni ve kültürüne uyum sağlamaları beklenmiştir<sup>560</sup>. Bu durumda kamu menfaatinin çocuğun yararından üstün geldiğini söylemek daha doğru olacaktır. Halbuki Almanya'da yaşayan Türk ailelerin çocuklarının velayetlerini almak, kısıtlamak ya da Alman Gençlik Dairesine teslimi kararı yerine ailelerin çocuklarını kendi kültürleri ile yetiştirirken Alman toplumuna uyum sağlanması şeklinde karar verilmesinin çocuğun üstün yararına olacağı kanaatindeyiz. Somut olayda çocuğun yararının farklı şekilde gerçekleşeceğini de belirtmek isteriz. Örneğin, bir davada çocuklar şiddet gördüklerine dair iddiada

---

<sup>555</sup> Alman Gençlik Dairesinin çocuğun velâyetini alma hakkı bulunmamakta, çocuğa (*Beistand*) özel bir danışman atanmakta ve bu danışmana, anlaşma kapsamında çocuğu yetiştirme hakkı (*Erziehungbeistandshaft*) verilmektedir.

<sup>556</sup> Örneğin, Berlin Eyalet Mahkemesinin 18.03.1983 tarih ve 83 T 73/83 sayılı kararı, Köln Sulh Hukuk Mahkemesinin T. 18.06.1986 ve K. 54 VIII T 919/85 kararı.

<sup>557</sup> İlyaz, 84.

<sup>558</sup> (B.B. ve F.B. / Almanya- 18734/09 ve 9424/11 Karar 14.3.2013 [V. Daire])

<sup>559</sup> İlyaz, 84ff.

<sup>560</sup> İbid, 84ff.

bulunmuşlardır ve her ne kadar iddiaları ispatlanmamış olsa da çocukların velayeti anne babasından alınmıştır. Daha sonra açılan velayetin geri alınmasına ilişkin ihlâl davasında yalnızca çocukların beyanı ve psikoloğun ifadelerine dayanarak karar verildiği iddiasında bulunmuştur. Gerçekten de doktorlar tarafından yapılan muayenede çocuklarda herhangi bir istismar tespit edilmemiştir. Görüldüğü üzere çocuğun yararının tespitinde hukuk disiplini yanında birçok disipline de başvurulmaktadır. Ancak bu kollektif çalışmanın doğru sonuç verilebilmesi her bir disiplinin somut olay özelinde tam bir uzlaşma (*consensus*) sağlaması ile mümkün olduğunu düşünüyoruz. Zira bahsi geçen olayda başvuranlar, çocukların anne ve babasıdır. Çocuklar 12 ve 8 yaşındadırlar, iddialarına göre babaları tarafından dövülmektedirler. Bunun üzerine 2008’de verilen Bölge Mahkemesi kararına göre, çocukların velayet haklarını geçici olarak Gençlik Dairesi’ne devredilmiştir. Geçici olarak alınan velayet hakkı Ağustos 2008’de tamamen alınmıştır. Başvuranların temyiz başvurusu Kasım 2008’de temyiz mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu süreçte çocuklar bir çocuk yurduna yerleştirilerek bir yıldan uzun süre anne babalarıyla temasları olmaksızın burada yaşamışlardır. Bir yıl boyunca yurtda kalan çocuklar anne ve babalarıyla ilk kez 2009’da görüşebilmişlerdir. Bu görüşmelerinde ise 12 yaşındaki çocuk, yetkililere yalan söylediğini ve çocukların anne ya da babaları tarafından dövülmediğini itiraf etmiştir. Bunun üzerine çocuklar da anne babasına iade edilmiştir<sup>561</sup>. Anne babanın velayet haklarını tamamen geri alması aile birliği açısından önemi büyüktür. Yalnızca çocuğun görüşlerine dayanarak karar verilmesinin de yerinde olmadığı açıktır. Çocuğun yararı çocuğun fiziksel, ruhsal iyilik halini de bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla çocuğun yararı için çocuğun görüşüne başvurulurken çocuğun yaşı, idrak kabiliyeti ve ruhsal durumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüm bunlara ek olarak çocukların Alman hukuk düzeni ve yaşam biçimine makul ölçüde uyumu beklenmelidir. Çocuğun ne kadar uyum sağlayabileceği ölçülülük ilkesine göre değerlendirilerek bu noktada kamu menfaati ile çocuğun yararının dengelenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Nitekim çocuğun Türk vatandaşlığının bulunması hasebiyle Türkiye ile irtibatının devam edecek olması imkân dahilinde olduğundan çocuğun yararı ile kamu düzeni

<sup>561</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu Sayı. 161 Mart 2013, <[https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN\\_2013\\_03\\_161\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2013_03_161_TUR.pdf)> Erişim Tarihi.01.01.2021.

sınırı çizilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Türk Medeni Kanun'un 339/IV. maddesi uyarınca, çocuğun adını ana ve baba birlikte koyacaktır. Dolayısıyla, çocuğun adının değiştirilmesi de ana ve babanın yine birlikte karar vermesi gerekir. Çocuğun adının değiştirilmesinde eşlerden birinin oyunun üstünlüğünü düzenleyen yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığı meselesi ortaya çıkacaktır<sup>562</sup>. Zira birçok hukuk sisteminde kabul edildiği üzere Türk hukukunda da eşler arası eşitlik ilkesi vardır. Uygulanacak yetkili hukukun tespitinde eşler arası eşitliğin kabul edilmemesi açıkça kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmektedir<sup>563</sup>.

Türk hukukunda taşıyıcı annelik meselesi, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olarak belirtilmiştir ancak hâkimin değerlendirmesini yaparken özellikle milletlerarası kamu düzeni söz konusu olduğundan mümkün olduğunca ahlaki ve sosyal değerlerden kendisini soyutlayarak ve var olan çocuğun üstün yararını gözeterek bir çözüme ulaşması gerektiğini düşünüyoruz. Taşıyıcı annelik sözleşmesi batıl olarak kabul edilse de de çocuğun yararı öncelikli olduğundan annenin tespit edilmesinde MÖHUK madde 16 gereğince çocuk için en elverişli hukukun tespit edilmesi ve anne ile çocuk arasındaki soybağının kurulması gerekmektedir. Türk hukukunda, Türk Medeni Kanun'un 282/1. hükmü uyarınca; çocuk ile anne arasındaki soybağı doğum ile kurulur şeklindeki emredici hukuk kuralı; kamu düzenine aykırılık sebebiyle kamu düzeni müdahalesini gerektirici nitelikte kabul edilmemeli ve yabancı hukuk normlarından çocuğun üstün yararına daha uygun olanın uygulanmasını engellememelidir.

Taşıyıcı annelikte çocuğun anne ile soybağının kurulması MÖHUK'un 16. maddesindeki bağlama kurallarına göre belirlenecektir. Tespit edilen hukukun anne ile soybağının kurulmasında çocuğu doğuran taşıyıcı anne yerine istem sahibi ile soybağını kurması halinde, MÖHUK'un 5. maddesi gereği Türk hukukunun uygulanması kuvvetle muhtemeldir. Zira bu taşıyıcı annelik sözleşmesinin Türk milletinin genel ahlak ve adab anlayışına aykırılık teşkil ettiği yorumuna tabi tutulabilir. Ancak buna rağmen, çocuğun istem sahibi yerine taşıyıcı anne ile soybağının kurulması çocuğun yararına aykırı

---

<sup>562</sup> Özgenç, 39.

<sup>563</sup> Hatice Selin Pürselim Arning, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad*, (1st edn, Adalet 2014) 171.

sonuçlar doğurabilir<sup>564</sup>. Bu durumda çocuğun yararının önemi gereği, MÖHUK'un 5. maddesindeki kamu düzeni müdahalesinin çocuğun üstün yararıyla sınırlandırılması gerekir. Çocuğun yararının korunması kamu düzeninde ön sorun çözümünde çocuğun lehine yorumlanmalıdır. Bu hukuka göre kurulan soybağı da MÖHUK'un 17. maddesi hükmünü belirleyeceğinden, velayete ilişkin hukuku da tespit edecektir.

Türk hukukunda, evlilik benzeri yaşam modellerine ilişkin uyuşmazlıkla karşılaşan Türk hâkimin yetkili hukuku belirledikten sonra, bu hukukun olaya uygulanan hükmünün MÖHUK'un 5. maddesi bağlamında –şimdilik- Türk kamu düzenine aykırı değerlendirileceği kanısındayız. Kamu düzeninin istisnai niteliği gereği somut olayın koşulları göz önüne alınarak kamu düzenine açıkça aykırılık tespit edilecektir. Kamu düzeni müdahalesi tarafların Türkiye ile ilgi ve bağlantısının yoğunluğu ölçüsünde söz konusu olabilecektir. Türk hâkiminin yetkili hukukun olaya uygulanan hükmünü, Türk hukuk düzeninin temel değerlerine, eşitlik ilkesi gibi anayasanın ve toplumsal düzeninin dayandığı temel ilkelere ve toplumun ahlak anlayışına aykırılık gerekçeleriyle uygulanmaması söz konusu olabilecektir<sup>565</sup>. Ancak milletlerarası unsurlu evlilik benzeri yaşam modellerinde dünyaya gelen çocuğun soybağı, evlat edinilme, mirasa ilişkin uyuşmazlıklarında kamu düzeni müdahalesi ile çocuğun üstün yararı ilkesi karşı karşıya gelecektir. Milletlerarası unsurlu evlilik benzeri yaşam modellerinde, ebeveyn ile çocuk arasında soybağı kurulmasına konusunda ayırıcı hükümlere yer veren yetkili yabancı hukukun hükümlerinin de somut olayın şartları çerçevesinde kamu düzeni gerekçesi ile uygulanması imkân dâhilindedir.

Son tahlilde, üzerinde karar verilecek hayat ilişkisi onunla ilişkili ilgililerin menfaatlerine göre değerlendirmek ve en ağır basan menfaatin bulunduğu yere bağlamak gerekir ki burada çocuğun üstün yararına göre bir hukuk belirlenebilir mi sorunu gündeme gelmektedir. Kanunlar ihtilafında çocuğa ilişkin durumlarda yetkili hukukun tespiti bakımından çocuğun üstün yararı dikkate alınır mı? Milletlerarası özel hukuk adaleti ve hakkaniyeti temel amaç iken çocuğun üstün yararı bertaraf edici

---

<sup>564</sup> Öğretide MÖHUK m. 16'da düzenlenen bağlama kurallarının her ne kadar alternatif bağlama kuralı şeklinde düzenlenmiş olsa da maddenin amacı gereği çocuk için en lehe durum hangi hukuk ise, o hukuka göre soybağının kurulması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. Nomer, *DHH 2021 271,272*.

<sup>565</sup> Öztürk, *Model 286*.

olabilir mi? Milletlerarası özel hukukta pozitif kuralın bertaraf edici olup olamaması hususu için boşluk durumlarında bertaraf edici olabileceği kanısındayız.

Yetkili hukuk evlilik içi evlilik dışı çocuk ayırımını kayıtlı birliktelik içi ve kayıtlı birliktelik dışı çocuk ayırımı yapacak ise, kayıtlı birliktelik dışında doğan çocukların ebeveynin mirasçısı olamayacağını ya da soyadını taşıyamayacağını öngörüyorsa, hâkim somut olayın şartlarını ve çocuğun üstün yararını göz önüne alarak söz konusu hükmün uygulanmasını kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile bertaraf edebilir.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi de Türk kamu düzeninin müdahalesi bakımından irdelenmelidir. Sözleşmenin 22. maddesi uyarınca; “*Sözleşmede yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanması ancak çocuğun üstün yararı dikkate alındığında, kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği takdirde reddedilebilecektir*”. Sözleşmeye göre kamu düzeni müdahalesi, sadece çocuğun üstün yararının gerektirdiği durumlar için kabul edilmiştir. Sözleşme Türkiye’de yürürlüğe girdiği 01.02.2017 tarihinden itibaren, kapsamına giren konularda, Sözleşme uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanması bakımından, Türk kamu düzenine aykırılık ileri sürülemeyecek; sadece çocuğun üstün yararına aykırı bir durum oluşması halinde kamu düzeni müdahalesi gerçekleştirilebilir. Bu hususlardan açıkça anlaşılacağı üzere; ilgili sözleşme çocuğun üstün yararını, kamu düzeninin üzerinde tutmuş, kamu düzenine aykırılık için sadece çocuğun üstün yararına ters düşen durumların varlığını kabul etmiştir. Sonuç olarak, milletlerarası özel hukukta, çocuğa ilişkin uyumsuzluklarda kamu düzenine aykırılık incelemesinde “çocuğun üstün yararı ilkesi” bir üst norm olarak kabul edilmektedir<sup>566</sup>.

### **3.5.Bölüm Değerlendirmesi**

Bu bölümde Türk milletlerarası özel hukukunun genel meseleleri bağlamında çocuğun üstün yararı incelenmiştir. Hukukun genel ilkesi olarak zayıf tarafın korunması esastır, zira çocuk da korunmalı, çocuğa ilişkin uyumsuzluklarda çocuğun durumunun

<sup>566</sup> Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 91; Serozan, 65.; Huysal, 153ff; Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 29; A. Elif Ulusu- Karataş, ‘Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği’, (2020) 78 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 21, 63ff.



gözetilmesi esastır. Özel hukukun her alanında uygulamada ortaya çıkan boşluklarda çocuğun yararının da gözetilmesi gerekir. Bu durum özellikle kanunlar ihtilafı hukukunun genel meselelerinin çözümlenmesi için geçerlidir. Kanunlar ihtilafı genel meselelerinde maddi adaletin sağlanabilmesi için, çocuğun durumunun her somut olayda ayrıca değerlendirilmesini gerektirebilir.

Türk milletlerarası özel hukukun genel meselelerinde çocuğun –üstün- yararının nasıl ve ne ölçüde gözetileceğini incelediğimiz bu bölümde önerimiz çocuğa yönelik asgari koruma sağlanması ya da hüküm getirilmesi şeklindedir. Kanunlar ihtilafı hukukunda esas olan sonuç körlüğü olsa da çocuğun yararının dikkate alınabildiği kaçış hükümleri getirilebilir. Zira çocuğa ilişkin genel meselelerde çocuğun lehine olacak şekilde yorum yapılabilmesi, milletlerarası özel hukukun adalet anlayışının çocuğun korunmaya değer (üstün) yararı gerektiriyorsa çocuk için daha lehteki hukukun lehteki bir hukukun uygulanması sağlanabilir. Ancak böyle bir kaçış hükmünün de halin şartlarına göre haklılık arz etmesi gerekir. Çocuğun asgari korunması sağlanırken çocuğun korunmaya değer (üstün) yararının korunması sağlanmalıdır çünkü çocuğun lehine/daha iyi/daha uygun hukukun uygulanmasının yolu açılırken çocuğun bu durumdan aşırı yararlanmasının önüne geçilmelidir.

Çocuğun yararı ve kamu düzeni menfaatleri arasında tercih söz konusu olduğunda kamu düzeni üstün gelmiştir. Halbuki çocuğun yararı da kamu düzeninin bir parçasını oluşturmaktadır; bu nedenle birbirinden ayrı düşünülmemesi gerektiği kanısındayız. Çocuğun yararının gözetilmediği durumun kamu düzenine de aykırı olacağı açıktır. İşte bu nedenle çocuğun yararının velayetin kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle kamu düzeninin çocuğun yararından üstün tutularak değil de çocuğun yararı ile kamu düzeninin paralellik göstermesi ile gözetilebileceğini düşünüyoruz. Sonuç olarak, milletlerarası özel hukukun genel meselelerinde çocuğun korunmasının sınırının kamu düzeni olacağı kanısındayız.

## IV. BÖLÜM

### 4. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARININ TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL VE USUL HUKUKUNA YANSIMALARI

#### 4.1.Giriş Açıklamaları

Bu bölümde çocuğun üstün yararının Türk kanunlar ihtilafı kurallarına (bağlama kurallarına) yansımaları, Türk milletlerarası usul hukukunda ve uygulamada en çok karşılaşılan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde çocuğun yararı ele alınacaktır. MÖHUK'ta çocuğa ilişkin birçok hüküm bulunmaktadır bu hükümlerin bazıları doğrudan çocuğu ilgilendirse de salt çocuğa yönelen özel hükümler değildir. Soybağı, evlat edinme gibi doğrudan çocuğun yararına yönelen hükümlerin yanında çocuğun işçi, tüketici ya da bir sözleşmenin tarafı olduğu MÖHUK kapsamında uyuşmazlıklar da bulunmaktadır. İşçi, tüketici, sigorta sözleşmelerinde zayıf tarafın korunması amacıyla özel düzenlemeler bulunurken MÖHUK'ta çocuğun yararının dikkate alındığı ne doğrudan koruyucu hüküm bağlama kuralı ne de özel yetkili mahkeme bulunmaktadır. Bu nedenle bu bölümde MÖHUK'ta çocuğun yararının dolaylı ve doğrudan gözetildiği alanlar olarak çocuğun üstün yararının nasıl ve nereye kadar gözetilebileceği ve buna ilişkin öneri sunulmaya çalışılacaktır. Bunun yanında MÖHUK bağlamında özel yetkili mahkeme düzenlemesinin gerekliliği ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması tenfizinde çocuğun yararı ölçütü ve sınırı tartışmaya açılacaktır.

#### 4.2.MÖHUK'un Bağlama Kuralları Çerçevesinde Çocuğun Hukuki Statüsü

##### 4.2.1. Genel Açıklamalar

Kanunlar ihtilafı hukukunun işlevi ve görevi birçok defa belirtildiği üzere maddî olarak en iyi hukukunun değil, bilakis kişisel, konusal veya mekânsal yönden somut olaya en

yakın hukukunun uygulanmasını sağlamaktır<sup>567</sup>. Bu doğrultuda MÖHUK'ta, birçok konuya ilişkin bağlama kuralları öngörülmüştür. Ancak bu kuralların hiçbiri çocuğun durumunu doğrudan ve özel olarak ele almamaktadır. Gerçi MÖHUK'un bazı kurallarının birey olarak çocuğu da ilgilendirdiği aşikârdır. Örneğin çocuk, işçi, tüketici ya da bir sözleşmenin tarafı da olabilir. Ancak bu kuralların çoğu salt olarak/doğrudan çocuğa yönelip de onun durumunu özel olarak ele alan bir hüküm mahiyetinde değildir.

Milletlerarası düzenlemelere ve devletlerin iç hukuk kurallarına bakıldığında, çocuğun özellikle ehliyet, soybağı, velayet, evlat edinme vb. alanlarda korunmuş olduğu görülmektedir. Her ne kadar MÖHUK'ta çocuğun -yararının- korunacağı açıkça belirtilmemiş olsa da, özel hukukun bir parçası olan milletlerarası özel hukukun (ve onun kanunlar ihtilafı hukuku kısmının) çocuğun yararını gözetmediğini söylemek sisteme aykırı bir durum olacağından kabul edilemez. Fakat konunun teorik çerçevesi ve temeli böyle olsa da MÖHUK'un pozitif temelleri bu gerekliliği karşılayıp karşılamadığı ve karşılıyorsa ne şekilde karşıladığı çok açık değildir. Bu nedenle, burada MÖHUK'un hükümlerine yakından bakmak gerekir.

MÖHUK'un kurallarında çocuğun yararının ne kadar gözetildiği tümüyle belirsizlik arz eden bir konudur. Bu bağlamda MÖHUK'da çocuğun özel olarak ele alınıp koruma sağlanmamasının bir eksiklik olup olmadığı üzerinde de durmak gerekir.

Bu vaziyet karşısında, aşağıda MÖHUK'un çocuğa ilişkin sistematigi ele alınarak bir inceleme yapılacaktır. Ancak bu bağlamda kişi olarak herkesi ilgilendiren alanlardan ziyade, çocuğun bir şekilde farklı olarak (doğrudan ve dolaylı) etkilendiği alanlara yoğunlaşılacaktır. Bu alanların başında soybağı ve velayet gelmektedir. Bu kapsamda özellikle çocuğun yararının ne kadar korunmaya alındığı konusuna açıklık getirilecektir.

Yine, çocuğun müdahil olduğu ehliyet, nafaka, miras gibi diğer alanlarda da en sıkı, en yakın hukuku belirlemenin sınırı ve ölçütlerinin ne olacağı, bu bakımdan çocuğun -üstün- yararının gözetilip gözetilmediği, gözetilmişse bunun düzeyinin ne olabileceğine ilişkin sorular da henüz literatür ve yargı uygulamasında tüm yönleriyle netliğe

---

<sup>567</sup> Doğan, 198.; Can and Tuna, *MÖH* 103.

kavuşturulmamıştır. Bu nedenle, ehliyet, nafaka, miras gibi alanlarda çocuğun yararının MÖHUK'un kanunlar ihtilafı bağlama kurallarına yansımaları incelenecektir.

#### **4.2.2. MÖHUK'ta Çocuğun Yararının Doğrudan Gözetildiği Alanlar**

MÖHUK bakımından çocuğun yararının doğrudan gözetildiği alanların soybağı, velayet, evlat edinme olduğu söylenebilir. MÖHUK'un çocuğa ilişkin olarak özel (koruma sağlayan) bağlama kurallarının başında hiç kuşku yoktur ki soybağı kuralı gelmektedir. Bununla ilintili bir alan olan velayet konusunun da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bunun dışında, evlat edinme de ele alınabilir. Her ne kadar evlat edinme kuralında doğrudan çocuk ya da küçük denilmese de hükmün mahiyeti ve kapsamı itibarıyla çocuğa yöneldiği ve ona koruma sağladığı açıktır. Soybağının kurulması MÖHUK'un 16. maddesinde, soybağının hükümleri MÖHUK'un 17. maddesinde, evlat edinme ise MÖHUK'un 18. maddesinde düzenlenmiştir.

Yukarıda zikredilen alanlarda çocuğun -üstün- yararının tümüyle aile düzeninden ve ebeveynlerin yararından bağımsız olarak ele alınıp alınmadığı ve çocuğun - üstün - yararına en uygun hukukun uygulanmasının sağlanıp sağlanmadığı soruları söz konusu olmaktadır. Bu bölümde çocuğun soybağı, velayet ve evlat edinilmesinde çocuğun yararı MÖHUK bağlamında ele alınacaktır. Çocuğun yararının bağlama kuralları çerçevesinde dikkate alınıp alınmadığı, eğer alınıyorsa nasıl ele alındığı, çocuğun milletlerarası unsurlu uyumsuzluklarda -MÖHUK kapsamına giren uyumsuzluklar bakımından yeterli şekilde korunup korunmadığı ve sonuç olarak düzenleme önerileri sunulacaktır. Çalışma konusu kapsamında bu bölümde MÖHUK'un bağlama kurallarında çocuğun üstün yararı incelenecektir. Belirtilmelidir ki daha önce genel meselelerde çocuğa ilişkin uyumsuzluklarda yabancı yargı kararlarının tanınması ve tenfizinde çocuğun yararının kamu düzeni müdahalesi yönünden incelendiğinden bu bölümde ayrıca yer verilmeyecektir.

## A. Çocuğun Soybağı

### a. Soybağı Kavramı ve Önemi

Soybağı, dar anlamda çocukla ana ve baba arasındaki bağı ifade ederken, geniş anlamda birbirlerine kan bağı ile bağlı olanlar arasındaki ilişkiyi ifade etmek için kullanılır<sup>568</sup>. Soybağı kanundan dolayı doğum ile veya hâkim kararıyla evlat edinme müessesesi veya tanıma ya da babalık davası gibi hukuki bir işlemle kurulabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesinde “*çocuk ile ana arasında soybağının doğumla kurulacağı, çocuk ile baba arasındaki soybağının ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulacağı*” düzenlenmiştir.

Çocuğun soybağının kurulmasında yararı olduğu açıktır. Çocuğun soybağının kurulması ile velayet ilişkisi, nafaka yükümlülüğü ve mirasçılık statüsü kurulabilir. Soybağı, kişisel menfaatlerin önem arz ettiği hukuki ilişkilerden birisi olduğundan kişisel statünün dikkate alınması önem arz eder<sup>569</sup>. Önemli olan kurulan soybağının çocuğun yararına olmasıdır aksi takdirde ne olursa olsun çocuğun soybağı kurulsun şeklinde bir yaklaşım bazı durumlarda çocuğun yararına olmayabilir.

Bu nedenle MÖHUK bağlamında çocuğun soybağının kurulmasına ilişkin düzenlemesinde çocuğun yararı ve bunun sınırı incelemeye alınacaktır.

### b. Çocuğun Soybağının Kurulması

Soybağının kurulması MÖHUK'un 16. maddesinde düzenlenmiştir<sup>570</sup>. Maddenin lafzı aynen şöyledir:

---

<sup>568</sup> Öztan, *Aile Hukuku* 486.

<sup>569</sup> Doğan, 348ff.

<sup>570</sup> Anayasa madde 90/5 ve MÖHUK madde 1/2 beraber değerlendirildiğinde MÖHUK'ta düzenlenen bağlama kuralları, sadece soybağına ilişkin milletlerarası sözleşmelerin bulunmaması ya da bu sözleşmelerde boşluk olması halinde uygulanabilmektir. Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında 1961 Tarihli Sözleşme; Evlilik Dışı Çocukların Ana Bakımından Soybağının Tesisi Hakkında 1962 Tarihli Sözleşme; Evlenme ile Nesep Düzeltilmesi Hakkında 1970 Tarihli Sözleşme.

"Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutat meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutat mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur."

Hükümden de anlaşılacağı üzere, soybağı ilişkisinin tarafı olan çocuğun yararına öncelik tanınmış, bu kural oluşturulurken merkeze "çocuk" alınmıştır. Türk hukukunda prensip olarak "çocuğun doğum anındaki<sup>571</sup> milli hukuku" çocuğun soybağının kurulmasında esastır<sup>572</sup>. Bu konuya ilişkin birçok farklı görüş belirtilmiştir; örneğin Uluocak ve Berki; hal, ehliyet ve aile hukuku meselelerinde ilgililerin milli kanununu yetkili görürken, soybağı meselesinin hukuki niteliği nedeniyle çocuğun menfaatinin diğer taraflara göre daha üstün olduğundan hareket ederek, çocuğun milli kanununa üstünlük tanıyıp "menfaati üstün olanın milli kanunu" görüşünü kabul etmektedir<sup>573</sup>. MÖHUK'ta soybağının kurulmasına uygulanacak hukuk için birçok bağlama noktası arasından ilk bağlama noktası olarak çocuğun milli hukuku tercih edilmiştir. Bu konuda genel olarak çocuğun milli hukuku birçok hukuk sisteminde anne baba tarafından belirlendiğinden aslında çocuğun milli hukuku aynı zamanda çocuğun vatandaşlığının anne babanın hukuku olduğu görüşü bulunmaktadır<sup>574</sup>. Bu görüşe göre çocuğun milli hukuku bağlama noktasının çocuğun yararını dikkate almadığı savunulmaktadır. Örneğin çocuğun birden fazla vatandaşlığının olduğu ve Türk vatandaşlığının olmadığı ya da çocuğun Türk vatandaşı olmaması halinde, yabancı hukukun uygulanması sonucunu gündeme getirecektir<sup>575</sup>. Bu konudaki diğer bir görüş<sup>576</sup>, çocuğun milli

<sup>571</sup> Öğretide, statü değişikliği halinde, çocuğun lehine sonuç doğuracak olan eski veya yeni hukukun uygulanmasına imkân verecek esnek bir düzenleme getirilmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir.

<sup>572</sup> Kanunlar İhtilafı ile vatandaşlık hukukuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Çelikel and Erdem, 22ff; Uygulanacak hukukun tespitinde, çocuğun doğum anındaki vatandaşlığı esas alınacaktır. Bu itibarla, çocuğun sonradan vatandaşlığını değiştirmesi uygulanacak hukukun tespiti anlamında önem taşımamaktadır.

<sup>573</sup> Mustafa Reşit Belgesay, 'Babalık Davası ve İhtilafı Kavramı'(1932)(65) İstanbul Barosu Mecmuası 3.; Abdülhak Kemal Yörük, *Devletler Hususi Hukuku Kitap IV-Kanunlar İhtilafı*, (1st edn, Tan Matbaası, 1937) 185; Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususi Hukuku (Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku)*, I, (7th edn, Güzel Sanatlar Matbaası 1970) 203,204.; Nihal Uluocak, *Kanunlar İhtilafı Yasama Yetkisi Kuralları (Yasama)* (1st edn, 1971 İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1693, Hukuk Fakültesi No: 370, Fakülteler Matbaası) 51, 52.

<sup>574</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan Kibar, 545,546.

<sup>575</sup> Nomer, *DHH 2021* 270; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 155.

hukukunu, çocuğun anne, babanın belirlemesinin bir öneminin bulunmadığı, soybağı kurulan çocuk esas alınarak bir bağlama noktası öngörüldüğü ve bunun çocuğun yararına aykırı bir durum oluşmayacağı şeklindedir.

Bağlama kurallarıyla yetkili hukukunun tespitinde uygulanacak maddi hukuku dikkate alan daha iyi hukuk (*better law approach*) yaklaşımının ve Avrupa daha iyi hukuk anlayışı yaklaşımının (*European better law approach*) amacı önceden belirlenmiş bir maddi hukuk sonucunu ya da maddi hükümleri itibarıyla daha lehe hukukun uygulanmasıdır<sup>577</sup>. Amaç yalnızca çocuğun soybağının kurulması değil çocuk bakımından daha lehe olan maddi sonuca ulaşmak olduğundan alternatif bağlama noktaları ile bağlama kuralları oluşturulmuştur.<sup>578</sup>

Çocuğun soybağının kurulmasının öncelikle kendi milli hukukuna tabi tutulması da bazen çocuğun yararına olmayabilir<sup>579</sup>. Soybağı zaten kademeli olarak birçok hukuk üzerinden bir şekilde kurulacaktır. Eğer amaç çocuğun soybağının kurulması ise bu birçok hukuk yetkili kılınarak sağlanabilir. Ancak daha da önemlisi soybağının kurulduktan sonra tâbi olacağı statünün çocuğun yararına olup olmayacağıdır. Bu nedenle, çocuğun yararı hilafına sonuç doğuracak durumları bastırmak için kaçış hükümlerinin getirilmesi düşünülebilir<sup>580</sup>.

Milletlerarası özel hukuk adaleti anlayışının çocuğa ilişkin uyuşmazlıklarda katı biçimde uygulanması sorunlar doğurabilecektir, bu nedenle bu konuda uygulanacak maddi hukukunun önem arz etmemesi gerekir<sup>581</sup>. “Çocuğun yararı” kanun koyucular ve mahkemeler tarafından öncelikli menfaat olarak kabul edilmiş, çocuğun “mümkün olan

---

<sup>576</sup> Tekinalp and Uyanık 211.

<sup>577</sup> Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku*, (1 st edn, Yetkin Yayınevi 2021) 78.

<sup>578</sup> Çelik Baran, 60ff.

<sup>579</sup> Bu yönde görüş için bkz. Tekinalp and Uyanık, 211.

<sup>580</sup> IPRG Art.15

1 Bu kanunun gönderme yaptığı hukuk, somut olayın tüm koşullarına göre bu hukukla sadece az, başka bir hukuk ile ise çok daha sıkı ilişki içinde bulunduğu açık olduğunda istisnai şekilde uygulanmayabilir.

2 Bu hüküm hukuk seçimi bulunan hallerde uygulanmaz."

<sup>581</sup> Dardağan Kibar, 543.

en iyi kanun” çerçevesinde korunmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır<sup>582</sup>. Ancak çocuğun yararına olan en iyi kanunun uygulanması nasıl sağlanabilecektir sorusunun cevabı verilememiştir. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının soybağına ilişkin uyuşmazlığın çözümünde maddi sonucun tarafsızlığı savının çok destekçisi bulunmamaktadır<sup>583</sup>.

Günümüz karşılaştırmalı hukuklarında akdi ilişkiye objektif bağlama kuralı olarak “sıkı ilişkili hukuk<sup>584</sup>” uygulanmakta ve İngiliz hukukunda akdi borç ilişkilerine uygulanan hukuk *proper law (uygun hukuk)* olarak tespit edilmektedir. Ancak hukuki ilişkide daha sıkı irtibatlı hukukun olması ihtimali tespit edilirse bu *proper law* doktrini uygulanmayabilecektir<sup>585</sup>. Daha sıkı irtibatlı hukuk, İngiliz doktrininde, hukuki ilişkide korunması gereken menfaatin işlemin kendisinden ziyade, tarafın kendisi veya iç hukuk düzeninin olması ihtimalinde uygulanmıştır<sup>586</sup>. Bir tarafın menfaatinin veya iç hukuk düzeninin -ki burada çocuk bağlamında kamu düzeni müdahalesi gelebilir- ön planda olduğu iş akitleri, tüketici akitlerinde sıkı irtibatlı hukuktan ziyade daha sıkı ilişkili hukuk zayıf tarafı koruyabilir. Bir tarafının çocuk olduğu uyuşmazlıklarda da daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi ihtimali sunulması önerilebilir. Burada tartışılması gereken husus daha sıkı ilişkili hukuk daha lehe olan hukuk olacak mıdır? Daha sıkı ilişkili hukuk daha lehe olan hukuk olacak ise tartışmakta fayda vardır; çünkü en azından daha lehe olan hukuka kaçış hükmü ile sağlanabilirse çocuğun yararının dikkate alınması bakımından yararlı olacağı kanısındayız. Burada korunacak menfaat açıkça çocuğun yararındır.

Akdi ilişki bakımından düzenlenmiş olan İsviçre IPRG’nin (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*)15. maddesinde uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin istisna hükmü (*Ausnahmeklauseln*) genel bir hüküm olup çocuğa ilişkin uyuşmazlıklar bakımından örnek teşkil edebilir mi? Bu maddede düzenlendiği üzere ile bu bağlamda çocukla en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına ilişkin genel bir kaçış hükmü

---

<sup>582</sup> Jacques Foyer, ‘Problèmes de conflits de lois en matière de la filiation’(1985/IV) (193) Recueil des Cours, 1, 27.

<sup>583</sup> Neşe Çelik Baran, *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması*, (1 st edn, Yetkin Yayınları 2021) 60ff.

<sup>584</sup> Gelgel Öztekin, *Tüketici*, 110.; EGBGB mülga 28.madde, IPRG’nin 117/1. Maddesi.

<sup>585</sup> Gelgel Öztekin, *Tüketici* 111, dn.167.

<sup>586</sup> Gelgel Öztekin, *Tüketici* 111, dn.168.: Bu görüş birçok hukuka, en önemlisi Roma Sözleşmesindeki daha sıkı irtibatlı hukuk bağlama kuralının tesisinde etkili olmuştur.



önerilmektedir. İlgili maddenin ilk fıkrasında belirtildiği üzere “*Bu kanunun gönderme yaptığı hukuk, somut olayın tüm koşullarına göre bu hukukla sadece az, başka bir hukuk ile ise çok daha sıkı ilişki içinde bulunduğu açık olduğunda istisnai şekilde uygulanmayabilir. Bu hüküm hukuk seçimi bulunan hallerde uygulanmaz.*” Somut olaya uygulanacak hukuk bu kaçış hükmü sayesinde daha yakından ilişkili bir hukukun uygulanmasına imkan verebilmektedir. Bu noktada getirilecek önerilerden birisi genel bir kaçış hükmü düzenlemesi ile çocuğun yararının daha çok dikkate alındığı ya da çocuğun lehine olan başka bir hukukun uygulanması sağlanabilir. Ancak çocuğa ilişkin hususlarda daha sıkı ilişkili hukuk değil de çocuk için daha uygun/daha lehe/ daha iyi olan hukukun uygulanmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz.

Mevcut bağlama kurallarında çocuğun yararı daha çok bağlama noktaları ile korunmaya çalışılmıştır. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda çocuğun soybağı hukukunun tespitinde birçok farklı bağlama noktası ile karşılaşmaktadır. Soybağı hukukunun tespitinde bağlama noktası olarak vatandaşlık<sup>587</sup>, mutad mesken<sup>588</sup>, ikametgâh<sup>589</sup> esas alınmıştır. EGBGB’nin 19.maddesi<sup>590</sup> ve IPRG’ nin 68.maddesi<sup>591</sup> uyarınca çocuğun soybağı, çocuğun mutad meskenine bağlanmıştır. Bazen farklı bağlama noktaları çocuğun aleyhine sonuçlar da doğurabilmektedir. Örneğin; ABD’de anne ve baba farklı yerde ikamet ediyorlarsa çocuk, annenin ikametgâh hukukuna göre evlilik içi, babanın ikametgâh hukukuna göre evlilik dışı kabul ediliyorsa total (aksak)

<sup>587</sup> Örneğin, çocuğun milli hukukuna göre soybağı tespiti Çekoslavakya, Polonya, Bulgaristan gibi doğu ülkelerinde milli hukuku tercih edilmiştir.

<sup>588</sup> Alman hukukunda EGBGB madde 19/1 uyarınca çocuğun soybağı, çocuğun sürekli ikamet ettiği-mutat oturma yeri- hukukuna tâbidir.

<sup>589</sup> Fransa’da aynı vatandaşlıkta olmaları şartıyla anne ve babanın milli hukuku, farklı vatandaşlıkta iseler daha çok onların müşterek ikametgâh hukukları nazara alınır. Common law ülkelerinde şahsi statü olarak ikametgâh hukuku tercih edilmektedir. İngiltere’de babanın ikametgâhına, ABD’de babanın ve annenin ikametgâhına bağlanılmaktadır.

<sup>590</sup> Madde 19

Soybağı

(1) Çocuğun soyu, çocuğun sürekli olarak ikamet ettiği devlet yasalarına tabidir. Ayrıca, her bir ebeveyne ilişkin olarak, o ebeveynin ait olduğu devlet yasalarına göre de belirlenebilir. Annenin evli olması halinde ebeveynlik, 14 üncü fıkra 2 uyarınca doğumda evliliğinin genel etkilerini düzenleyen yasaya göre de belirlenebilir; evlilik daha önce ölümle sona ermişse, fesih zamanı belirleyicidir.

(2) Ebeveynler birbirleriyle evli değilse, babanın hamilelik nedeniyle anneye karşı olan yükümlülükleri, annenin mutad olarak ikamet ettiği devlet yasalarına tabidir.

<sup>591</sup> İsviçre IPRG 68.maddesinde de çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda acil durumlarda çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak anne ya da babanın çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerde ikamet etmemesi halinde anne, baba ve çocuğun müşterek milli hukukları uygulanır.

bir soybağı oluşmaktadır ki bu durumun bazı durumlarda çocuğun lehine olduğu söylenemeyecektir<sup>592</sup>.

MÖHUK'un soybağı düzenlemesi, soybağı ilişkisinin zayıf tarafı olan - küçük - çocuğun üst soyu ile soybağının bir şekilde kurulması gereği de gözetilerek basamaklı şekilde oluşturulmuştur<sup>593</sup>. Çocuğun yararının nasıl dikkate alındığının tespiti için ilgili hükmün yapısı ve işlevi tartışılmalıdır.

MÖHUK'un 16/1. maddesinde bulunan bağlama noktaları, bir önceki basamakta yer alan hukukun uygulanması ile soybağının kurulamamış olması koşuluyla uygulanacaktır<sup>594</sup>. MÖHUK'ta amaçlanan, öncelikle, soybağının kurulmasına yönelik olarak daha elverişli bir hukukun uygulanmasını sağlamak olmayıp, çocuğu esas alarak bir bağlama sistemi oluşturmak ve bu temelde de soybağının kurulabilmesini sağlamaktır<sup>595</sup>.

Aşağıda da detaylı olarak tartışılacağı üzere hükmün esas amacının çocuğun üstün yararının dikkate alınarak soybağının kurulması olduğu kabul edilirse, alternatifli sistemin uygulanması düşünülebilir<sup>596</sup>. Kuralın esas amacı çocuğun yararı olduğundan, alternatifli bir bağlama kuralı şeklinde uygulanırsa çocuk bakımından uygulanmasına izin verilen tüm bu hukuklar arasında en elverişli hukukun uygulanmasını sağlayacağı belirtilmektedir<sup>597</sup>.

Madde hükmünden açıkça görüldüğü üzere çocuğun soybağının kurulması için birçok bağlama noktası arasından ilk tercih edilen çocuğun kendi milli hukukudur. Çocuğun

<sup>592</sup> Nomer, *DHH 2021 270*.

<sup>593</sup> Can, Tuna and Tuna, N., 177.

<sup>594</sup> Detaylı bilgi için bkz. Akıncı, 91, Nomer, *DHH 2021*, 271ff; Çelikel and Erdem, 273ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 172.; Doğan, 349.; Akıncı and Demir Gökyayla, 123ff; Kanunlar İhtilâfi hukuku, nihaî olarak ortaya çıkacak maddî hukuk neticesi her ne olursa olsun, ilgili olay, işlem ve/veya taraflarla en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını hedefler. Yetkili kılınan hukuk, nihaî olarak maddî hukuk bakımından âdil bir sonuç doğurabileceği gibi, adaletsiz sayılabilecek bir sonuç da doğurabilir. MÖHUK' un 16.maddesindeki birden çok bağlama noktasının, maddî hukuka ait bir sonucu sağlayıp sağlamama esasına göre yetkili olması klâsik kanunlar ihtilâfi metodolojisiyle bağdaşmamakla birlikte, *soybağının kurulması* gibi önem arz eden bir meselede klâsik kanunlar ihtilâfi metodolojisinden sapılmasını mazur görmek gerekmektedir.:

<sup>595</sup> Pürselim Arning, 176; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Şeyler*, (1st edn, Yetkin 2014 ) 57; Akıncı and Demir Gökyayla, 122.

<sup>596</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 172; Nomer, *DHH 2021 271*.

<sup>597</sup> Nomer, *DHH 2021 271ff.*, Dardağan-Kibar Esra: "Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Atâ Sakmar'a Armağan, 541, 545ff.

milli hukuku “doğum anı” ile sabitlenmiştir. İlk bakışta (*prima facie*) ilk bağlama noktasının çocuğun kendi milli hukuku olarak düzenlenmiş olmasının çocuğun yararı için bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir. Doğum anı birçok durumda önem arz etmektedir. Örneğin İsviçre IPRG’nin 69<sup>598</sup>, uncu maddesi uyarınca doğum anı, çocukla kişisel ilişki kurulması, kurulmasına veya itirazına uygulanacak hukukun belirlenmesinde belirleyicidir. Ayrıca çocuk ilişkisinin yargısal bir tespiti veya itirazı durumunda, çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, davanın açıldığı zaman belirleyicidir.

Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin tesisi için en sıkı irtibatlı hukukun tercih edilmesi gerektiğine göre, çocuğun soybağını kuracak ve dolayısıyla da statüsünü belirleyecek hukukun çocuğun şahsi statüsünün bağlı olduğu hukuk olduğu açıktır<sup>599</sup>. Bu hukuk, öncelikle çocuğun milli hukukudur. Belirtmek gerekir ki, MÖHUK’un çocuğun yararının gözetildiği anlaşılan 16. maddesi hükmünde çocuğun doğum anındaki millî hukukunun uygulanabilmesi için, çocuğun doğum anında bir devletin vatandaşlığına sahip olması gerekir<sup>600</sup>. Çocuğun doğum anında vatandaşlığının bulunmaması veya vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre soybağının kurulamaması durumu için mutata mesken bağlama noktası ikinci seviye olarak öngörülmektedir. Bu esas, milletlerarası hukuktaki yeni gelişmelere paralel bir durumdur<sup>601</sup>.

Günümüzde devletlerin birçoğu, çocuğun vatandaşlık kazanabilmesini kan esasına, yani; çocuğun anası veya babasının da tâbi olduğu devletin vatandaşı olması şartına bağlamıştır. Çocuğun doğumu anında kazanacağı vatandaşlıkta, genellikle ananın veya babanın vatandaşlığının belirleyici olduğu nazara alınır, soybağının tayininin çocuğun milli hukukuna bağlanmasının pratik bir etkisi olmayacaktır. Üstelik çocuğun Türk vatandaşı veya yabancı bir devlet vatandaşı olmasına göre farklı bir hukukun uygulanması sonucunu veren böyle bir bağlanma, Türk kanunlar ihtilafı hukuku sistemine de yabancı olacaktır<sup>602</sup>. Bu nedenle ana babasından biri veya her ikisi ile

---

<sup>598</sup> IPRG madde 69

1 Doğum tarihi, çocuk ilişkisinin kurulmasına, kurulmasına veya itirazına uygulanacak hukukun belirlenmesinde belirleyicidir.

2 Bununla birlikte, çocuk ilişkisinin yargısal bir tespiti veya itirazı durumunda, çocuğun üstün menfaati gerektiriyorsa, davanın açıldığı zaman belirleyicidir.

<sup>599</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 8.

<sup>600</sup> Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 172.

<sup>601</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 8.

<sup>602</sup> Nomer, *DHH 2021* 270.

arasında henüz soybağı ilişkisi kurulamamış bir çocuğun -doğum yeri (toprak) esasına göre kazanmış olduğu bir vatandaşlığı da bulunmadığı sürece bir millî hukuku bulunmayabilir<sup>603</sup>. Böyle bir durumda veya çocuğun doğum anındaki millî hukukuna göre soybağının kurulamadığı hallerde, ikinci basamakta yetkili kılınmış hukuk olan "çocuğun mutad meskeni"<sup>604</sup> hukuku uygulanacaktır. Ancak bu hükmün bazı yönlerden uygulanma kabiliyetinden yoksun olduğu kanaatindeyiz. Sınırların kalktığı ve gün geçtikçe yabancı unsurlu ilişkilerin arttığı günümüzde yalnızca vatandaşlık kazanmak için toprak esasını benimsemiş ülkelerde doğum tercih edilir hale gelmiş iken ya da herhangi başka bir durumda çocuğun doğum anında henüz mutad - kendine ait- bir meskene sahip olmaması ihtimali ortaya çıkmaktadır. Anne ve/veya babanın mutad meskeninden bağımsız gerçekleşebilen bir durum olmadığından çocuğun doğum anında bir mutad meskene sahip olması fiilen ve hukuken mümkün değildir.

Soybağının kurulması bakımından aile birliğini, daha doğru bir ifadeyle çocuk ile anne babayı bir bütün olarak esas alan görüşler de bulunmaktadır<sup>605</sup>. Burada alternatif bağlama kuralı önerilmektedir. Böyle bir düzenleme aile birliğini teşvik edecektir. İlk bağlama noktası anne, baba ve çocuğun doğum anında müşterek millî hukuku, yoksa anne ve babanın müşterek millî hukuku o da yoksa anne ile soybağı kurulamıyorsa annenin hukuku, baba yönünden kurulabiliyorsa babanın hukuku şeklinde önerilmektedir.

MÖHUK'un 16. maddesi belirlenirken, çocuk ile annesi ve babası arasında soybağı kurulmasını sağlamaya yönelik bir bağlama kuralıyla çocuğun üstün yararının korunabileceği düşüncesinden hareket edilmiştir. Yetkilendirilen hukuklar içinde hiç değilse birinin soybağını kuracağı beklentisiyle, çocuk ve ana-babasının ilişki içinde oldukları hukukların neredeyse tümüne belirli koşul ve sıra dâhilinde yetki tanınmıştır.

---

<sup>603</sup> MÖHUK m.16(1) hükmünde, soybağının kurulması açısından ilk basamakta çocuğun millî hukukuna yer verilmiş olmasının isabetli olmadığı, bu düzenleme şeklinin bir kısır döngüye sebep olabileceği belirtilmiştir. Bkz. Dardağan Kibar, 545.

<sup>604</sup> Çocuğun hangi andaki mutad mesken hukukunun esas alınacağı MÖHUK'ta açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda MÖHUK m. 3 uyarınca, "dava anındaki mutad mesken" esas alınır. Öğretide, çocuğun mutad meskeninin tespitinde, çocuk odaklı bir yorum ile çocuğun eğitim hayatını ağırlıklı olarak sürdürdüğü, sağlıkla ilgili faaliyetlerinin yürütüldüğü yer ve çocuğun yaşı dikkate alınmalıdır. (Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 39ff; Akıncı and Demir Gökyayla, 269ff; Özgenç, 16; Giray, *Çocukların İadesi*, 74; Arslan, *Mutad Mesken* 112.

<sup>605</sup> Nomer, *DHH 2021 271ff*; Dardağan Kibar, 545; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 175 dn.115.

Maddenin gerekçesinde de; çocuğun hukukunun tercihi edilmesinin nedeni çocuğun üstün yararını koruyacak hukuk olması şeklinde belirtilmiştir<sup>606</sup>.

Soybağı çift yanlı bir ilişki olup anne baba çocuğun soybağının kurulmasını isteyebilir de istemeyebilir de; çünkü çocuğun soybağının kurulması onları da ilgilendiren bir durumdur. Sonuçları bakımından çocuğun lehine olabileceği gibi aleyhine de olabilecektir. Kanun gerekçe bakımından yalnızca çocuk bakış açısıyla ele alınmıştır. Çocuk, aile hukuku meselesidir ve her iki tarafı da etkilemektedir. Bu nedenle tek taraflı olarak yalnızca çocuk bakımından - çocuğun yararı odaklı - düzenleme getirilmesinin her zaman doğru olacağı söylenemez.

MÖHUK'un 16/1. maddesi yetkilendirilmiş hukukların hangi sırada dikkate alınması gerektiğinin belirlenmesi sorunu da çocuğun yararı açısından önemlidir. Bağlama noktalarının birbirine alternatif teşkil edecek şekilde mi yoksa sırayla (*subsidiar*) şekilde dikkate alınarak düzenlendiği hususu hükümden açıkça anlaşılmamaktadır. Basamaklı bir bağlama kuralı içinde değil, birbirine alternatif teşkil edecek şekilde uygulanmasının, çocuk bakımından uygulanmasına izin verilen tüm hukuklar arasında en elverişli hukuku sağlayacağı görüşü savunulmaktadır<sup>607</sup>. Çocuğun üstün yararı için neyin daha iyi olduğu sorusunu yanıtlamak için öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır birisi olasılık, diğeri öncelik prensibidir<sup>608</sup>.

Bağlama noktaları basamaklı değil de alternatifli bir bağlama kuralı şeklinde tanzim edilseydi ana baba bakımından soybağını kuran bir hukukun varlığı halinde, soybağı bu bakımından bir hukuk uyarınca kurulabilirdi. Bunun sonucunda da çocuğun ana ile baba bakımından soybağını kuran hukukun farklı olması ihtimali<sup>609</sup> de bertaraf edilebilirdi. Düzenlemenin lafzından sırayla uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Mamafih hükmün esas amacının çocuğun soybağının lehine uygun hükümler taşıyan hukuka bağlanmak olduğu iradesi düşünüldüğünde maddi hukuka ait bir sonucun elde edilmesi

<sup>606</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel and Erdem, 272ff.

<sup>607</sup> Nomer, *DHH 2021 271*; Dardağan Kibar, 545.; Karen Müller, *Die Anknüpfungsalternativen des Art. 19 Abs. 1 EGBGB und ihr Anwendungsbereich*, (2008 Diplomarbeit, Beiträge aus dem Fachbereich Rechtspflege Nr. 65/2008 Herausgeber: Dekan des Fachbereichs Rechtspflege, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin Beiträge des Fachbereichs 4 – Nr. 65) 50.

<sup>608</sup> Müller, 50 dn 183.

<sup>609</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 175, dn.115.

için alternatif yani çocuk lehine en uygun hukukun seçilmesini mümkün kılan bir sistemi (uygunluk prensibi) benimsediğini söylemek hükmün esas amacına da uygun bir yorum olacaktır. Uygunluk prensibinde (*Günstigkeit Prinzip*)<sup>610</sup> hükmün düzenlenmesi ve hükmün amacı arasında bir uyum olmalıdır. Uygunluk, çocuğun baba ile soybağının belirlenmesiyle sınırlı bir anlama sahiptir. Çocuk ile baba arasında soybağını kuran hukuk soybağına ilişkin maddi hukuk kuralları ile birlikte, diğer alternatif hukuklar karşısında öncelik (*Prioratus Prensibi*) kazanır. Alternatif hukuklardan birine göre çocuk ile baba arasındaki soybağı belirlendiği anda sadece diğer alternatif hukuklar değil, fakat aynı zamanda bu hukukların maddi hukuk kuralları da bertaraf edilmiş olur.

MÖHUK'un 16. maddesinde yer verilen bağlama kuralının bağlama noktalarının basamaklı-hiyerarşik veya alternatif olması önem arz etmemektedir. Burada önemli olan bir şekilde soybağının kurulmasıdır ve soybağının kurulması da en çok küçük çocuğun yararınadır. Zaten soybağının kurulma meseleleri de genelde küçük çocuklarla olan ilişkilerde önemlidir ve bu noktada ortaya çıkar. Örneğin 40 yaşında birisinin 70 yaşındaki babası ile soybağının kurulması gibi uyumsuzluklara çok sık rastlanmamaktadır meğerki soybağı kurulacak kişiden maddi veya manevi beklentisi olmasın. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, MÖHUK'un 16. maddesinin basamaklı ya da alternatif olması farketmeyecektir çünkü çok sayıdaki bağlama noktası birçok yönden çocuğun lehinedir. Öğretideki basamaklı ya da alternatif basamak kuralı tartışmasının aslında MÖHUK'un 16. maddesi bağlamında yerinde olmadığı kanısındayız. Zira çocuk bakımından sorun daha ziyade MÖHUK'un 17. maddesinde düzenlenen soybağı ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenme şeklindedir. İlk bakışta soybağını kuran hukuka tabi tutulma mantıklı olup kabul edilebilir gözükmemektedir. Dolayısıyla MÖHUK'un 16. maddesinin bağlama noktaları özellikle de bu yön itibarıyla önem arz etmektedir. Nitekim çocuğun korunması gereken durumlarda aynen tüketici ve işçilerde olduğu gibi çocuklar için de kaçış veya koruyucu hükümler getirilmelidir. Bu durumda Türk hukukunun bu konuda sağladığı asgari koruma saklı

---

<sup>610</sup> Başlangıç noktasında (herhangi) bir babaya sahip olmanın hiç babasız olmaktan daha iyi olduğu varsayılarak zaten maddi olarak yüklendiyse (lehine evlat edinme), o zaman uygunluk hiçbir şekilde tamamen "biyolojik olarak" belirlenmemelidir. Çocuk refahının doğal köküne göre daha fazla yönü vardır. Sosyal faktörler çocuğun refahı için son derece önemli olabilir ve bu nedenle hesaba katılmalıdır: Lisa Thalmeir: Das Günstigkeitsprinzip als Ausdruck rechtlicher und monetärer Sicherheit – Der BGH entscheidet über Art. 19 Abs. 1 EGBGB.

tutulması önerilebilir. Bu öneri, kanımızca doğru ve uygulanması en kolay çözüm olarak bu gözükmektedir.

İrdelenmesi gereken bir diğer husus ise çocuğun milli hukukunun ya da mutlak meskeni hukuklarından herhangi birinin, anne ve babanın hukuklarından bağımsız bir hukuk olmasıdır; çünkü çocuk hem ailenin bir üyesidir hem de ailenin bireylerinden bağımsızdır ve kendi hukukuna tabidir<sup>611</sup>. Çocuğun hukuku çoğunlukla anne veya babasının hukuku ile aynıdır fakat yabancı unsurlu ilişkilerin arttığı günümüzde çocuğun anne ve babasıyla farklı bir hukukunun olması ihtimalinin de mümkün olduğu göz önüne alınmalıdır. Anne veya babanın hukukunun her durumda gerçekten çocuğun – üstün- yararına olan hukuk olup olmadığı tartışılmalıdır. Çocuğun üstün yararı, bu bağlama kuralında kendisini çocuğun bağımsız bir aile ferdi olduğunu ancak soybağının kurulamaması halinde çocuğun zararına olacağı şüphesiz olduğundan ilk iki bağlama kuralında soybağı kurulamazsa anne veya babanın hukuku şeklinde göstermektedir. Hükmün amacına uygun olarak burada ilk tercih çocuğun hukuku lehine yapılmıştır<sup>612</sup>. Soybağının kurulması ile çocuğun statüsü değişeceğinden ve birçok durum (velayet, nafaka, miras) açısından oldukça önemli bir husus olduğundan çocuğun hukuku, anne veya babanın hukuklarından önce tercih edilmiştir. Hem geçerli bir soybağı ilişkisinin tesis edilmesi hem de çocuğun üstün yararına göre soybağı ilişkisi kurulması MÖHUK'un 16/1. maddesinin esas amacı olup soybağının tesadüfen ya da sırf kurulmuş olması için kurulmasının önüne geçmektir. Böyle bir düzenlemede son bağlama kuralı “çocuğun doğum yeri”nin bu amaca uygun olmadığını ancak nihai amacın soybağının kurulmasını sağlama olduğundan yer verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır, çünkü soybağının hiç kurulamaması halinde bu durumun çocuğun zararına olacağı şüphesizdir. Gerçekten bu bağlama noktasının uygulanması çocuğu hiçbir bağlantısı olmayan bir hukukla karşı karşıya bırakabilecektir. Ancak, soybağının kurulması için bu hukukun uygulanmasının sorun olmayacağı görüşü de yadsınamaz<sup>613</sup>.

<sup>611</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, 9.

<sup>612</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, 9.; Çelikel and Erdem, 273ff; Nomer, *DHH 2021* 270ff.; Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10.Bası, 207 vd.

<sup>613</sup> Öztekin Gelgel, Günseli: Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8, Güz 2005/2, s. 121.

Her ne kadar Türk hukukunda<sup>614</sup> evlilik içi, evlilik dışı doğan çocuk ayrımı kalkmış olsa da soybağının kurulmasında bu ayrımın olduğu yabancı bir hukuk da yetkili olabilir. Bu yetkili hukuk her iki durumu da farklı hükümlere tabi tutabilir. Konuya ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmadığından ve hem esas hem de öncelikli amaç da çocuğun yararı olduğundan, çocuk için kendi lehine olan statü dikkate alınmalıdır.

### *c. Değerlendirme*

Yukarıda yapılan tüm bu açıklamalar ışığında MÖHUK düzenlemesinin çocuğun üstün yararı bağlamında bir değerlendirmenin sonuçları detaylı olarak incelenecektir.

MÖHUK'un, soybağı düzenlemesine yakından bakıldığında çocuk, anne ve baba kavramına yer verildiği görülmektedir. Ancak düzenlemede çocuğun yararının gözetilip gözetilmediği soru olarak ortaya çıkmaktadır. İlk bakışta, MÖHUK'un 16. maddesi yetişkin çocuklar için de sonuç doğurduğundan doğrudan küçük çocuğun korunmasına yönelmediği söylenebilir. Ayrıca bu hususta -küçük- çocukların yararına ilişkin olarak da kaçış hükmü de bulunmamaktadır. Ancak daha derin bir inceleme yapıldığında tümüyle farklı bir sonuca ulaşılabilir. MÖHUK'un 16. maddesi hem küçük çocuklar hem de yetişkinler (yetişkin çocuklar) için sonuç doğuran düzenlemeler içerse de maddenin amacının aslında küçük çocukları korumaya yönelik olduğu söylenebilir. Her ne kadar metinde açıkça belirtilmese de sonuç odaklı düşünüldüğünde çocuğun soybağısız bırakılmak istenmediği ve çocuğun anne babasıyla soybağının kurulmasının amaçlandığı sonucuna varılabilir. İşte küçük çocukların bir şekilde ebeveynleri ile soybağının kurulmasının bir şekilde istendiği içindir ki çok sayıda bağlama noktası öngörülmüştür. MÖHUK'ta bunun dışında böyle bir durum söz konusu değildir.

MÖHUK'un 16. maddesinin soybağı düzenlemesinin yalnızca küçük çocukları kapsamadığı, bunun dışında soybağının mahiyeti itibarıyla yetişkin çocuklar ve anne-babayı da ilgilendirdiği, yani soybağı müessesesini tümünden ele aldığı söylenebilirse de

---

<sup>614</sup> Yeni TMK ile evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocuk ayrımı Türk soybağı hukukunda çıkarılmıştır. Dolayısıyla, evlilik dışı soybağı statüsünden evlilik içi soybağı statüsüne geçişi düzenleyen soybağının düzeltilmesi (legitimation) müessesesine soybağı hukukunda yer verilmemiştir. Bu gelişmeler doğrultusunda da Türk kanunlar ihtilafı hukukunda da soybağının kurulması, iptali ve ana, baba, çocuk arasındaki ilişkiler sınırlı hukuki düzenleme yeterli görülmüştür.



getirilen bağlama noktalarının seçimi ve çokluğu dikkate alınacak olursa, esasen küçük çocuğun korunmasından hareket edildiği söylenebilir.

Yine MÖHUK'un 16. maddesinin etkileri bakımından da küçük çocukları daha çok ilgilendirdiği aşikârdır. Soybağının kurulmasından en çok küçük çocuklar -fiilen- etkilenirler. Çünkü onlar bakıma muhtaçtır ve korunmaya gerek duyarlar. Hal böyle olduğu içindir ki, soybağının kurulması genellikle çocuklar tarafından/yönünden ebeveynlerine karşı istenir. Bunun tersi de mümkün olsa da çok istisnai bir durumdur. Aynısı yetişkin çocuklar için söylenebilir çünkü yetişkin çocuklar genelde artık kendi ayakları üzerinde durabileceklerinden onlar açısından gerçek anne babasıyla soybağının kurulması çok elzem olmayabilir. Yetişkin çocuklar için miras konusu önem arz edebilir; ama MÖHUK'un 16. maddesi hükümlerinin asıl gayesinin her halde öncelikli olarak kişilere miras güvencesi sağlamak değildir. Mirasçılık statüsü MÖHUK'un 16. maddesinin sadece sonuçlarından biri olabilir, amaçlarından biri değildir.

Sonuç olarak, MÖHUK'un 16. maddesinin yetişkin çocukları ve ebeveynleri ilgilendirdiği gerçeği yadsınamayacaktır fakat öncelikle küçük çocuklara yönelik bir düzenleme olarak anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Maddenin yetişkin çocuklar ve ebeveynleri de ilgilendirmesi bu gerçeği değiştirmez. Maddenin merkezinde küçük çocuklar bulunmakta olup esas itibarıyla küçük çocuklar açısından bağlama noktaları silsilesi oluşturulmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte, maddenin düzenleniş şeklinin küçük çocukların korunması (yararının gözetilmesi) açısından çok da yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Madde kapsamında küçük çocukların durumu daha belirgin hale getirilebilir, onlar lehine kaçış veya korunma hükümleri öngörülebilirdi. Yine soybağının kurulmasında bir ayrıştırmaya gidilebilirdi. Soybağının kurulmasına ilişkin olarak küçük çocuklar ile ebeveynler arasında farklı düzenlemeler geçerli olabilir. Yani, soybağının çocuk yönünden kurulması ile anne-baba yönünden kurulması arasında farklı bir rejim söz konusu olabilir ve küçük çocuğun korunmasına yönelik kaçış hükümleri getirilebilir. Farklı hukukî rejim kabul edilmeyecek olması durumu için anne-baba (hatta yetişkin, bağımlı olmayan çocuklar) yönünden soybağının kurulmasına ilişkin bağlama noktalarının sayısının azaltılması da düşünülebilir. Sonuç olarak, hükmün esas amacı çocuğun soybağının kurulmasını sağlayacak hukuka bağlamak olduğu şüphesizdir. Bu amaç çocuğun yararını haklı olarak çocuğun soybağının

kurulması şeklinde gerçekleşecektir. Getirilen bağlanma düzeninin soybağının kurulmasına çocuk lehine en uygun olan hukukun uygulanmasını hedefleyen bir sistem olduğu açıktır (*favor legitimitatis*).

Çocuğun -üstün- yararının tümüyle aile düzeninden ve ebeveynlerin yararından bağımsız olarak ele alınıp alınmadığı ve çocuğun -üstün- yararına en uygun hukukun uygulanmasının sağlanıp sağlanmadığı soruları söz konusu olmaktadır. Bu sorulara son tahlilde olumlu cevap verilebilir. Gerçekten de gerek milletlerarası sözleşmelerde gerekse devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin düzenlemelerinde, çocuğun vatandaşlığı, mutad meskeni gibi doğrudan çocuk ile ilgili bağlama noktalarına yer verilmektedir. Soybağı ve velayete uygulanacak hukuk dışında yabancı ülke mahkemelerince bu konulara ilişkin verilen kararların tenfizinde, çocuğun yararının korunması adına koruyucu mekanizmalar da bulunmaktadır. IPRG'nin 70.maddesinde<sup>615</sup> bulunan düzenleme bu duruma örnek verilebilir. Çocuk ile anne babası arasındaki ilişkileri ile ilgili verilmiş kararların, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu veya çocuğun vatandaş olduğu veya anne veya babanın ikamet ettiği veya vatandaşı olduğu eyalette verilmişse İsviçre'de tanınması ve tenfizi mümkündür. Yabancı kararların tanınması ve tenfizinin çocukla ilişkili olabilecek bağlama noktaları sınırlandırmak ve alternatifli olarak birden çok bağlama noktası ile düzenlemenin çocuğun yararının dikkate alındığı ve çocuğu koruyucu hüküm olduğu kanısındayız<sup>616</sup>.

#### ***d. Çocuğun Soybağının Düzeltilmesi***

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda soybağının düzeltilmesine ilişkin olarak özel bir bağlama kuralı öngörülmemiştir. Türk maddi hukukunda soybağının düzeltilmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması, kanunlar ihtilafı hukuku bakımından da düzenleme yapılmamasına yol açmıştır. Bununla birlikte, yabancı unsurlu soybağı

---

<sup>615</sup> IPRG Madde 70

Bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin beyanı veya itirazına ilişkin yabancı kararlar, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu veya çocuğun vatandaş olduğu veya ikamet ettiği veya vatandaşı olduğu eyalette verilmişse İsviçre'de tanınır.

<sup>616</sup> Tanıma tenfiz bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

uyuşmazlıkları bakımından soybağı konusunun daha geniş ele alınıp düzenlemeye tabi tutulması belki daha yerinde olabilir<sup>617</sup>.

Soybağının düzeltilmesi bir statüden başka bir soybağı statüsüne geçiş anlamına gelmektedir ki buna ilişkin soybağının kurulmasına ilişkin MÖHUK'un 16/1. madde kuralının soybağının düzeltilmesine de uygulanmasının hukuken yerinde olduğu görüşündeyiz<sup>618</sup>. Bağlama kurallarının dikkate alınmasında, uygunluk prensibinden hareket edileceğinden çocuk lehine olan statüyü temin eden maddi hukuk etkili olacaktır. Maddi hukukun evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocuk ayrımı yaptığı takdirde evlilik içi doğan çocuğun daha uygun statü olduğu kuşkusuzdur. Alternatif hukuklar arasında bu statüyü temin eden bir düzenleme bulunmayabilir. MÖHUK'un 16. maddesine göre tayin edilen hukukta Türk maddi hukukunda olduğu gibi soybağının düzeltilmesine ait bir maddi hukuk düzenlemesi olmayabilir ki bu durumda çocuğun yararı uygulanan hukuktaki çocuk, ana ve baba arasındaki soybağına ilişkin maddi hukuk hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanma zorunluluğu çıkar. Soybağının düzeltilmesinin çocuğun yararına olacağı şüphesizdir, evlilik dışı doğan çocuğun evlilik içi doğan çocuk statüsüne sahip olabilmesi evlenme ya da mahkeme kararı ile olur<sup>619</sup>. Evlenme yoluyla soybağının düzeltilmesinde şahsi statü yani milli hukuk ya da ikametgâh hukuku nazara alınmaktadır. EGBGB'nin mülga 21. maddesi evlenme anındaki babanın milli hukukuna bağlanmıştır<sup>620</sup>; bugün milletlerarası gelişmelere paralel olarak EGBGB'nin 19. maddesi prensip olarak çocuğun mutlak oturma yeri hukukudur. Fransız hukukunda soybağının düzeltilmesi evlenmenin hükümlerinden kabul edilmekte ve kaide olarak evlenme anında babanın milli hukukuna tabi tutulmaktadır. Örneğin, anne ve çocuğun Fransız vatandaşı, babanın Fransız vatandaşı olmadığı halde aile Fransa'da oturuyor ise evlenmenin hükümleri, soybağının

---

<sup>617</sup> Aynı yönde Nomer, DHH 2021, s.272.

<sup>618</sup> Aynı görüş için bkz. Nomer, DHH 2021, s.273.

<sup>619</sup> Common law sisteminin benimsediği ülkelerde evlilik dışı doğan bir çocuğun soybağının, çocuğun anne ve babasının evlenmesiyle düzeltilmesi Kıta Avrupası hukuklarında yüzyıllardır bilinmekteydi. Latin hukuklarında ve ABD'nin yarısında ek olarak çocuğun tanınması da gerekli olup çocuğun doğum anı kaide olarak kabul edilmemiştir. Bu durumun çocuğun soybağının düzeltilmesinin zorlaştırdığını ve çocuğun aleyhine sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz.

<sup>620</sup> Müller, 50. : Önceki yasaya göre, bir çocuğun evlilik soyundan gelmesi, ilke olarak, Madde 14 Paragraf 1'e göre, çocuğun doğumunda annenin evliliğinin genel etkileri için belirleyici olan yasaya tabidir (Madde 19 Paragraf 1 Cümle 1).

düzeltilmesi Fransız hukukuna tabi olacaktır<sup>621</sup>. Soybağının mahkeme kararıyla düzeltilmesi de evlenme yoluyla soybağının düzeltilmesini düzenleyen kanunlar ihtilafı kurallarına tabidir.

Evlilik içi ve evlilik dışı çocukların hukuki durumunu farklı şekilde düzenleyen hukuk sistemleri nedeniyle kanunlar ihtilafı kurallarında da farklılık bulunmaktadır. Evlilik dışı soybağı ilişkisine ABD gibi *lex fori*'yi tatbik eden ülkeler bulunmaktadır. İngiliz hukukunda çocuk İngiltere'de doğmuş veya yabancı ülkede doğmuş olmakla beraber anne ve baba İngiliz vatandaşı iseler İngiliz hukuku uygulanır<sup>622</sup>. Genellikle de çocuğun şahsi statüsüne yetki tanıyan hukuklar nadirdir. Evlilik dışı soybağını meydana getiren hukuki ilişkileri ilgilinin şahsi statüsüne, yani ikametgâh veya milli hukukuna tabi tutarlar. Alman hukukunda evlilik dışı çocuğun soybağı annenin çocuğun doğumu sırasında ait bulunduğu devletin hukukuna, babanın çocuğun doğumu anında ait olduğu devletin hukuku veya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku da evlilik dışı soybağını tespit edebilir. Çocuk ile ana baba arasındaki hukuki ilişkiler, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna (EGBGB madde 19-20) tabidir<sup>623</sup>. İtalyan hukukunda ise ana baba ile çocuk arasındaki hukuki ilişkiler çocuğun milli hukukuna göre düzenlenir<sup>624</sup>. Yapay dölleme ise bir önceki bölümde daha detaylı incelendiği

---

<sup>621</sup> French Civil Code Art 311-15:

"However, Article 311-15 of the Civil Code provides that, should the child and the child's father and mother or any one of them have their usual common or separate residence in France, the possession of status has all the consequences arising from it according to French law, even when the other elements of the parent-child relationship might have depended upon a foreign law."

<sup>622</sup> Family Law Act 1986 [FLA 1986] s55A.

<sup>623</sup> EGBGB 19.madde: 1Çocuğun soyu mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tabidir. 2Ayrıca bu ebeveynin ait olduğu devletin hukukuna göre her ebeveynle ilgili olarak belirlenebilir. 3 Annenin evli olması durumunda, ebeveynin doğumdaki evliliğinin genel etkilerinin tabi olduğu kanuna göre ayrıca 14. Maddenin 2. Fıkrasına göre belirlenebilir; evlilik daha önce ölümle sona ermişse, boşanma zamanı belirleyicidir.

(2) Anne ve baba birbiriyle evli değilse, babanın hamilelik nedeniyle anneye karşı yükümlülükleri, annenin mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tabidir.

Çocuğun ve aile hukuku ilişkisi bulunan bir kişinin ebeveynlik beyanına veya isimlendirmeye lüzum ve rızasının verilmesi de çocuğun ait olduğu devletin hukukuna tabidir. 2 Çocuğun yüksek yararı için gerekliyse, bunun yerine Alman hukuku uygulanır.

Madde 20

Ebeveynliğe (soybağına) itirazı

1 Ebeveyn, gereksinimlerin ortaya çıktığı herhangi bir yasaya göre itiraz edilebilir. 2 Çocuk, mutad meskeninin bulunduğu devletin kanunlarına göre her halükarda ebeveynliğe itiraz edebilir.

<sup>624</sup>Vatandaşlık Yasası (1992)

İtalya Vatandaşlık Hukuku

Vatandaşlığa İlişkin Yeni Hükümler

Sanat 2

üzere tekniklerin farklılığı, yasal boşluklar, yasaklar nedeniyle uygulanacak soybağı hukuku bakımından da problemlerin<sup>625</sup> doğumuna neden olmaktadır. Örneğin taşıyıcı anne ile dünyaya gelmiş çocukların taşıyıcı anneliğin yasaklandığı ülkelere dönmesi konusunda yargı kararlarına da konu olduğu üzere bu çocukların pasaport ve seyahat belgelerinin hazırlanmasında ve bu çocukların ebeveynleri arasındaki ilişkinin tanınması aşamasında milletlerarası özel hukuka ilişkin sorunlar ortaya çıkmaktadır<sup>626</sup>.

Nitekim yabancı yargı kararlarında da bahsedildiği üzere sınır aşan taşıyıcı anneliğin kabul edilmesi halinde ebeveynlik ilişkisinin tanınmasının çocuğun üstün yararına olacağı görüşü ileri sürülmektedir<sup>627</sup>. Taşıyıcı anneliğin kabulü ile çocukla soybağı kurulabilecektir. Dolayısıyla soybağı kurulan çocuk bir vatandaşlığa sahip olabilecek ve bunun sonucunda ebeveynlerini tanıma ve onlar tarafından bakılma hakkı, nafaka, miras gibi birçok hakka sahip olabilecektir. Bu durumda çocuğun taşıyıcı anneden doğması nedeniyle yaşayacağı mağduriyetin önlenmiş olacağı savunulmaktadır<sup>628</sup>. Taşıyıcı anneden doğan çocuk, evlilik birliği içinde doğmayan çocukların yaşadığı duruma benzer nitelikte olup bu şekilde dünyaya gelen çocuklar bu nedenle birçok haktan mahrum olmaktadır. İşte bu mağduriyetin yaşanmaması için çocuğun yararı dikkate

---

1. Çocuğun reşit olmadığı (veya: çocuğun reşit olmadığı yaşta) meydana gelen tanıma veya adli sicil beyanı, bu tüzük hükümlerine göre çocuğun vatandaşlığını belirler.

< <https://www.legislationline.org/documents/id/5131> >

<sup>625</sup> Detaylı bilgi için bkz. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, ‘Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünya’ya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Nesep İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu’ (Yapay Döllenme) 2006 (18) Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7, 34ff; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, ‘Milletlerarası Özel Hukukunda Organ Nakli’ (Organ Nakli) Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk, Toplantı Sunumları ve Tartışmaları, İstanbul Medipol Üniversitesi Biohukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını (2013) 71, 78ff.; Ebru Şensöz Malkoç, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Embriyo, Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk, Toplantı Sunumları ve Tartışmaları, İstanbul Medipol Üniversitesi Biohukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını (2013)125, 128. Biyolojik (genetik) alanındaki buluşların, özellikle biyoteknolojinin uygulamada açtığı, açabileceği problemlerin, ancak “yeni” bir hukuk sistemi içinde oluşturulacak hukuki bir düzenleme (Biohukuk) ile çözümlenebileceği görüşü için bkz. Sayman, Biohukuk 159 ff.

<sup>626</sup> Işıl Bahçivancı- Tekdoğan, ‘Taşıyıcı Anneliğin Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme’ in Suzan Süheyla Gökalp Alica and Necdet Basa (eds) II. Uluslararası Kadın Ve Hukuk Sempozyumu Cilt-1 (Türkiye Barolar Birliği 2019) 747-763’den naklen Orejudo prieto de los mozos, 1695.; Ekşi, ‘Taşıyıcı Annelik’ 5.

<sup>627</sup> Bahçivancı- Tekdoğan, 747ff.; Chris Thomale, ‘State of Play of Cross-border Surrogacy Arrangements– Is There A Case for Regulatory Intervention by the EU?’ (2017) 13 (2) Journal of Private International Law 463, 471ff.

<sup>628</sup> AİHM kararlarında bu durum desteklenmektedir. Çocuğun yüksek yararının yabancı makamlardan alınan ve çocuğun müstakbel ebeveynlerle olan ebeveynlik ilişkisini kanıtlayan belgenin tanınması ile değil, çocuğun evlat edinilmesi yoluyla sağlanabileceğine ilişkin olarak bkz. Thomale, 463, 471 ff.

alınarak çocuklara karşı ayrımcılık yapılmaması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>629</sup>. Daha önceki açıklamalarımızı tekrar etmemek amacıyla atıf yapmak ile yetinilerek yine kamu düzeni müdahalesi gelebileceği mülahaza edilmelidir.

#### *e. Çocuğun Soybağının İptali*

MÖHUK'un 16. maddesinin 2.fıkrası; “*Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tâbidir.*” hükmü ile soybağının iptalini düzenlemektedir<sup>630</sup>.

Bu bağlamda öncelikle, soybağının çocuğun yararına olması durumunda soybağının kuran hukuktan farklı bir hukuka göre iptalinin mümkün olup olmayacağı sorusu ortaya atılabilir. Bu soruya ilişkin cevap şu şekilde verilebilir: MÖHUK'un 16/2. maddesinin düzenleniş şeklinin bu bakımdan yenilenerek, üstün yarar olarak çocuğun yararının gözetilecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Buna karşılık maddenin pozitif uygulanma kapsamında soybağının iptalinin çocuğun – üstün – yararı gerektirse dahi soybağının kuran hukuktan başka bir hukuka tabi tutulması pek mümkün gözükmemektedir.

MÖHUK'un soybağının iptaline ilişkin hükmü her ne kadar açıkça soybağının kuran hukukun soybağının iptaline uygulanacağını düzenlemiş olsa da tartışmaya açıktır. Zira soybağı, annenin çocuğun doğum anındaki milli hukukuna göre kurulmuşsa ve daha sonra annenin ve çocuğun milli hukuku sonradan değişmiş ise çocuğun soybağı artık herhangi bir bağının olmadığı hukuka göre iptal edilecektir<sup>631</sup>. Bir başka açıdan bakılacak olursa, çocuğun soybağının kuran hukuk değişse dahi çocuğun soybağının kurulduğu hukuk ile iptal edilebilir olması aslında çocuğu koruyan ve çocuğun yararına getirilmiş bir düzenleme şeklindedir. Soybağının belirleyen birden çok bağlama noktasından soybağının kuran bağlama noktasının değişmesi ihtimal dahilinde olduğundan bu hüküm uyarınca soybağının iptalinde dikkate alınmayacaktır<sup>632</sup>. Örneğin, soybağı annenin çocuğun doğum anındaki milli hukukuna göre kurulan ama

<sup>629</sup> Bahçivancı- Tekdoğan'dan naklen: Ní Shúilleabháin M, ‘Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights’ (2019) 33 International Journal of Law, Policy and The Family 111.

<sup>630</sup> Nomer and Şanlı, 271.; Çelikel and Erdem, 273.; Nomer, *DHH 2021* 280; Tekinalp and Uyanık, 234.

<sup>631</sup> Nomer, *DHH 2021* 280.

<sup>632</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 174ff.

babanın milli hukukuna göre de iptal edilecek olursa hâkim böyle bir ihtimalde soybağının iptalini sayılan hukuklardan biri olan babanın hukukuna göre yapılabilir mi? Bu soruya hukukî işlemin bütünlüğünü korumak adına olumsuz cevap verildiğinde bu ilişkiyi kuran hukukun aynı şekilde bu ilişkiyi iptal edebilmesi gerekir. Sonuç olarak, bir hukuka göre kurulan bu ilişki bir başka hukuka göre iptal edilir/edilebilir dersek, hukukî güven ortadan kalkacaktır. Böyle bir durumda çocuğun soybağının iptaline ilişkin bir belirsizlik olacaktır. Çocuğun yararının dikkate alınmadığı/alınmadığı bir durum yaratılarak kanunlar ihtilafının hizmet ettiği ihtilafın ortadan kaldırılması amacından sapılacaktır. Böyle bir durum yaratılmak istenmeyecektir. Zira bu şekilde ilişkiyi kuran hukuku farklı, ilişkiyi iptal eden hukuku farklı belirlersek ihtilafı ortadan kaldırma değil ihtilaf yaratma sonucuna yönelmiş olunacağı görüşüne kısmen katılmaktayız<sup>633</sup>. Çocuğun yararının esas alındığı bu bağlama kuralında ihtilafın engellenmesi amacıyla sunacağımız öneri ve gerekçesi şu şekildedir:

MÖHUK'un 16. maddesinde soybağının kuruluşu kural olarak ana baba yönünden farklı olabilecektir. Her ikisi açısından soybağının kuruluşunda yetkili hukuk farklıysa, iptali de değişecektir. Anne veya babaya göre hangi hukuk soybağının kuruluşunda yetkiliyse, iptaline de o hukuk yetkili olacaktır. Pozitif uygulamada çocuğun soybağı kurulurken çocuğun yararı ne kadar gözetilebiliyor ki iptalinde de yararı dikkate alınabilecektir? Nitekim MÖHUK bağlamında alternatifli bağlama kuralı değil de subsidiar yöntem kabul edildiğinden çocuğun soybağı sırayla ilgili bağlama kuralındaki bağlama noktasına göre kurulurken iptalinde de bu hukukun uygulanması daha uygun olacaktır.

Belirtmek isteriz ki soybağının kurulmasında kullanılan hukukun zaman içerisinde değişmesi mümkündür. Özellikle, çocuğun soybağını kuran eşlerin doğum anındaki müşterek mutat mesken hukukunun değişmiş olması ihtimalinde, iptalin çocuğun doğumu anındaki hukuka tabi tutulması tatmin edici olmayabilir. Bununla beraber, hükmün iptali genel olarak soybağının kurulmasını düzenleyen hukuka tabi tutan genel ve kesin ifadesi, sonradan değişmiş mutat mesken de olsa çocuğun doğum anındaki hukukunun nazara alınmasını zaruri kılmaktadır. Bu düzenlemenin genel ve kesin

---

<sup>633</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, 11.

ifadesi çocuğun yararına olsa dahi soybağının iptalinin, soybağını kuran hukukta farklı bir hukuk olamayacağını göstermektedir. Hâlbuki çocuğu ilgilendiren uyuşmazlıklarda çocuğun üstün yararı temel ölçüttür ve gözetilmesi gerekmektedir. Düzen ve hukuki istikrar adına yapılan soybağını kuran hukuka göre soybağının iptal edilebilmesi her zaman çocuğun üstün yararına hizmet edip etmediği tartışılabilir. Kanımızca çocuğu korumak amacıyla getirilen bu düzenleme çocuğu her durumda koruyamayabilir; bu nedenle mutlak bir düzenleme yerine somut olayda çocuğun soybağının iptalinde çocuğun korunmaya değer yararı göz önüne alınmalıdır. Genel bir kaçış hükmü önerisi burada da gündeme gelebilir. Çocuğun soybağının iptali çocuk için geri dönülemez ve telafisi olmayan bir sonuç doğuruyorsa ya da soybağısız kalmasına sebep olacak ise bu durumun gerçekleşmesinin engellenmesi çocuğun lehine olacak ise kaçış hükmü önerilebilir. Sonuç olarak tekrar belirtilmelidir ki pozitif uygulamada çocuğun soybağı kurulurken çocuğun yararı ne kadar gözetilebiliyor ki iptalinde de yararı dikkate alınabilecektir?

#### ***f. Çocuğun Soybağının Hüküm ve Sonuçları***

MÖHUK'un 17.maddesi; “*soybağının hükümleri soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutat mesken hukuku uygulanır*” şeklinde düzenlemiştir.

Bu düzenleme soybağının hüküm ve sonuçlarını, yani çocuğun anne ve baba ilişkilerini soybağını kuran hukuka tabi tutmuştur. Fıkranın lafzında “*Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tabidir*” kuralı bir prensip anlamında ifade edilmiştir<sup>634</sup>. Ancak bu prensibin doğru olmadığı da savunulmaktadır<sup>635</sup>. Maddenin 2. fıkrasında bu prensibin ayırık hallerinin düzenlenmiş olduğundan yapılan eleştirilere tümenden katılmak doğru gözükmemektedir<sup>636</sup>. Nitekim burada yer alan hükme göre, “*ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutat mesken hukuku uygulanır.*” hükmü ile aile

<sup>634</sup> Nomer, *DHH 2021* 281.

<sup>635</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Batıgün, 108.; Nomer, 280; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 172.; Çelikel and Erdem, 272ff.; Akıncı and Demir Gökyayla, 148; Özgenç, 14.

<sup>636</sup> Nomer, *DHH 2021* 281.



bütünlüğünü sağlamak adına böyle bir düzenleme getirildiğinin ve çocuğun yararının bu şekilde gözetilebileceği kanaatindeyiz. Buna göre, anne baba ve çocuğun milli hukuku soybağı hükümlerine uygulanacaktır. Anne baba ve çocuğun müşterek milli hukukunun da bulunmadığı halde soybağının hükümlerine müşterek mutat mesken hukuku uygulanacaktır<sup>637</sup>. Bu düzenleme ilk bakışta, çocuğun hukukundan uzaklaşarak aile birliği hukukunun ön plana çıkartıldığı belirtilmektedir<sup>638</sup>. Kanunun gerekçesinde de bu hükmün aile içi ilişkilerde uygulanan hukukta bütünlüğünün sağlanması amacıyla getirildiği ifade edilmektedir<sup>639</sup>. Çocuğun yararının nasıl dikkate alındığı hususuna yakından baktığımızda aile bütünlüğünü korumak adına anne, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku, eğer bulunmuyorsa müşterek mutat mesken hukuku bağlama noktası olarak tercih edilmiştir. Aslında anne baba ve çocuğun müşterek milli hukuku ve müşterek mutat meskeni aynı hukuku bir başka deyişle soybağını kuran hukuk olması imkân dahilindedir<sup>640</sup>.

Çocuk, anne ve babanın –genelde- devam etmekte olan bir aile birliği içinde düşünüldüğünde çocuğun hukuku yerine müşterek milli hukukun daha sıkı irtibatlı hukuk olması nedeniyle tercih edilmesi olağandır<sup>641</sup>. Nitekim, öğretilerde de var olan görüş uyarınca anne baba ve çocuk arasındaki ilişkilere, evlenmenin genel hükümlerinde de uygulama alanı bulan, tarafların müşterek milli hukukunun veya mutat mesken hukukunun uygulanmasının yerinde olduğu söylenebilir<sup>642</sup>. Bu müşterek hukuklar istisna kuralı olarak getirilmiştir<sup>643</sup>. Burada çocuğun üstün yararını koruyan hukuk yerine aile birliğini ve düzenini koruyacak hukuk tercih edilmektedir<sup>644</sup>. Aile birliği ve düzeninin korunması da çocuğun yararınadır. Nitekim her zaman çocuğun üstün yararı ile aile birliği hukuku arasında mutlak bir çatışma durumu olduğu söylenemez; aile hukuku genelde çocuğu koruyucudur. Lâkin, soybağı tek taraflı değil, doğurduğu sonuçlar bakımından çift taraflı bir ilişkidir ve hükümleri çocuğu etkilediği gibi anne ve babayı da etkilemektedir. Bu nedenle çocuğun korunmaya değer yararının

<sup>637</sup> Nomer, *DHH 2021* 281; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 182; Çelikel and Erdem, 268ff.; Akıncı and Demir Gökyayla, 148; Özgenç, 14.

<sup>638</sup> Özgenç, 14ff.; Gelgel, s. 16-17; Dardağan Kibar, 547.

<sup>639</sup> Gerekçe için bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>> Erişim Tarihi.23.11.2020

<sup>640</sup> Özgenç, s.14.

<sup>641</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, 12.

<sup>642</sup> Nomer, *DHH 2021* 281.

<sup>643</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 12 vd.

<sup>644</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 12ff.; Can and Tuna, MÖH, 372, Özgenç, 14.

korunması gerektiği görüşümüz burada da telakki etmektedir. Ayrıca çocuk için aşırı yararlanma durumunun da ortaya çıkmaması için çocuk için en iyi korumanın asgari bir koruma (güvence) getirilerek sağlanacağını düşünüyoruz. Zira soybağının hükümleri aile birliğini işaret etmektedir; fakat aile birliği devam etmiyorsa dahi ana, babanın ve çocuğun birlik içinde sağlıklı ilişkileri çocuk için ayrıca bir önem arz etmektedir. Aile içindeki bu ilişkilere de bu nedenle, soybağının kurulmasından sonra, soybağının kuruluşuna hangi hukukun uygulandığına bakılmaksızın ailenin müşterek milli hukukunun bulunması halinde müşterek milli hukuk, bulunmadığı takdirde, müşterek mutata mesken varsa soybağının hükümlerine o hukukun uygulanarak bütünlüğün sağlanması tercih edilmiştir<sup>645</sup>. Anne, baba ve çocuğa ait müşterek milli hukuk ve müşterek mutata mesken mevcut değilse, ancak o zaman soybağının kuran diğer hukuklar, doğum anındaki milli hukuk veya doğum yeri devreye girecektir.

Soybağının sonuçları, uygulanacak hukuk yönünden irdelenebilir. Uygulanacak hukuku belirleyecek olan bağlama noktalarından hangisi çocuğun lehine<sup>646</sup> ise veya Türk hukuku bakımından getirilen asgari koruma sağlanırsa o hukukun soybağının hüküm ve sonuçları bakımından esas alınması sağlanabilir. Böyle bir çözüm getirilecek olursa bu durumda hâkimin uygulanması muhtemel tüm hukuk kurallarını araştırması gerekecektir. Ancak bunun pratikte uygulanması oldukça zor olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Yabancı hukukun tespitinde ve uygulanmasında dahi zorluk yaşandığı düşünüldüğünde en azından Türk hukukunun asgari güvencesi saklı tutulabileceği düşünülebilir. Özellikle korunmaya muhtaç küçük çocuklar bakımından asgari koruma sağlanacak şekilde bir düzenleme getirilmelidir.

Kısacası; küçük çocuğun soybağının hüküm ve sonuçları bakımından hangi hukukun uygulanacağından çok, asgari korumanın sağlanıp sağlanmadığı önemlidir. Bu minvalde de Türk hukukunun sağladığı asgari korumanın sağlanma şartı da getirilebilir. Madem tüketici ve işçide asgari koruma güvencesi sağlanmış, – küçük- çocuklarda asgari koruma sağlanmasının gerektiği kanısındayız. Gerçi tüketici ve işçi de mutata mesken/işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sağlanacak asgari koruma güvencesi esas alınmıştır. Aynısının veya bir benzerinin -küçük- çocuk bakımından da

<sup>645</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 12ff.

<sup>646</sup> Daha iyi hukuk yaklaşımı (*Better law approach*)

geçerli olması gerektiği, buna göre de “soybağını kuran hukukun veya müşterek milli hukukun emredici hükümleri uyarınca sağlanacak asgarî korumanın geçerli kılınması gerektiği ifade edilebilir. Ancak bize göre bu noktada daha doğru olan, Türk hukukunun sağladığı asgarî korumanın esas alınmasıdır. Küçüklerin hukuki (soybağı) statüsüne ilişkin kurallar, emredici yönleri ağır basan, bu niteliğiyle de hepsi “doğrudan uygulanan kural” olarak gözükmese de onun ile yakından ilintilidir. O nedenle, Türk hukukunun soybağı statüsüne ilişkin kuralları, doğrudan uygulanan kural olarak uygulanma alanı bulamasa dahi, en azından dolaylı- asgari güvence- olarak uygulanabilmelidir. Türk mahkemesi önüne gelen davalar bakımından, bu konuda uygulanacak statüden muhtemelen birincil derecede etkilenen hukuk düzeni Türk hukuk düzeni olacaktır. İşte bu nedenle Türk hukuk düzeninin emredici yönleri gözetilmelidir.

## **B. Çocuğun Velayeti**

Soybağının hükümlerini düzenleyen MÖHUK’un 17. maddesi kapsamına giren en önemli konu velayet ilişkisidir. Velayet ilişkisi ile velayet hakkı, kimlerin velayet altında olacağı, müşterek velayet, velinin velayet hakkından doğan görevlerini hiç veya gereği gibi yerine getirememesi halinde çocuğun nasıl korunacağı, soyadı, kişisel ilişki kurma, çocuğun malları ve çocuğun temsili gibi çocuğun yararı ile doğrudan ilgili birçok mesele ortaya çıkmaktadır<sup>647</sup>. Bu nedenle velayet alanında çocuğun üstün yararını ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk. Sistematik nedenlerle çocuğun adı ve soyadı alanında çocuğun üstün yararını ayrı bir başlık altında değerlendireceğiz. Bu başlık altında MÖHUK bağlamında çocuğun velayetine ilişkin hususlarda çocuğun yararının nasıl dikkate alındığı ve konunun önemine binaen müşterek velayette çocuğun yararı olmak üzere ayrı başlıklar altında incelenecektir.

---

<sup>647</sup> Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe 184.; Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 12; Can and Tuna, *MÖH* 373.; Doğan, 352ff. ; Detaylı bilgi için bkz. Ahmet Ayar, ‘Türk Hukukunda Çocukların Anne Babalarına Karşı Korunması, in Tuğçe Tuzcuoğlu /A. Hulki Cihan (eds) Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri’ ( On İki Levha Yayıncılık 2019) 242ff.

### **a. MÖHUK' un İlgili Bağlama Kurallarında Çocuğun Velayetinde Çocuğun Yararı**

Soybağının hüküm ve sonuçlarına ilişkin çok taraflı sözleşmelerin yalnızca isimleri zikretmekle yetinilecektir. Bu Sözleşmelerden biri “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, Sözleşmenin kapsamı bakımından dolaylı olarak soybağı ve velayet ile ilgili Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme” ve “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Sözleşme”dir. Sözleşmelerin kapsamına girmeyen konularda MÖHUK uygulanacaktır. Öncelikle belirtmek isteriz ki boşanmanın velayet üzerindeki sonuçları boşanma statüsüne (MÖHUK m.14/3<sup>648</sup>), evlat edinmenin velayet üzerindeki sonuçları ise evlat edinme statüsüne (MÖHUK m.18/3<sup>649</sup>) tâbidir.

18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın<sup>650</sup> kanun önünde eşitliği düzenleyen 10.maddesinin 1.fıkrasına göre, “*herkes dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*”. Velayet hakkının temeli, TC Anayasa 41. madde 3. Fıkrasında (Ek Fıkra:07.05.2010-5982/4 madde) yer alan, “*her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkına sahiptir*” hükmüne dayanmaktadır<sup>651</sup>. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde<sup>652</sup> de “*Ana ve babanın velayet ve kişisel ilişki kurma haklarının varlığı veya kuruluşu konusunda temel ölçüt çocuğu yüksek yararıdır*” düzenlemesi yer almaktadır. Soybağına bağlı olarak, ana ve babanın kişisel ilişki kurma haklarının sınırını yine çocuğun yararı ilkesi oluşturmaktadır<sup>653</sup>.

<sup>648</sup> MÖHUK 14/3: Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.

<sup>649</sup> MÖHUK 18/3: Evlat edinmenin hükümleri evlat edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.

<sup>650</sup> RG. 09.11.1982/ 17863 Mükerrer.

<sup>651</sup> Hasibe Sena: Akkışla, *Velayetin Tevdii* (1st edn, Turhan Kitabevi 2017) 12; Serozan, 43.

<sup>652</sup> BMÇHS madde 9/1 ve 2.; Huysal, 155.

<sup>653</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, s.31 vd.; Huysal, s.156. TMK Madde 324- “*Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.*”

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 84 (4) sayılı ve 28.02.1994 tarihli Ebeveyn Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'nın<sup>654</sup> 1. İlkesine göre, “*velayet çocuğun maddi ve manevi varlığını korumayı amaçlayan haklar ve yetkilerin bütünüdür*”. Aynı Tavsiye Kararı'nın 6. İlkesine göre, “*ebeveynlerin boşanması halinde velayet hakkında karar vermeye yetkili merci, gerekli tüm uygun tedbirleri alır; örneğin ebeveynlerin razı olması halinde birlikte velayete hükmedebilir*”<sup>655</sup>.

Velayet hakkı, mahiyeti itibariyle mutlak<sup>656</sup>, devredilemeyen, mirasçılara geçmeyen, feragat edilemeyen, hukuki işlemle sınırlandırılmayan bir haktır. Velayetin nihai amacı aslında henüz erginliğe ulaşmamış çocuğun geleceğine en iyi şekilde hazırlanmasını sağlamaktır<sup>657</sup>. Velâyet sürecinde çocuk birçok yaş evresinden geçmektedir. Çocuğun her yaşta yapabileceği şeyler değişmekte ve her yaş aldığı idrak kabiliyeti artmaktadır. İşte özellikle çocuğun henüz kendisini koruyabilecek durumda olmadığı yaş devrelerinde anne ve baba çocuğun menfaatlerini gözetmelidir<sup>658</sup>. Mevaz İsviçre Medeni Kanun'unda da (Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB Art. 301) çocuğun fiil ehliyetine sahip olacağı yaşa kadar anne ve babanın, çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurularak çocuğu yetiştirecekleri belirtilmektedir<sup>659</sup>. Velayet hakkı, çocuk yararına ebeveyne tanınmış bir hak<sup>660</sup> olup velayet çocuk ergin oluncaya dek geçen dönemsel bir süreçtir. Bu nedenle esas amaç, çocuğa bağımsız bir kişilik kazandırmaktır. Zira çocuk

<sup>654</sup> Leyla Müjde Kurt, 'Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet' (Ortak Velayet) (2008) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 157, 165; Tavsiye Kararı'nın tam metni için bkz. <[http://www.kekidatabank.be/docs/Instrumenten/RvE/1984%20CMRec\(84\)4\\_on%20parental%20responsibilities.pdf](http://www.kekidatabank.be/docs/Instrumenten/RvE/1984%20CMRec(84)4_on%20parental%20responsibilities.pdf)> Erişim Tarihi. 04.04.2020.

<sup>655</sup> Gülçin Elçin Grassinger, 'Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı' (İsviçre) (1997) 55 (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Türkan Rado'ya Armağan Sayısı) 235, 240ff.; Semih Gemalmaz, *Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler* (1st edn, İstanbul Barosu Yayınları 2002) 77ff; Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması* (Yasanın Aşılması) (1st edn, Turhan Kitabevi, 2014) 40ff.

<sup>656</sup> Velayet hakkının hem mutlak hem de nisbi bir hak olduğu konusunda bkz. Yıldız Abik, 'Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı' (Filiz Kitabevi, 2011) (Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan) 1, 17.

<sup>657</sup> Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocuk Haklarının Korunması* (2nd edn, Pegem Akademi 2012) 220.

<sup>658</sup> Emine Akyüz, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, (Uluslararası Hukuk), (1st edn, Pegem Akademi 2000) 236.

<sup>659</sup> ZGB Art.301

1 Ebeveynler, çocuğun iyiliği için bakım ve yetiştirme sürecini yönlendirir ve kendi hareket etme yeteneklerine bağlı olarak gerekli kararları verir.

<[https://gesetzestexte.help.ch/zgb/artikel.cfm?key=358&art=Die\\_Verwandtschaft](https://gesetzestexte.help.ch/zgb/artikel.cfm?key=358&art=Die_Verwandtschaft)> Erişim Tarihi 13.01.2021.; Ayşe Nilay Şenol, 'Sünnet ve Çocuğun Menfaati' (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1337, 1350.

<sup>660</sup> Akyüz, *Çocuk* 23; Baktir Çetiner, 27.

büyüyüp geliştikçe velayetin kapsamı daralacaktır<sup>661</sup>. Çocuğun yararı bağlamında da velayetin daralması gerektiği kanısındayız. Yabancı unsurlu evliliklerin artması ile anne ya da babasının vatandaşlığı farklı olan birçok çocuk dünyaya geldiğinden velayet ve velayete ilişkin sorunlar, MÖHUK'un 14. maddesi<sup>662</sup> bağlamında eşlerin müşterek milli hukuku, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutat mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

Doğrudan çocuk ile ilgili bir durum olan velayete ilişkin olarak MÖHUK'ta açık bir hüküm bulunmamasının çocuğun korunması bakımından büyük bir eksiklik olduğu kanısındayız. MÖHUK'ta çocuğun velayetine ilişkin özel bir bağlama kuralı getirilmemiş, boşanma sonrası boşanma statüsüne tabi tutulacağı düzenlenmiştir. MÖHUK'un 14.maddesinde açık bir düzenleme yoktur, 14/3. Maddesi “*Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.*” hükmü ile velayeti 14/1.maddesine “*Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutat mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.*” hükmüne tabi kılmıştır. Halbuki velayet konusu aile hukuku meselesidir. Aileyi oluşturan anne baba ve çocuktur. Ancak bu düzenleme aileyi değil eşleri işaret etmektedir. Çocuğun hayatına yön veren, çocuğun büyümesi ve gelişmesi bakımından oldukça önem arz eden bu kurum özel bir bağlama kuralı ile düzenlenmeyip boşanma statüsüne tabi tutulması tartışılmalıdır. Sonuç olarak evliliğin genel hükümleri farklı, boşanma farklı durumdur. Çocuğun yararı bakımından bu hususlar sistematik nedenlerle aşağıda tartışmaya açılacaktır.

Çocuğun yararı ile doğrudan ilgili olan velayet için MÖHUK'ta soybağı gibi ayrıca bir düzenleme getirilerek çocuğun yararının en iyi şekilde korunabileceği

---

<sup>661</sup> Serozan, 250.

<sup>662</sup> MADDE 14 –“(1) *Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutat mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.*

(2) *Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir.*

(3) *Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.*”

düşünülmektedir<sup>663</sup>. Ancak gerçekten böyle bir düzenlemenin gerekliliği de tartışılmalıdır. Evlilik devam ederken çocuğa ilişkin bir karar alınması söz konusu olduğunda anne ve baba uzlaşmazsa hâkimin müdahalesi talep edilmesi halinde çocuğun velayetine ilişkin uygulanacak hukuk<sup>664</sup>, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Velayet, soybağı statüsüne tabi olduğundan ayrı özerk bir statü gerekip gerekmediği tartışılmalıdır. Zira boşanma sonrası için özerk bir statü gerektiği düşünülmektedir.

Milletlerarası uygulamaya paralel olarak çocuğun -üstün- yararının korunmasının, çocuğun hukuku olarak düşünüldüğünden çocuğun hukukunun velayete uygulanması tercih edilmiştir. Kanun genel olarak buna imkân verirken bazı durumlarda bu kuraldan uzaklaşmıştır. Soybağını kuran hukuk çocuğun hukuku olup aynı zamanda velayete de uygulanacaktır. Soybağının en önemli sonuçlarından biri olan velayet kural olarak çocuğun hukukuna tabidir. MÖHUK'un 17. maddesi soybağının hükümlerine soybağını kuran hukukun uygulanacağını düzenlemiş, aynı madde müşterek hukukların olması halinde bu hukukların istisnai olarak tercih edileceğini ifade etmiştir. Yukarıda da incelendiği üzere bu durumda çocuğun hukukundan uzaklaşmış, aile birliğinin korunması adına ailenin müşterek hukuku tercih edilmiştir. Çocuğun -üstün- yararını gözetmek amacıyla yapılan bazı düzenlemelerde bu ilkedden uzaklaşıldığı, aile birliği ile çocuğun üstün yararının yarıştığı durumlarda aile birliğinin tercih edildiği göstermektedir ki bu durum her zaman çocuğun aleyhine sonuç doğuracak değildir.

Velayet evliliğin genel hükümlere tabidir, evlilik eşler arası bir meseledir, daha ziyade eşler arası ilişkiyi esas alır, konu edinir, çocuğu bu bağlamda konumlandırmak yerine özel bir düzenleme ile gözetilebilir. Müşterek hukukun uygulanmasının mutlaka çocuğun yararına olacak diye bir durum yoktur; çünkü çocuk ayrı bir bireydir.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, milletlerarası düzenlemelerde ve tüm gelişmiş ülkelerin düzenlemelerinin çoğunda çocukla bağlantısının daha fazla olması ve çocuğun hayatını

---

<sup>663</sup> Feridun Yenisey, Sinan Altunç, Aslı Başak Makaracı, Sinem Gülen Tek, Burak Huysal, Burcu Savaş Kutsal Şebnem Kılıç and Gözde Kaçmaz, 'Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler'(İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları 2017) 51.

<sup>664</sup> MÖHUK 13 (3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutat mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır

idame ettirdiği, sosyal ilişkilerinin merkezi olan mutad mesken ön plandadır<sup>665</sup>. Velayet de dâhil olmak üzere, çocuğa ve çocuğun korunması ile ilgili tüm durumlarda çocuğun hayatını sürdürdüğü “mutad mesken” ülkesi hukuku ve makamları yetkili kılınmaktadır. Gerçekten de 01.02.2017 tarihinden itibaren<sup>666</sup> 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi yürürlükte olduğundan boşanmadan doğan velayet taleplerine Sözleşme’nin düzenlediği kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır. Bir başka deyişle, Sözleşme’nin 17. Maddesi uyarınca, “*velayet sorumluluğunun kanun gereği veya anlaşma veya tek taraflı işlem ile tesisine, sona ermesine, kullanılmasına ve kaldırılmasına çocuğun mutad meskeni uygulanacaktır*”. MÖHUK düzenlemelerine bakıldığında çocuğun milli hukukunun ön planda olduğu görülmektedir. MÖHUK’un 13/3. maddesi, “*evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabi, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanacaktır*” şeklinde düzenlemiştir. İlgili hüküm uyarınca evlilik içinde çocuğa ilişkin tüm konularda evliliğe uygulanacak hukuk uygulanacaktır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere yalnızca çocuğu ön plana çıkartarak uygulanacak yalnızca çocuk için getirilmiş bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Evlilik devam ettiği sürece çocuğun yetişmesi ve gelişmesi için anne ve baba ortak karar aldığından çok fazla sorun çıkmamaktadır. Sorun çıktığında ve uzlaşma olmadığı takdirde hâkimin müdahalesi talep edilebilecektir. Ancak birçok çocuk için olduğu gibi yabancı unsurlu evliliklerde doğan çocuklar için de esas sorun boşanma ve daha sonrasında ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle boşanma ve sonrasındaki aşama bakımından özerk bir bağlama kuralı önerilebilir.

MÖHUK’un 14/1. maddesi uyarınca “*Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.*” Maddenin 3. fıkrasında ise “*Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.*” şeklinde düzenlenerek çocuğu doğrudan ilgilendiren velayet, eşlerin müşterek milli hukuku, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad meskene, bulunmadığı takdirde Türk hukukuna bağlamıştır. İlk bağlama noktası

<sup>665</sup> Ceyda Süral, ‘Nafaka Yükümlülükleri Konusunda Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Söz konusu Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü (AT4/2009)’, in Işıl Özkan/ Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı (eds), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Adalet 2016,) 605. Toker, 48.

<sup>666</sup> RG. 22.05.2016/29719.



aile birliğinden hareketle, çocuğun yararını anne ve baba hukuku ile korumak şeklindedir.

Görüldüğü üzere, MÖHUK'un 14. maddesi “*boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir*” düzenlemesi ile velayete uygulanacak hukuku çocuğun hukukundan farklı olarak anne ve babanın müşterek hukuku olarak düzenlemiştir. Boşanma sonrasında korunması gereken yarar çocuğun yararı olduğundan aile birliği hukukunun yetkili hukuk olması tartışmaya açıktır. Bu noktada velayet ilişkisinde, yetkili hukukun tespitinde aile birliği hukuku tercihi ile aile adına kamu düzenini mi yoksa ailenin hem bir üyesi hem de ailesinde tek bir birey olan çocuğun yararı mı korunmalıdır?<sup>667</sup>

Uygulanacak hukuk belirlenirken çocuğun yararı ile kamu düzeninin de korunması oldukça önem arz etmektedir. Buna rağmen eski tarihli yargı kararlarında<sup>668</sup> da açıkça görüldüğü üzere Türk mahkemelerinin çocuğun kendi kültürü, inancı ve milli değerlerine bağlı olarak yetiştirilmesi için Türk olan ebeveyne velayetin verilmesi yönündeki tutumu nedeniyle velayete uygulanacak yabancı hukukun tespitinde genel olarak Türk hukukunu uygulamaktadırlar<sup>669</sup>. Bu sebeple uygulanacak hukukun araştırmasına gidilmeden Türk Medeni Kanunu'nun hükümleri çerçevesinde karar vermekte ve bilhassa hâkimin takdir yetkisini kullanmadaki ölçüyü inanç ve milli değerlere bağlamaktadır<sup>670</sup>. Türk hâkiminin bu yaklaşımının çocuğun üstün yararına yönelik olduğu söylenemeyecektir.

Velayetin hangi ebeveyne verileceği konusunda hâkimlerin geniş takdir yetkileri bulunmaktadır<sup>671</sup>. Bu yetkileri kullanırken çocuğun yararı ön planda tutulmalıdır lâkin çocuğun yararının değişken ve göreceli olması nedeniyle tespiti somut olayda farklılık göstermektedir. Burada devlet mahkemelerin yaklaşımı oldukça önem arz etmektedir. Çocuğun birçok yararının arasından üstün tutulan yararının tespiti özellikle bazı

<sup>667</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 17ff.

<sup>668</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* s.18 vd.'den naklen Yargıtay 2 HD, E. 4613, K.4363, 02.071973 bkz. İKİD, Y: 13-1973, 2369; Ahmet Cemal Ruhi, Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, (Birlikte Velayet) (1st edn. On İki Levha 2019) 25ff.

<sup>669</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 18ff.

<sup>670</sup> Huysal, 165; Nomer and Şanlı, 492ff.; Nomer, *DHH* 2021 520.

<sup>671</sup> Akıncı and Demir Gökyayla, 151.

durumlarda meşakkatlidir. Örneğin Yargıtay bir boşanma davası sonucu<sup>672</sup> çocuğun velayetinin eşcinsel anneye verilmesinin çocuğun geleceğini tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle velayet hakkının babaya verilmesine karar verilmiştir. Bu kararda dikkat çeken durum annenin ve çocuğun babasının çocuğa nasıl bir gelecek sağlayacağı, ekonomik, sosyal durumlarının değil de yalnızca annenin cinsel yöneliminin esas alınarak karar verilmesidir. Halbuki böyle bir kararda hareket noktasının çocuğun ruhsal, fiziksel hali, kendisini güvende hissettiği yer gibi unsurların yanında geleceğinin hangi tarafta daha iyi şekillenebileceği gibi unsurların varlığının olması gerektiğini düşünüyoruz.

Yabancılaşma unsuru içeren davalar MÖHUK kapsamına girdiğinden doğrudan iç hukukun maddi hükümlerinin uygulanması yarar tartışması dahi yapılmaması milletlerarası özel hukukunun bertaraf edilmesi anlamına gelecektir<sup>673</sup>. Doğrudan iç hukukun maddi normlarının yabancılaşma unsuru içeren davalarda uygulanması farklı nedenler ve alanlarda çok ender kendisini göstereceği belirtilmektedir.<sup>674</sup>

Velayet bağlamında çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun dinlenmesi de çocuğun yararı -ilkeleri- bakımından oldukça önem arz etmektedir. Gelişen teknoloji ile çocukla kişisel ilişki yalnızca yüz yüze değil de telefon ya da internet yolu ile teknoloji araçları vasıtasıyla da kurulabilir. Günümüzde kişilerin iletişim kurması, görüşebilmesi teknoloji sayesinde daha kolay hale gelmiştir. Çocuğun yararı dikkate alınarak çocuğun anne, babası da ailenin üyeleriyle (anneanne, babaanne, dede) görüşmeleri somut olay koşullarına göre mümkün hale gelmiştir<sup>675</sup>. İdrak kabiliyetine sahip çocuğun dinlenilmesi de velayetin kime verileceği ya da birlikte velayete hükmedilmesi aşamasında çocuğun yararına olacağı şüphesizdir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin

<sup>672</sup> Akıncı and Demir Gökyayla, 151.

<sup>673</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan* 18ff.

<sup>674</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan* 18ff.

<sup>675</sup> Örneğin Pennsylvania velayet düzenlemesine göre 2010'dan beri "bu bir kamu politikasıdır. Her iki ebeveyni ile yaşayan çocuk, çocuğun üstün yararına olduğu sürece evliliğin sona ermesinden, ebeveynlerinin ayrılmasından sonra da makul ve sürekli bir temas sağlanacaktır. Lakin herhangi bir ebeveynin ölmesi halinde için büyükanne ve büyükbabalar ile çocuk yetiştirme sorumluluklar paylaşılacaktır. Margaret F. Brinig, 'Shared Parenting Laws: Mistakes of Pooling?', *Notre Dame Legal Studies Paper No. 1426 (August 14, 2014)* <[https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/1116](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1116)> Erişim Tarihi.06.01.2021.

12.maddesi<sup>676</sup> uyarınca çocuğun yaşı ve olgunluğuna göre kendisini ilgilendiren hususlarda görüşünün alınması gerekecektir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2008 tarihli kararında da belirtildiği üzere kendi hukukuna göre idrak kabiliyetine sahip çocuğun velayete ilişkin davada dinleneceği şeklindedir<sup>677</sup>.

Velayet ilişkisinde çocuk ile ana ve babanın menfaatleri genellikle aynı doğrultudadır. Ancak menfaat çatışmalarının yaşanması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda, velayet hakkı sahibi olan ana ve babanın çocuğun üzerinde müdahale hakkına sahip olması, yaşanabilecek bir menfaat çatışmasında çocuğun yararına aykırı karar verilmesine sebep olabilir<sup>678</sup>. Velayete karar verilirken çocuğun yararı, somut olay bazında değerlendirilmeli ancak kanaatimizce ana ve babanın ya da toplumun yararından önde tutulmalıdır. Yargıtaya göre, velayet düzenlemesinde esas dikkate alınması gereken çocukların yararlarıdır ve ana ve babanın yararı ile çatışırsa, çocuğun yararına üstünlük tanınmalıdır. Nitekim Türk Medeni Kanun'un 335 ile 351. maddeleri arasında velayete ilişkin hükümler kamu düzenine ilişkindir. Zira bu davalarda da re'sen araştırma esas olduğundan hâkim tarafların isteğinden bağımsızdır. Velayetin değiştirilmesi talebinde de ebeveynlerin istekleri değil çocuğun üstün yararı dikkate alınacaktır<sup>679</sup>. Örneğin boşanma davasında eşlerin anlaşmasıyla velayetin değiştirilmesi yönündeki talebe ilişkin bir Yargıtay Kararında "*Genel ilke uyarınca, çocukların gelecekları düşünülerek ve onların ruhsal ve bedensel gelişmelerinin eşlerden hangisinin yanında en iyi şekilde sağlanabileceği araştırılarak eşlerin istekleri dışında, hâkimin yalnızca çocukların özetlenen yararını göz önünde tutarak*" serbestçe takdir etmesi gerekir şeklinde ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin bu konuyu göz ardı ederek verdiği karar Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğundan usul ve kanuna aykırıdır<sup>680</sup>. Çocuğun dinlenmesi konusu çocuğu ilgilendiren velayet davasında çocuğun yararına hizmet

---

<sup>676</sup> BMÇHS madde 12 1.

*"Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınlar.*

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

<sup>677</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, 33.; Akıncı and Demir Gökyayla, 15 dn.222. Aynı yönde karar için bkz.; Ruhi, Birlikte Velayet, 72ff.

<sup>678</sup> Baktır Çetiner, 32.

<sup>679</sup> YHGK, E.2017/3117, K.2018/1278, 27.06.2018.

<sup>680</sup> Yargıtay 2 HD, K. 2108/3555, 28.02.1991.

edecek bir konudur; ancak bu durum çocuğun görüşüne göre karar verileceği anlamına gelmeyerek birçok farklı kriter bu kararın verilmesinde etken olacaktır. En önemli etkenin hem velayet kararı hem de kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlarda çocuğun yararı olacağı şüphesizdir. Zira kişisel ilişki kurulması, çocuğun yararı doğrultusunda olmalıdır<sup>681</sup>. Somut olayda koşulların değişebileceği, uygulanacak yabancı hukukun “çocuğun yararı ilkesini” gözetmemesi Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

Velayetin değiştirilmesine ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkta velayetin belirlendiği hukukun uygulanmasının çok doğru olmadığını düşünüyoruz. Çünkü iki dava arasında geçen sürenin uzaması halinde velayeti belirleyen hukukun tespit edilmesi de güçleşecek ve yine süre geçecektir. Örneğin 12 yıl önce Portekiz’de boşanmış bir ailenin Türk vatandaşı çocuğu için velayet davası açıldığında Türk hâkimi yine Portekiz hukukunu uygulamalıdır. Halbuki çocuk artık Türkiye’de yaşamaktadır ve Portekiz hukukunun uygulanması çocuğun yararına uygun düşmeyeceği kanısındayız. Çocuğun yaşam ilişkilerinin merkezi değişmiştir, Portekiz hukuku çocuğun hayatı ile uyumlu olmayabilir. Velayetin koruma altına almayı hedeflediği süje çocuktur<sup>682</sup>. Her çocuk da nev-i şahsına münhasırdır bu nedenle her somut olayda çocuğun yararı değişecektir. Çocuğun bu bağlamda asgari düzeyde korunmasına ilişkin bir düzenleme önerilebilir.

MÖHUK’un 14/4. maddesi “*Geçici tedbir taleplerine Türk hukukunun uygulanacağını*” düzenlemiştir. Velayet ilişkisi devam ederken alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlere ilişkin çocuğun ivedilikle yararının teminat altına alınabilmesi için *lex fori*’nin uygulanması gerekmektedir. Türk hâkiminin çocuğun mallarını korumak amacıyla ivedilikle tedbir alması gerekiyorsa, bu ihtilafa *lex fori* Türk hukukunun uygulaması çocuğun yararı için en uygun ve en hızlı sonucun alınmasını sağlayacaktır<sup>683</sup>. Aciliyet bulunmuyor ise *lex causae*’nin uygulanması gerekmektedir<sup>684</sup>.

Son tahlilde, MÖHUK’ta çocuğun üstün yararı gözetilerek yalnızca çocuğa ilişkin çocuk odaklı kurallar-çocuk merkezli- kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Bağlama

---

<sup>681</sup> Ali İhsan Özüğür, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2013) 999ff.

<sup>682</sup> Özgenç, 4.

<sup>683</sup> Akıncı and Demir Gökyayla, 149.; Çelikel and Erdem, 254.; Huysal, 116.; Özgenç, 17.

<sup>684</sup> Akıncı and Demir Gökyayla, 149.; Çelikel and Erdem, 254.; Huysal, 116.

noktası olarak çocuğun milli hukuku, mutat mesken hukuku ya da anne babanın müşterek milli hukuku ya da mutat meskeni arasından çocuğun üstün yararı olan tercih edilmelidir. Çocuğun üstün yararı bağlamında özellikle boşanma sonrası aşama için MÖHUK'ta velayet konusunda özel bir düzenleme getirilmesi gerektiği kanısındayız. Bu düzenlemenin merkezinde çocuk olmalı ve soybağına ilişkin bağlama kuralında da önerildiği gibi çocuğun üstün yararına olan elverişli hukukun uygulanmasına ilişkin bir alternatifli bağlama kuralı önerilebilir. Hâkimin her bağlama noktasının işaret ettiği hukuku tespiti hâkimin işini zorlaştıracaktır ancak bu konuda çocuğun yararının üstün gelmesi gerektiğini düşünüyoruz.

### ***b. Müşterek Velayette Çocuğun Yararı***

Karşılaştırmalı hukukta velayetin hükümleri farklı düzenlenmekte, velayetin kapsamına ilişkin hukuk sistemleri arasında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır<sup>685</sup>. Örneğin Hollanda hukuku boşanma veya ayrılıkta anne ve babaya müşterek velayeti mümkün kılmaktadır<sup>686</sup>. Esas olan müşterek velayet iken ancak bazı durumlarda çocuğun yararına olacak ise yalnızca bir kişiye velayet verilmesi mümkün olabilir<sup>687</sup>. İsviçre

<sup>685</sup> Doğan, 352ff.

<sup>686</sup> Ed Spruijt and Vincent Duindam, 'Joint physical custody in the Netherlands & the well-being of children' (2009) 51(1) Journal of Divorce & Remarriage 1,2ff. <<https://www.researchgate.net/publication/50206291>> Erişim Tarihi. 24.11.2020; Doğan, 352ff.

<sup>687</sup> Hollanda Medeni Kanunu

Kitap 1 Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku

Başlık 1.14 Küçük çocuklar üzerindeki yetki

Madde 1: 251 Evlilikleri sırasında ve sonrasında ebeveynlerin ortak yetkisi

- 1. Evlilikleri sırasında ebeveynler reşit olmayan çocukları üzerinde ortaklaşa yetki kullanırlar.
- 2. Evlilik, eşlerden birinin ölümü veya yasal ayrılık dışında başka bir nedenle sona erdiğinde, bu evlilik sırasında küçük çocukları üzerinde ortak yetkiye sahip olan ebeveynler, fesih sonrasında bu çocuklar üzerinde ortak yetkiye sahip olmaya devam edeceklerdir. o evliliğin.

Madde 1: 251a Evlilik sona erdikten sonra ortak yetkiyi münhasır yetkiye dönüştürme talebi

- 1. Evliliğin, eşlerden birinin ölümü veya yasal ayrılık dışında başka bir nedenle sona ermesinden sonra, mahkeme, ebeveynlerden birinin veya her ikisinin talebi üzerine, ebeveynlerden yalnızca birinin yetkiye sahip olmasına karar verebilir. Çocuğun üzerinde, eğer:

a. Çocuğun ebeveynleri arasında kaybolması veya sıkışması gibi kabul edilemez bir risk söz konusudur ve bu durumun öngörülebilir bir süre içinde yeterince iyileşmesi beklenmez veya;

b. başka bir nedenden ötürü, çocuğun yüksek yararı için çocuk üzerindeki yetki değişikliği gereklidir.

- 2. 1. fıkraya dayanan karar, yasal olarak ayrılma, boşanma veya evliliğin sona ermesinin yasal ayrılık kararlaştırıldıktan sonra veya daha sonraki bir mahkeme kararıyla alınacaktır.

- 3. 1. paragrafa dayanan karar eşlerin tüm çocuklarını ilgilendirmiyorsa, o zaman Bölge Mahkemesi, ebeveynlerden birinin veya Çocuk Esirgeme Kurulunun talebi veya kendi kararıyla bu kararı tüm bu çocuklara yayabilir.

- 4. Mahkeme, bunun on iki yaşına ulaşmış bir çocuk tarafından takdir edileceğini düşünürse, kendi kararıyla 1. paragrafa dayanarak bir karar alabilir. Aynı durum, ilgili çocuk henüz on iki yaşına

Hukukunda 2012 yılından beri boşanma davası sonucu çocuğun yararı tehlikeye düşmediği takdirde müşterek velâyet mümkün olmaktadır. Çocuğun yararı korunamıyorsa velâyet tek bir eşe verilebilmektedir<sup>688</sup>. Velâyetin tevdiinde çocuğun görüşü dikkate alınmaktadır. Benzer yönde Alman EGBGB 1626a maddesinde düzenleme bulunmaktadır<sup>689</sup>. EGBGB 1626a maddesinin konulmasının gerekçesi, evli olmayan çiftlerde velayetin anneye verilerek anlaşmazlıkların önüne geçilmesi düşüncesi yatmakta idi. Hem annenin hem babanın velayet hakkına sahip olması halinde anlaşmazlıklar karşısında çocuğun esenliği tehlikeye girebilir. Bu nedenle velayeti ancak annenin onayı ile iki taraf birlikte kullanabilir. Bu düzenleme ile anne bu durumda çocuğun esenliğini dikkate alarak babanın velayet hakkını kullanıp kullanmamasına karar verecektir. Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2003 yılında vermiş olduğu bu kararında kesin bir sonuca varmamakla birlikte kanun koyucunun bu maddeyi yaparken dikkate aldığı gerekçelerin ileride anayasaya aykırılık teşkil edebileceğini de vurgulamaktaydı<sup>690</sup>.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Ocak 2003 yılında 1626a maddesinin Anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir<sup>691</sup>. Alman Medeni Kanunu'nda 16.04.2013<sup>692</sup> yılında bu hususta değişiklik yapılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nda (madde 1626a fıkra 1 Nr. 3 ve fıkra 2<sup>693</sup>) yapılan yeni düzenlemeye göre çocuğun esenliğine aykırı olmadıkça iki tarafın da (anne ve babanın) çocuk üzerinde velayet hakkı vardır. Aile

---

gelmemişse de geçerlidir, ancak konudaki menfaatlerine ilişkin makul bir değerlendirme yapabileceği kabul edilebilir.

<sup>688</sup> İMK. m. 298 f. 1'de "Hâkim, boşanma halinde, şayet çocuğun yararı gerektiriyorsa, ebeveynlerden birine tek başına velâyeti verebilir." ifadesine yer verilmiştir.

<sup>689</sup> (2) 1Aile mahkemesi, ebeveynlerden birinin talebi üzerine 1. fıkra 3 uyarınca, aktarım çocuğun yüksek yararına aykırı değilse, ebeveyn velayetini veya ebeveyn velayetinin bir kısmını her iki ebeveyne birlikte verir. 2 Diğer ebeveyn, ortak ebeveyn velayetinin devredilmesini engelleyebilecek herhangi bir neden sunmazsa ve bu tür nedenler başka türlü görünmüyorsa, ortak ebeveyn velayetinin çocuğun yüksek yararı ile çatışmadığı varsayılır.

<sup>690</sup> Detlev W. Belling, 'Horizontal Effect Of Fundamental Rights In Turkish-German Private Law', Çeviri Nurten İnce, 'Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi' (2014) 12 (137) Legal Hukuk Dergisi, 3, 21.

<sup>691</sup> bkz. BVerfGE 107, 150 vd.; Belling and İnce, 21.

<sup>692</sup> BGBl. I 2013, 795 vd. Bu yeni maddeler 19.05.2013'den beri yürürlüktedir.

<sup>693</sup> Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 1626a fıkra 1: Evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkını anne ve baba aşağıdaki hallerde ortak kullanır: 1. Anne ve baba velayet hakkını birlikte kullanacaklarına dair bir açıklamada bulunmuşlarsa, 2. Birlikte evlenmişlerse ya da 3. Aile mahkemelerince velayet her iki tarafa da verilmişse Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 1626a fıkra 2: 1626a maddesinin 1. fıkrası 3. numarası uyarınca çocuğun esenliğine aykırı olmadıkça aile mahkemeleri velayet hakkını her iki tarafa birlikte verirler. Tarafların ileri sürdüğü gerekçelerle ya da başka türlü aksi ispatlanmadıkça birlikte velayetin çocuğun yararına olduğu kabul edilir.

mahkemeleri artık evlilik dışında doğmuş olan çocukların velayet hakkını hem anne hem de babaya vermektedir. Bu kararda görülüyor ki hem yasama, hem de yargı organları bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına büyük önem atfetmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararında tarafların her birinin menfaatleri ve temel haklarını dikkate alarak çözüm bulmaya çalışmıştır<sup>694</sup>. Nitekim Karşıyaka 3. Aile Mahkemesi “Ortak çocuk 2005 doğumlu ....’nin velâyetinin taraflarca müşterek olarak kullanılması” kararı vermiştir. Keza İzmir 4. Aile Mahkemesi’nin kararında<sup>695</sup> da yine müşterek velayet kabul edilmiştir<sup>696</sup>. Yargıtay’ın boşanma ve ayrılıhta velayetin eşlerden birine tevdi edilmesi gerektiği, müşterek velayetin Türk Medeni Kanunu’na ve Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle, velayetin boşanmış eşlere müştereken bırakılmasını kabul etmeyen görüşüne katılmamakla birlikte Yargıtay’ın 20.02.2017 tarihli kararıyla<sup>697</sup> müşterek velayet mümkün hale gelmiştir<sup>698</sup>. Ayrıca Türkiye bakımından 25.03.2016’da yürürlüğe giren 11 No’lu Protokol ile değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5.maddesi ile uyumludur. Bu madde “*Eşler bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde kendi aralarında ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar eşittir*” şeklindedir. Kuşkusuz her durumda müşterek velayetin çocuğun yararına olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Somut olayın koşullarına göre değişecektir, yabancı öğretide de genelde düzenlendiği üzere “çocuğun yararı tehlikeye düşmediği takdirde” ibaresi ile çocuğun yararı sınır olarak görülmüştür.

Çocuğun yararını doğrudan etkileyecek müşterek velayet hususuna ilişkin belirtmek isteriz ki yapılan bilimsel araştırmalar göstermektedir ki müşterek velâyet için uygun koşullar mevcut ise müşterek velayet içinde yetişen çocuklar, tek başına velâyette yetişenlere göre psikolojik olarak bu duruma daha iyi uyum sağlayabilmekte ve

---

<sup>694</sup> Belling and İnce, 21

<sup>695</sup> 27.5.2009 tarihli, E. 448 ve K. 470 sayılı

<sup>696</sup> Gülçin Evgen Elçin, ‘Türk Medeni Kanunu’nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler’ (2015) 35 (1) Public and Private International Law Bulletin, 97, 98.

<sup>697</sup> Yargıtay 2 HD, E. 2016/15771, K. 2017/1737, 20.02.2017. < [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)> Erişim Tarihi.24.11.2020.

<sup>698</sup> Serdar, 155ff. ; Kurt, ‘Ortak Velayet’ 170.; Ruhi, Birlikte Velayet, 136ff.

ebeveynleri ile daha sağlıklı ilişki kurabilmektedirler<sup>699</sup>. Uygun koşulların yaratılabilmesi daha çok anne ve babanın tavır ve tutumlarına bağlıdır, sınır aşan uyuşmazlıklarda müşterek velayetin daha zor olduğu kabul edilebilir, ancak çocuk için en iyisi ve en uygun olanının tercihi anne ve babanın sorumluluğundadır.

### C. Çocuğun Evlat Edinilmesi

MÖHUK'un 18.maddesinde evlat edinme konusu düzenlenmiştir. Maddenin lafzı şu şekildedir:

- “(1) Evlat edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki millî hukukuna tâbidir.*
- (2) Evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hakları birlikte uygulanır.*
- (3) Evlat edinmenin hükümleri evlat edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.”*

Evlat edinme hükmünde çocuğa ilişkin doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır. Hükümde çocuğun evlat edinilmesine ilişkin bir ibare bulunmadığından evlat edinmenin genel bir düzenleme olduğu söylenebilir. Zira MÖHUK'un 18. maddesi evlat edinen ve evlat edinilen olarak düzenlenmiş; evlat ve çocuk kavramlarına yer verilmemiştir. Her ne kadar hüküm “taraflar” olarak kaleme alınmış olsa da evlat edinilen taraf çalışma kapsamında küçük çocuk olarak ele alınacaktır. Bu durumda iki yetişkin arasında da evlat edinme yapılabilecek ve büyük olasılıkla kamu düzeni müdahalesi de gelmeyebilecektir. Ancak hayatın olağan akışında daha çok küçük çocukların evlat edinilmesi söz konusu olduğundan hükmün mahiyeti itibarıyla daha ziyade yetişkinler ile küçük çocuklar arasında gerçekleşen evlat edinmeyi ilgilendirdiği açıktır. Çalışmamızın kapsamı nedeniyle de küçük çocuğun üstün yararını incelemek ile yetinilecektir.

---

<sup>699</sup> Schwenzer, 214; Pichonnaz and Fountoulakis, 17; Kiremitçi, 23, 94; Detaylı bilgi için bkz. Tuba Birinci-Uzun, ‘Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli’ (2016) 6 (1) Hacettepe HFD, 6(1) 135, 136ff.



MÖHUK'un ilgili hükmünü incelemeye geçmeden önce ilgili milletlerarası sözleşmeye değinilecektir. Evlat edinmeye ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu 29.05.1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkeler Arası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme<sup>700</sup>, evlat edinme ilişkisinin esasına ve şartlarına ilişkin uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarını içermemekte, usulü prosedür, adlî yardımda işbirliği ve evlat edinme konularını düzenlemektedir. Evlat edinmelerde uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme içermediğinden yabancılık unsuru içeren evlat edinmelerde bu Sözleşme, MÖHUK'un 18.maddesi ile birlikte uygulanacaktır. Ancak bu bölümde esas itibariyle MÖHUK bağlamında evlat edinmede küçük çocuğun üstün yararı konusu ele alınacağından, sözleşmenin kapsamlı bir incelenmesine girişilmeyecektir. Ayrıca belirtmek isteriz ki evlat edinme hususu çocuk bakımından oldukça hassas bir konudur. Özellikle yabancılık unsuru içeren uluslararası evlat edinme uygulanmasını sınırlama gereği doğmuştur. Hem 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkeler Arası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'de<sup>701</sup> hem de BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 21. maddesi "*uluslararası evlat edinme, ancak bir çocuğun kendi ülkesinde elverişli bir biçimde bakılmasının mümkün olmadığı veya evlat edinecek veya yanına yerleştirilecek bir ailenin bulunmadığı durumlarda uygun bir çözüm teşkil eder*" düzenlemesi ile çocuğun öncelikle kendi ülkesinde bakımının sağlanmasının esas olduğunu ifade etmiştir. Zira bu hüküm "Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük<sup>702</sup>"te yer almaktadır.

Evlat edinme "aralarında sahih nesep bağı bulunmayan kimseler arasında, hukuk düzeninin öngördüğü şartlar uyarınca tamamlanan, hukuki işleme dayalı salt hukuki bir nesep ilişkisi olarak" tanımlanabilir<sup>703</sup>. Bir başka deyişle, belirli şart ve usule bağlı olarak gerçekleştirilen evlat edinen ile evlatlık arasında sözleşmeye dayalı suni soybağı kuran bir aile hukuku akdidir<sup>704</sup>. Çocuğu ilgilendiren tüm hususlarda olduğu gibi evlat

---

<sup>700</sup> RG. 19.04.2004/25438.

<sup>701</sup> Sözleşme'nin giriş kısmında "Uygun bir ailenin menşee Devletinde bulunamadığı bir çocuğa ülkelerarası evlat edinmenin devamlı bir aile sağlayabileceğinin yararı idrak edilerek"şeklindedir.

<sup>702</sup> Bkz. RG. 15.03.2009/27170.

<sup>703</sup> Tuğrul Arat, 'Evlat Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal- İşlevsel Açından Bakış' (1977) (Prof. Dr. Osman Berki'ye Armağan) 105,107.

<sup>704</sup> Doğan, 353.; Çelikel and Erdem, 315.

edinmede de Anayasal ve milletlerarası ilke olan “çocuğun yararı” ilkesine dayandırılmıştır<sup>705</sup>.

MÖHUK bağlamında evlat edinme alanında çocuğun üstün yararını incelemeye geçmeden önce evlat edinme kurumu kimi ülkelerde soybağı kurulması sonucu doğuran bir kurum olarak kabul edilirken kimi ülkelerde soybağı kurulması sonucunu doğurmayan ama çocuğun yetiştirilmesi bakımını içeren koruyucu aile veya İslam hukukundaki kafalah gibi kurumları kabul ettiği belirtilmelidir<sup>706</sup>. Evlat edinmeyi kabul etmeyen hukuk sistemlerinin bu kurumu tamamen yok saydığı veya çocuğun yararını dikkate almadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 20.maddesi<sup>707</sup> İslam hukukunda kafalahı da sayarak bakıcı aile, koruyucu aileyi evlat edinme gibi ilk defa milletlerarası alanda bağlayıcı hale getirmiştir<sup>708</sup>. Tüm bu gelişmeler çocuğun yararına olabilecek her durumun değerlendirilebileceğini göstermektedir.

MÖHUK'un 18/1. maddesi<sup>709</sup> evlat edinmenin eşlerin rızası dışında kalan diğer tüm şartların hangi hukuka tabi olacağını belirlemiştir. Burada öngörülen hükme göre, evlat edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan (evlat edinen ve evlat edinilen) her birinin evlat edinme anındaki millî hukukuna tâbi olacaktır. Görüldüğü üzere, evlat edinmenin

---

<sup>705</sup> Hatice Selin Pürselim, 'Milletlerarası Evlat Edinmeye Uygulanacak Hukuk', (Evlat Edinme) in Tuğrul Aktaş (ed) VII. International Multidisciplinary Congress of Eurasia-IMCOFE'19 Proceeding&Abstract Book 2019, Antalya: 24-26 April 2019) 328, 329.

<sup>706</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 216, dn.211ff.; Kafalaya ilişkin detaylı bilgi için bkz.: M. Usang Maria Assim and Julia Sloth-Nielsen, 'Islamic Kafalah As An Alternative Care Option For Children Deprived Of A Family Environment' (2014) 14 African Human Rights Law Journal 322, 324ff.

<sup>707</sup> BMÇHS

“Madde 20

*1 Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi üstün yararına uyarınca bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devlet tarafından sağlanan özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır.*

*2 Taraf Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan alternatif bakımı sağlayacaklardır.*

*3 Bu tür bakım, başkaca benzerleri yanında, bakıcı aile yanına verme, İslâm hukukunda kefaleti(kafalah), evlat edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de içerir.”*

<sup>708</sup> Assim and Sloth- Nielsen, 323ff.

<sup>709</sup> Evlat edinme

MADDE 18 – “(1) Evlat edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki millî hukukuna tâbidir.

(2) Evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hukukları birlikte uygulanır. “

(3) Evlat edinmenin hükümleri evlat edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.

geçerliliği bakımından tarafların milli hukuku belirleyici olmaktadır. Çalışma kapsamında küçük çocuğun evlat edinilmesi incelendiğinden MÖHUK'un 18/1. maddesi bağlamında ehliyet ve şartlar çocuğun milli hukukuna bağlı olacaktır<sup>710</sup>. Bu noktada şu söylenebilir ki en azından çocuğun kendi milli hukukunun asgari koruması sağlanmış olacaktır. Belirtelim ki MÖHUK'un 2/3. maddesi uyarınca evlat edinme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukukun tayininde atıf kuralı nazara alınacaktır.

Evlat edinilenin her zaman küçük olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır, çünkü Türk Medeni Kanunu'nda evlat edinilen kişinin kaç yaşında olması gerektiğine ilişkin yaşa ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Ancak evlat edinilen yaşa ilişkin koşul bulunmaması tek başına çocukları ilgilendiren bir durum değildir. Türk Medeni Kanunu kapsamında doğrudan küçük çocukların evlat edinilmesi için koruyucu hüküm getirilmesi düşünülebilir. Bu şekilde maddi kural konularak sağlanan korumanın da kamu düzeni müdahalesi yoluyla da MÖHUK alanında etki göstermesi söz konusu olabilir.

Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun korunmasına ilişkin şartlar bulunmaktadır ve bu şartlardan en önemlisi yalnızca evlatlığın yararına olması halinde evlatlık verilebilecek olmasıdır<sup>711</sup>. Evlat edinmenin merkezinde evlat edinilen küçük çocuğun yararı bulunmaktadır. Diğer tüm sebepler çocuk ile yakından ilgilidir ve küçük çocuğun yararına hizmet etmektedir. Evlat edinecek kişi için de bazı şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar evlat edinecek kişinin belirli bir yaşta olması veya evli olması gibi bu kişilerin belirli bir olgunluğa eriştiğine dair evlatlığın yararını gözetmektedir. Örneğin, evlat edinenin yaşı için Türk devleti kanunlarının öngördüğü asgarî yaş sınırı 30, Avusturya'da bir kadının evlat edinilmesi için 28 yaşının doldurması yeterli olacaktır<sup>712</sup>. Öğretide evlatlığın yararı için öngörülmüş şartların, evlatlığın kendisinin sıkı irtibat içinde bulunduğu kendi millî hukuku hiç dikkate alınmadan, sadece evlat edinenin hukuku uyarınca belirlenmesine ilişkin evlat edinmede gözetilmesi gereken menfaatler

<sup>710</sup> Yargıtay 2 HD, 12078/2380, 1.3.1990.; Yargıtay 2 HD, 9551/18121, 21.12.2006.

<sup>711</sup> Alman Medeni Kanun 1741 (1) Evlat edinme, çocuğun yüksek yararına hizmet ediyorsa ve evlat edinen ile çocuk arasında bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin ortaya çıkması beklenirse izin verilebilir.

<sup>712</sup> Süheyla Kahraman, 'Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Etkisi', in Günseli Gelgel Öztekin and Faruk Kerem Giray (eds) Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler (1st edn, Beta 2017) 228.; Zeynep Derya Tarman and Işık Önay, 'Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli' (2011) 60 (2) AÜHFD, 331, 337.

denmesine aykırı sonuçlar doğurabileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır<sup>713</sup>. Alman mahkemesi bir kararında, “çocuğun üstün yararı ve çocuğun özel ve aile yaşamı hakkı, genel önleyici mülahazalara göre öncelikli” olduğunu belirtmiştir<sup>714</sup>.

Türk mahkeme uygulamasında, öğretide de benimsediği gibi evlat edinenle, evlatlığın hakları birlikte uygulanmakta<sup>715</sup> lakin aksi görüş de bulunmaktadır<sup>716</sup>. Nitekim, yabancılık unsuru içeren evlat edinmelere ilişkin Yargıtay kararları da evlat edinmenin şartları bakımından hem evlat edinenin hem de evlatlığın haklarının birlikte dikkate alınması gerektiği yönündedir<sup>717</sup>. Evlat edinme şartlarının her iki hukukun<sup>718</sup> birlikte dikkate alınarak tespiti, evlat edinmede gözetilmesi gereken menfaatler dengesine de uygun olacağı gibi, şartların büyük ölçüde evlat edinenin hukukunun güçlü taraf konumunda bulunarak kendi hukukunu hâkim kılmasını engelleyecektir<sup>719</sup>.

Diğer yandan evlat edinme ilişkisinin ağır koşullara tabi tutulmasıyla, total evlat edinmelerin engellenebileceği görüşü bulunmaktadır<sup>720</sup>. Bu haklar birlikte ele alındığında evlat edinme ehliyet ve şartlarında daha ağır şartların mevcut olduğu hukuk,

<sup>713</sup> Bu yönde; Nomer, *DHH 2021* 286ff, Çelikel and Erdem, 317; Akıncı and Demir Gökyayla, 138; Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, 42.; Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit Köşgeroğlu, ‘Uluslararası Özel Hukukta Evlat Edinme’ in Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan (Yetkin Yayınları 2012) 1033.; Merve Acun-Mekengeç, ‘Evlat Edinme Ehliyet ve Şartlarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (Evlat Edinme) (2019) (177) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1263ff. ; Aksi yönde, Tekinalp and Uyanık, 229., Doğan, 355; Kahraman, 228.; Tarman and Önay, 337.

<sup>714</sup> OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 28.02.2019- 1 UF 71/18 (Das Kindeswohl und das Recht des Kindes auf Privat- und Familienleben hätten Vorrang vor generalpräventiven Erwägungen)

<sup>715</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 219.

<sup>716</sup> Akıncı and Demir Gökyayla, 138; Çelikel and Erdem, 305; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 219.

<sup>717</sup> Yargıtay 2 HD, E.1982/3640, K.1982/4124, 06.05.1982.; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, (Evlat Edinme) (1st edn, Seçkin 2003) 129; Aydoğdu, 93.

Yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E.2005/7729-K.2005/10050 sayılı ve 27.06.2005 tarihli kararında, Türk hukukunda yer alan koşulların, Türk vatandaşı olmayan evlat edinen bakımından da aranması gerektiğine hükmedilmiştir. Karar için bkz. RG: 22.07.2005-25883.

<sup>718</sup> Evlat edinenlerin birden fazla olması hâlinde, evlat edinme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukukun, her bir evlat edinen açısından ayrı ayrı belirlenmesi gerektirir. Meselâ; Türk vatandaşı kadın ile Fransız kocasının Bulgar vatandaşı bir çocuğu evlat edinmek istemesi hâlinde, evlat edinme ilişkisinin kurulmasının kadın ile çocuk arasındaki aşamasına Türk ve Bulgar hakları, koca ile çocuk arasındaki aşamasına ise Fransız ve Bulgar hakları uygulanacaktır.

<sup>719</sup> 1960 yılında İsviçre’de yapılan seminerde kararlaştırılan Milletlerarası Evlat Edinmenin Temel İlkeleri’nde (ilke 12) ve 03.12.1986 tarihli ve 41/85 sayılı Çocukların Bakım ve Korunması ile İlgili Sosyal ve Hukuksal Esaslara İlişkin BM Deklarasyonu’nda (m.23), evlat edinmenin, her iki tarafın hukuku bakımından da geçerli olmasının temini temel bir esas olarak kabul edilmiştir. Bkz. Ruhi, *Evlat Edinme*, 189ff.

<sup>720</sup> Akıncı and Demir Gökyayla, 138.; Nomer, *DHH 2021*, 282ff.

bazı durumlarda evlat edinme işleminin gerçekleşmesine engel olabilmektedir. Halbuki çocuğun yararına olabilecek evlat edinmenin bu nedenle mümkün kılınmamasının çocuğun yararına olmayacağı açıktır. Yabancı unsurlu evlat edinmeye ilişkin Türkiye’de görülen davalar bakımından Türk hukukundaki şartların evlat edinilen veya evlat edinenin Türk olması durumunda en azından asgari koruma sağlanacağından evlat edinmenin oluşumuna etkili olabilecektir<sup>721</sup>. Hatta öyle ki öğretide hâkim olan ve katıldığımız görüş uyarınca, “daha sıkı şartlara tâbi olan hukukun uygulanması şeklindedir<sup>722</sup>. Bu hukuki ilişkinin temelinde -yani- çocuğun evlat edinilmesinde çocuğun yararının merkeze oturtulması gerekmektedir. Evlat edinmenin sonuçları bakımından da her durumda çocuğun yararının korunabilmesinin mümkün olup olmadığı somut olay bazında değerlendirilmelidir.

Çocuğun bir çift tarafından evlat edinilecek olması halinde de çocuğun yararı dikkate alınarak bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusu ise her iki eşin millî hukuklarına göre ayrı ayrı değerlendirilecektir. MÖHUK’un 18/2. maddesi evlat edinme ilişkisinde diğer eşin rızasını düzenleyen ve çocuğun yararının dikkate alındığı bir düzenlemedir. Bu fıkra uyarınca; “*Evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hukukları birlikte uygulanır*”. Bu hüküm uyarınca, evlat edinenin eşinin rızası sadece evlat edinen ile eşinin millî hukukları beraber değerlendirilecek, evlatlığın hukuku yani çocuğun hukuku dikkate alınmayacaktır. Yabancılık unsuru taşıyan evlat edinmelerde eşlerin rızasına ilişkin düzenlemeler ülkeden ülkeye farklılık gösterebilir. Evli olmayan kişinin evlat edinmesi halinde MÖHUK’un 18/1.maddesi uygulanacak iken tek başına evlat edinecek kişinin eşinin rızasına uygulanacak hukuk MÖHUK’un 18/2. maddesi kapsamındadır. Türk Medeni Kanunu’nda evli kimsenin tek başına evlat edinmesine izin verilmemektedir. Evlat edinme işlemine sonradan icazet vermesi söz konusu değildir; bu düzenlemenin çocuğun yararının dikkate alınarak getirildiği düşünülebilir. Evlilik birliği içinde çocuğun yararı gereği evli eşlerin çocuğun evlat edinilmesine

<sup>721</sup> Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (Beta 2002) 182ff.; Günseli Öztekin Gelgel, ‘Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler’ (2005) 4 (8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119, 143.

<sup>722</sup> Konuya ilişkin görüşler için bkz. Nomer, *DHH 2021* 286ff.; Akıncı and Demir Gökyayla, 138; Çelikel and Erdem, 317ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 219.; Acun Mekengeç, ‘Evlat Edinme’ 1263ff.; Aksi yönde Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, (13th edn, Vedat 2020) 182, 184.; Doğan, 355ff.; Tarman and Önay, 337.

rızasının olmasının çocuğun sağlıklı ve huzurlu bir ortamda yetişeceği öngörüldüğünden eşlerin rızası konusu kamu düzeni bağlamında da önem arz etmektedir. Her ne kadar ülke hukukları farklı düzenlemeler getirmiş olsa -yetkili yabancı hukuk rızayı aramasa- dahi Türk hâkiminin önüne gelen somut olayda çocuğun yararının asgari Türk hukuku korunmasını sağlanması için evli eşin rızasını alması gerektiği aksi takdirde Türk kamu düzenine aykırı kabul edilebileceği kanısındayız<sup>723</sup>.

Ayrıca evli kişinin tek başına evlat edinmesinin istisnai halleri Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir<sup>724</sup>. Ancak yetkili yabancı hukuk evlat edinmeye diğer eşin rızasını aramıyorsa çocuğun yararı gereği kamu düzeni müdahalesinin gelmesi ve diğer eşin rızasının alınması gerektiğini, rıza alınmadığı takdirde de hâkimin bu evlat edinmeden kaçınması gerektiği kanısındayız<sup>725</sup>. Eşlerden birinin rızasının olmadığı evlat edinmenin çocuğun yararının dikkate alınmadığı anlamına gelebilecektir.

MÖHUK'un 18/3. maddesinde de getirilen kuralın amacı aslında aile birliğini sağlamaktır. Zira soybağının bir yükümlülüğü de anne, baba ve çocuğun aile olmasıdır<sup>726</sup>. MÖHUK'un sistematığına bakıldığında çocuğun da tarafı olduğu velayet, evlat edinme gibi hukuki ilişkilerde ailenin müşterek hukuku şeklinde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Çocuğun milli hukuku yerine aile birliği için ailenin müşterek hukuku uygulanacaktır. Burada çocuğun hukuku yerine anne veya babanın kendi hukuku tercih edilmiştir. Anne, baba ve çocuk denilerek velayette olduğu gibi müşterek bir hukuk tercih edilmiştir. Lâkin aşağıda da detaylı tartışılacağı üzere evlatlık ilişkisinin sonuçlarına uygulanan hukuk ise evlatlık ilişkisinde velayete çocuğun hukukundan farklı olarak evlat edinenin hukuku uygulanmaktadır.

Nitekim MÖHUK'un 18/3. maddesi, "evlat edinmenin hükümleri, evlat edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka" tâbi tutmaktadır. Evlat edinme ilişkisinde taraflar arasında doğacak haklar ve borçlar; soyadı, ikâmetgah, velayet, mirasçılık statüsü, nafaka yükümlülüğü

---

<sup>723</sup> Ruhi, *Evlad Edinme* 104.

<sup>724</sup> Kahraman, 240.

<sup>725</sup> Bkz. Aynı yönde Tarman and Öney, 348; Kahraman, 240.

<sup>726</sup> Akıncı and Demir Gökyayla, 15.

gibi hususlar evlat edinmenin hükümlerine ilişkin bir konu olduğundan<sup>727</sup>, evlat edinmenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.

Getirilen düzenlemede ailenin aynı hukuk çevresinde birleşmesi amaçlanmış olduğu görülebilse de evlat edilenin hukukunun asgari korumasının sağlanması da zayıf tarafın korunması açısından son derece isabetli olurdu.

Daha önce de belirttiğimiz üzere birçok hukuk sisteminde evlat edinmede çocuğun yararı öne çıkmakta<sup>728</sup> ve bu kavram evlat edinmeye ilişkin milletlerarası sözleşmelerde de belirtilmektedir. Konunun önemi ve hassasiyetine binaen hem Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesinde hem de öğretide çocuğun yararı en önemli şarttır.<sup>729</sup> Evlat edinilenin yararının sınırı kamu düzenidir. Uygulanacak yetkili yabancı hukukun çocuğun yararını aramadığında dahi hâkime bu noktada görev düşmektedir. Hâkim, evlat edinmenin küçüğün yararına olmayacağına tespit ettiğinde re'sen harekete geçerek kamu düzeni gerekçesiyle evlat edinmeye izin vermemelidir. Evlat edinme hükümlerine uygulanacak hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının evrensel ölçütü, çocuğun üstün yararadır<sup>730</sup>. Çocuğun yararı ile kamu yararının dengesi sağlanarak ölçülü bir karar verilmelidir.

Hâkim çocuğun yararını gözetirken de makul olmalıdır. Örneğin, yabancı hukukun uygulanmasının bir sebepten dolayı evlatlığın yararına aykırılığında mahkemeler tarafından bu aykırılık öne sürülebilecek iken Yargıtay'ın tüm evlat edinmeye ilişkin tüm şartları kamu düzeninden sayması ve doğrudan Türk hukukunun uygulanmasına ilişkin kararları<sup>731</sup> isabetli değildir<sup>732</sup>. Zira kanun koyucu iradesini bu doğrultuda gösterseydi, tarafların kendi millî hukuku bağlama kuralı olarak benimsemezdi. Bunun

<sup>727</sup> Kahraman, 241.; Çelikel and Erdem,224.

<sup>728</sup> Aydoğdu, 56.; Serozan, 72; Dural, Ögüz and Gümüş, 287; Ansay, 90. Çocuğun menfaati (*Kindeswohl*) kavramı hakkında daha detaylı açıklama için bkz. BasIK-Breitschmid, Art. 264, N. 18-19.

<sup>729</sup> Tarman and Önay, 346.; Aydoğdu, 56.; Medeni Kanun madde gerekçeleri için bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723\\_Madde\\_Gerekceleri\\_2.pd](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_2.pd)

<sup>730</sup> Kahraman, 242.; Ansay, 97.; Akıncı and Demir Gökyayla, 142.

<sup>731</sup> Yargıtay 2 HD, 8317/9830, 30.06.2003; Yargıtay 2 HD, 14063/6141, 12.04.2007.; Yargıtay 2 HD, 2020/3683, 12.03.2001.; Yargıtay 2 HD, 20.09.2004, 9169/10282 (Ruhi, *Evlad Edinme* 146-147); Yargıtay 2 HD, 14063/6141, 12.04.2007 (Ruhi, *Evlad Edinme* 149).

<sup>732</sup> Aynı yönde bkz. Gelgel, 144.

yerine (MÖHUK m. 18/1), İsviçre IPRG. m. 77/I hükmüne benzer bir düzenleme ile Türkiye’de yapılacak evlat edinmenin şartlarının Türk hukukuna tâbi olacağı şartını getirirdi. Oysa kanun koyucu, MÖHUK’un 18/1. maddesinin düzenlemesinde evlat edinmenin şartlarına mutlaka Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bir irade göstermemiştir. Madde düzenlemesinden anlaşıldığı üzere en sıkı ilişkili hukukun uygulanması amaçlanmaktadır. Açıkça görüldüğü üzere tüm bu düşüncelerin/iradenin temelinde her zaman evlat edinilenin yararı bulunmaktadır. Sonuç olarak, yetkili yabancı hukukun Türk asgari korumasını sağlamasa dahi Türk hukukuna kıyasen daha az şartın bulunduğu durumda da tek ölçüt çocuğun yararı olacaktır. Böyle bir durumda hâkimin çocuğun yararını gözeterek yabancı hukuku uygulanarak evlat edinmeye izin verebilir. Son tahlilde, kamu düzeni müdahalesine dair değerlendirmelerin her birinde irdelenmesi gerek husus evlat edinmenin evlat edinilecek kişinin yararına olup olmadığıdır<sup>733</sup>.

Evlat edinme ilişkisinin hüküm ve sonuçları (statü) farklı şekilde düzenlenmiştir ve ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir<sup>734</sup>. EGBGB’nin 22.maddesi uyarınca çocuk bakımından şöyle bir koruma getirmiştir: “22/3 maddenin 1.cümlesine göre 1. ve 2. fıkraya göre vasiyet bırakan kişi ölüm nedeniyle bir tasarruf emri veriyse ve yasal mirasını Alman hukukuna göre düzenlediyse evlat edinen bu kişinin, eşi, partneri veya akrabalarının ölümü nedeniyle yasal miras kalması durumunda, evlat edinilen kişi, fıkralara göre uygulanabilir kanuna bakılmaksızın, Alman maddi mevzuatına göre evlat edinilmiş bir çocuğa eşit/aynıdır. EGBGB’nin 22/3 2.bendine göre evlat edinme yabancı bir karara dayanıyorsa geçerli olacaktır. 1. ve 2. Fıkra bakımından bu hükmün bir istisnasını oluşturan durum evlat edinilen kişinin evlat edinme gerçekleştiğinde on sekiz yaşındaysa uygulanmayacak olmasıdır. Alman hukuku bakımından çocuğun bu hüküm ile korunduğu söylenebilir. Çocuğun yararı bağlamında evlat edinme neticesinde

<sup>733</sup> Tarman and Önay, 347: “Yargıtay’ın evlat edinmenin tüm şartlarını, kamu düzeninden saymasını katı bir anlayış olarak değerlendiren Nomer ve Şanlı da kamu düzeni müdahalesine, ancak evlatlığın menfaatine aykırılık halinde başvurulabileceği görüşündedir (s. 281, dn. 116). Ansay da, evlat edinmenin tanınması bakımından çocuğun menfaatinin evrensel bir kıstas olduğunu belirtmektedir (s. 97). Hamburg Yüksek İdare Mahkemesi’nin bir Türk’ün evlat edinilmesine ilişkin bir kararında da (özeti için bkz. FamRZ, 2007, s. 930) kamu düzenine aykırılık saptanırken ülke iç hukuklarındaki kuralların farklılığının değil, çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (Karar hakkında açıklamalar için bkz. Ansay, s. 98-99).”

<sup>734</sup> Horst Klinkhart, ‘Zweierlei Zweite Adoptionen’(1995) Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPrax 4/1995), 238ff. (Çeviri: Ahmet Cemal Ruhi, İki Türü İkinci Evlat Edinme Schwandorf (Sulh Mahkemesinin 28.07.1992 tarih ve XVI 4/91 Sayılı kararı ) (2002) VI (1-4) AÜEHFD.



kurulan soybağı ve hısımlık ilişkisi oldukça önem arz etmektedir; çünkü evlatlığın öz aile ile olan hısımlık ve soybağının devamı, biyolojik anne ve babayla evlatlığın kişisel ilişki kurma hakkı<sup>735</sup>, üvey çocuğun evlat edinilmesinde velayet hakkı, evlat edinene ait velayet hakkının kaldırılmasına evlat edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuk yetkilidir<sup>736</sup>. Ancak evlat edinme ilişkisinin kurulması nedeniyle, ilgililerin birbirine nafaka yükümlüsü olup olmadıkları sorusu, evlat edinme statüsüne tâbi olarak çözümlenemeyecektir. Nafaka konusunda Türkiye'nin de taraf olduğu milletlerarası Sözleşmeler<sup>737</sup> akdedilmiş olup, bu sözleşmeler kapsamına giren uygulanacaktır.

Tartışılması gereken bir diğer husus da çocuğun yararının genelde ve sınırlı olarak sadece evlatlık ilişkisi kurulması yönünden ele alınmasıdır. Bu bakımdan evlatlık ilişkisinin hüküm ve sonuçlarının da belirleyici olması gerekmez mi? Birçok hukuk düzenlemesinde çocuğun yararı bakımından evlatlık ilişkisinin kurulması zaten zorlaştırılmış, nitekim MÖHUK'ta da bu durum gözetilmiştir. Ancak somut olay bağlamında, -hukuka aykırı şekilde – kurulmuş olan evlatlık ilişkisinin devamının evlat edilen küçük çocuğun yararına olabilecek durumlar (örn. mirasçılık) da söz konusu olabilir. Bu durum çocuğu soybağının bir şekilde kurulmasının değil de soybağı kurulduktan sonra çocuğun tabi olacağı durumun asıl çocuğun yararına olması gibi evlatlık ilişkisinin kurulmasından ziyade kurulduktan sonra çocuğun yararının gözetilmesi önem arz etmektedir.

Hukuka aykırı şekilde kurulmuş evlatlık ilişkisine kamu düzeni ile müdahale edilebilir mi? Evlatlık ilişkisi hukuka aykırı kurulmuştur fakat sonuçları bakımından çocuğun yararına (nafaka, mirasçılık statüsü) sonuçlar doğurması halinde ön sorun durumlarında veya uyumlaştırma yapılması gereken durumlarda *lex fori* ilkesinden ayrılarak *lex causae* veya tümüyle farklı bir yönteme başvurulabileceği kanısındayız. Böylelikle

---

<sup>735</sup>Detaylı bilgi için Huysal, 142.

<sup>736</sup> Tekinalp, 13.Bası, 186,187.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 224. BGH, Beschluss vom 20.06.2018- XII ZB 369/17; Aksi yönde Uluocak, 187, Nomer, *DHH 2021 287*; Berki, *İhtilaf*, 109.

<sup>737</sup>Bu sözleşmelerden biri "Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna dair La Haye Sözleşmesi"dir; 1.madde"*Çocuk tabirinden, bu Sözleşme mucibince, nesebi sahih, nesebi gayrisahih veya evlat edinilmiş evli olmayan ve 21 yaşını doldurmamış bütün çocuklar*" anlaşılır. Diğer Sözleşme ise, "Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna dair La Haye Sözleşmesi"dir. Sözleşme'nin 1.maddesi "*Bu Sözleşme, nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dahil, aile, hısımlık, evlilik veya sıhriyet ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülüklerine uygulanır.*" şeklindedir.

Yargıtay'ın konuya yaklaşımının çocuğun yararı ölçütü ile bütüncül olacağı ve kamu düzeni müdahalesi ile evlatlık ilişkisine müdahale etmeyeceği düşünülebilir.

### **4.2.3. MÖHUK'ta Çocuğun Yararının Dolaylı Olarak Gözetildiği Alanlar**

MÖHUK'ta düzenleme konusu yapılan alanlar, her ne kadar doğrudan çocuklara yönelme de etkileri bakımından çocukların durumlarını yakından ilgilendirebilirler. Dolayısıyla MÖHUK'un çocuğun yararının doğrudan gözetildiği alanlar dışında da bağlama kurallarının uygulanması ve yorumlanmasında çocuğun yararının gözetilmesiyle ilgili meseleler ile de karşılaşılabilir. Bu bölümde çocuğun müdahil olduğu ehliyet, ad, soyad, vesayet, nafaka, miras gibi diğer alanlarda da MÖHUK'un bağlama kuralları çerçevesinde çocuğun yararının gözetilip gözetilemeyeceği, en sıkı, en yakın hukuku belirlemenin sınırı ve ölçütlerinin ne olacağı, bu bakımdan çocuğun - üstün - yararının gözetilip gözetilmediği, gözetilmişse bunun düzeyinin ne şekilde gerçekleşeceği sorularına açıklık getirilmesi planlanmaktadır.

#### **A. Çocuğun Hak ve Fiil Ehliyeti**

##### **a. Genel Olarak**

Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir. Demokratik hukuk düzenlerinde herkes hak ehliyetine sahiptir. Hukuk düzenlerinde haklara ve borçlara ehil olmak bakımından herkes hukukî olarak eşit olduğundan çocuğun da sırf kişi olması hasebiyle hak ehliyeti bulunmaktadır. Bütün hukuk sistemleri hak ehliyetini kabul etmiş olsa da hak ehliyetinin başlangıcı, kapsamı ve sona ermesi konusunda milli hukuklarında farklı düzenlemeler öngörülebilmektedir. Özellikle hak ehliyetinin başlaması konusunda hukuk sistemlerinde farklı esaslara yer verilmektedir. Hak ehliyetinin başlama anının tespiti bakımından ilgilinin milli hukukunun tespiti ve uygulanmasının önemi büyüktür. Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinde, Türk hukukunda gerçek kişilerin, sağ doğma şartıyla ana rahmine düşme anından itibaren hak ehliyetine sahip olacağı kabul edilirken Fransız hukuku çocuğun yaşama yeteneğinin olmasını, İspanyol hukuku ise doğumdan sonra 24 saat yaşamasını hak ehliyetinden

yararlanmak için aramaktadır<sup>738</sup>. Türk hukukunun hak ehliyeti bakımından yaşama kabiliyeti değil de sağ doğma şartıyla ana rahmine düşme anından itibaren hak ehliyetine sahip olacağı düzenlemesinde çocuğun yararının dikkate alındığını düşünüyoruz. Ayrıca yabancı hukuk kurallarında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, mezhep veya esaret gibi nedenlerle hak ehliyetinin sınırlanmasını öngören hükümlerin tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanmasını Türk kamu düzeninin engelleyeceği kuşkusuzdur.

Fiil ehliyeti ise bir kimsenin kendi fiili ile haklar kurabilmesi ve sorumluluk yüklenebilmesi ile ifade edilir. Ayırt etme gücüne sahip küçük sınırlı ehliyetsiz, kendisine yasal danışman atanmış sınırlı ehliyetli kişiler ya da ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsizler konumuz bakımından önem arz etmektedir. Hak ehliyetinde olduğu gibi fiil ehliyeti bakımından da taraf menfaati üstün tutularak fiil ehliyeti şahsi statüye bağlanmıştır. MÖHUK'un 9/1.maddesi uyarınca, fiil ehliyetinin, başlangıcı, dereceleri, muhtevası ve kısıtlanması ilgili gerçek kişinin "milli hukuku"na tabidir.

Nitekim kişinin milli hukuku ehliyet derecelerini, rüşt ve ayırt etme gücü gibi şartları belirler. Çocuğun yararı bağlamında ele aldığımız çocuğun fiil ehliyeti konusu çocuğun reşitlik durumuna göre değişmektedir. Hatta bazı durumlarda fiil ehliyetine uygulanacak hukuk kişinin milli hukuku değil de hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukuk olarak düzenlenmiştir.

### ***b. MÖHUK'ta Çocuğun Hak ve Fiil Ehliyeti***

Ehliyet, MÖHUK'un 9.maddesinde<sup>739</sup> düzenlenmiştir:

<sup>738</sup> Can, Tuna and Tuna N., 168ff.

<sup>739</sup> Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tâbidir.

(2) "Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır."

(3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez." şeklinde düzenlenmiştir

(1) *Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Çocuğun milli hukukuna tabi tutulmuştur.*

(2) *“Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.”*

(3) *Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.”*

Belirtmek isteriz ki çocuğun fiil ehliyetinin hangi hukuka tabi olacağının belirleneceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Çocuğun fiil ehliyeti bazı meseleler bakımından MÖHUK'un 9. maddesine tabi iken bazı meselelerde MÖHUK'un 17.maddesine göre belirlenecektir. Çocuğun fiil ehliyetinin birçok meseleye doğrudan etkisi bulunmaktadır. Velayetten doğan çocuğun temsil yetkisi ile çocuk malları üzerinde ana babanın tasarrufu ile çocuk, ana ve baba arasındaki hukuki ilişkilerin sonuçları örnek verilebilir. Çocuğun yararı bakımından velayete ilişkin meselelerde MÖHUK'un 17.maddesinin uygulanmasının daha yerinde olacağı görüşü bulunmaktadır. MÖHUK'un 17.maddesi soybağının hükümlerini düzenleyen bağlama kuralıdır. Bunun yanında aile birliği bağlamında bu düzenleme soybağını kuran hukuk, müşterek milli hukuk ve müşterek mutat mesken bağlama noktalarını barındırdığından hem çocuğun hukukunun uygulanması mümkündür hem de çocuğun korunması sağlanacaktır. Bu kapsamda çocuğun fiil ehliyetinin de 17. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüne<sup>740</sup> kısmen katılıyoruz. Velayete ilişkin meseleler MÖHUK'un 17.maddesi kapsamında ele alınırken çocuğun adı, soyadı hususu velayete ilişkin bir husus değildir, soybağına ilişkindir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olması nedeniyle şahsi statüye tabi olması gerektiği kanısındayız.

MÖHUK'ta düzenlenen hak ve fiil ehliyetine ilişkin bağlama kuralı, aslında doğrudan çocuğu koruyucu bir hüküm değildir. Halbuki, fiil ehliyetini ilgilendiren yaş küçüklüğü doğrudan çocuğa ilişkindir. Fiil ehliyeti yaş küçüklüğüne dayalı bir düzenleme olduğundan çocuklara ilişkindir. Ayrıca bir ülke hukukuna göre kazandığı erginliğin

---

<sup>740</sup> Özgenç, 18.

reşitlik için yeterli olması çocuğun yararına olduğu gibi zararına da olabilir. Gerçekten de fiil ehliyeti çocuğun hukuki sorumluluğuna ilişkin olduğundan bazı durumlarda olumsuz ya da sorumluluk gerektiren sonuçlar doğabilir. Böyle durumlarda bazen Türk kamu düzeni müdahalesi gelebilir. Fiil ehliyeti yaş küçüklüğüne dayalı bir düzenleme olduğundan çocuklara ilişkindir.

Örneğin evlenerek reşit olan 16 yaşındaki Türk vatandaşı kadın bir yıl sonra boşanarak X ülke vatandaşlığına geçerse, evlenme ile kazandığı rüşt hali, vatandaşlığın değişmesi ile sona ermeyecek, kadın rüşt halini koruyacaktır. Gerçekten yabancıyla evlenen 16 yaşındaki bir kişi bu evlenmeyle reşit olabilecek mi sorusu hem Türk Medeni Kanunu hem de MÖHUK bakımından değerlendirilmeli ve tartışılmalıdır. Görüldüğü üzere kişisel statüde değişiklik meydana gelse dahi kadın rüşt halini koruyacaktır, ancak Türk vatandaşı kadın 16 değil de 12 olsaydı aynı durum olacak mıydı<sup>741</sup>? Böyle bir durumda pek tabii çocuğun yararı dikkate alınacak ve kamu düzeni müdahalesi gelebilecekti. Kazanılan erginlik kamu düzeni müdahalesi gelmediği halde muhafaza edilebilecektir. Örneğin Türk hukukunda hâkimin izni ile 16 yaşında evlenme mümkün olduğundan kamu düzeni müdahalesi gelmeyecek iken kişinin 12 yaşında olması halinde kamu düzeni gelecektir.

Örneğin bir Alman Yargıtay (BGH)<sup>742</sup> kararında, Lübnanlı bir kadın küçük yaşta evlenmiş olsa da BGB'nin ilgili hükmüne aykırı olduğu için evlenmenin butlanına karar verilemeyeceğini belirtmektedir. Evlenme ehliyeti de fill ehliyetinin özel bir halidir. Karar, BGB hükmünün Alman Anayasasına uygun şekilde yorumlanması gerektiğine değindikten sonra iki gerekçe daha sıralamaktadır. Almanya'da yapılan evlilikler ile yurtdışında yapılan (dini) evlilikler arasında bir ayırım yapılamayacağı ve evlenmenin butlanına karar verilmesinin çocuk için daha büyük daha katlanılamaz sonuçlara yol açacağı takdirde evliliğin butlanına hükmedilemeyeceğini belirtmektedir. Nitekim yargı kararına konu somut olayda evlilikte kadın çoktan reşit

<sup>741</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 18.

<sup>742</sup> BGH Nr. 108/2020 Beschluss vom 22. Juli 2020- XII ZB 131/20 <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020108.html;jsessionid=A65BF9B55DBC9E369F09E2A46AFFBE66.1 cid359>

olmuş ve tarafların 4 çocukları olmuştur. Türk hukuku bakımından da böyle bir evliliğin iptali (butlanı) artık istenemeyecektir; çünkü evliliğin tarafları zaten çoktan reşit olmuşlardır.

Mahkeme, taraflar daha sonra Alman vatandaşı olduğundan doğrudan BGB hükümlerini uygulamıştır. Çocuklar nedeniyle evlenmenin butlanına hükmedilip hükmedilemeyeceği (maddi hukuk meselesi), kamu düzeni müdahalesi kapsamında değerlendirildiğinde evlenen taraflar artık yetişkin olduklarından ve evliliklerinin üzerinden uzun zaman geçtiğinden evlenmenin butlanına hükmedilmemesi müşterek dört çocuğun yararına olacaktır. Taraflar reşit olduktan sonra fiil ehliyeti değerlendirmesi yapılmamıştır. Lâkin bu noktada tarafların evlenme ehliyeti olmadığından evlenmenin butlanı ile müşterek dört çocuğun yararı arasında bir tercihe gidilmiştir.

Evlenme ehliyeti esas itibarıyla fiil ehliyetine tabidir ve Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak milletlerarası özel hukukta evlenme her hukuk düzeninde farklılık arz etmekte ancak ortak payda küçük yaştaki çocukların evliliğini engellemektedir. Evlenme yaşı, hukuk sistemlerinde reşit olma yaşından farklı düzenlenmiştir<sup>743</sup>. MÖHUK'un 13/1. maddesinde evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbi olacağı düzenlenmiştir. Evlenmenin maddi şartlarında, evlenmenin kişi hayatındaki önemi sebebiyle taraf menfaatinin ağırlığı dikkate alınarak kişisel statünün hâkimiyeti kabul edilmiştir<sup>744</sup>. Kişisel statü "evlenme anındaki milli hukuktur". Evlenmenin maddi şartları olan evlenme ehliyeti, evlenme engelleri ve bunlara uyulmamasının sonuçları, yokluk ve butlan sebepleri ve neticeleri her bir eş için evlenme anındaki milli hukukuna tabi olacaktır. Çocuğun yararı ile doğrudan bağlantılı olan evlenme ehliyeti açısından evlenme yaşının kamu düzeni engellemesinin ortaya çıkmayacağı genel olarak kabul edilmektedir<sup>745</sup>. Bununla beraber çok küçük yaştaki çocukların evlenmesine izin veren kanunun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceği şüphesizdir.

<sup>743</sup> Farklı hukuk sistemlerinde evlenme için kabul edilen değişik yaş sınırı için bkz. Tekinay, 15ff.

<sup>744</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 20.; Can, Tuna and Tuna N., 174.

<sup>745</sup> Şakir Berki, 'Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlatlığın Mirası' (1952) 9 (3-4) AÜHFD, 1,21.

Ehliyet kişiyle yakından ilgili bir hukuki durum olduğu için ehliyete uygulanacak hukukun tespitinde taraf menfaatleri göz önüne alınacağından<sup>746</sup> hem 2675 sayılı mülga MÖHUK hem de yürürlükte bulunan 5718 sayılı MÖHUK, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbi olacak şekilde düzenlemiştir. Bu noktada genel ehliyet ile özel ehliyet arasında ayrıma gidilmelidir. Belirtmek gerekir ki genel ehliyete ilişkin hususlarda ilgilinin milli hukuku uygulanırken bazı özel ehliyet hallerinde ilgilinin milli hukuku değil de başka hukukların uygulaması söz konusu olabilir. Bu çerçevede mirasa ilişkin bağlama kuralında düzenlendiği üzere<sup>747</sup> ölen kişinin milli hukuku mirasçıları (yani mirasçı olma-hak ehliyetini) belirleyecektir.

Ancak bazı durumlarda bir kimsenin başkalarının mirasçısı olabilmesi için kendi milli hukukuna göre hem mirasçılık ehliyetine sahip olması hem de mirasa uygulanacak hukukun yani ölenin milli hukukunun da onu mirasçılar arasında sayması gerekecektir. Aslında burada bir çaprazlama söz konusudur. Örnek verilecek olursa kendi milli hukukuna göre, teyzesine mirasçı olma hakkı bulunan bir çocuğun, teyzesinin milli kanuna göre de mirasçı olma ehliyetine sahip olması gerekir. Eğer miras statüsü, çocuğu, teyzenin mirasçıları arasında saymıyorsa, çocuğun kendi milli hukukuna göre mirasçı olabilmesi olumlu sonuç vermeyecektir<sup>748</sup>. Görüldüğü üzere bu bağlamda burada çocuğun üstün yararı dikkate alınamayacaktır.

MÖHUK'un 9/2.maddesi uyarınca “*Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.*” Borçlar ve ticaret hukuku alanında ehliyete ilişkin kişinin milli hukukunun uygulanması bazı hallerde işlem güvenliğini sarsabilir. Belirtmek isteriz ki bu durum 12 yaşında kendi ülke hukukuna göre ehil kişinin yaptığı işlemin geçerli olması sonucunu doğurmayacak ve kamu düzeni müdahalesi gelebilecektir.

Kanunlar ihtilâfi hukukumuzda işlem güvenliği prensibi sadece Türkiye'de yapılan işlemlerin güvenliğini korumak amacıyla getirilmemiştir. Bu itibarla,

<sup>746</sup> G. Kegel, ‘The Crisis of Conflict of Laws’ 1964/2 (112) Rec. Des. Cours 1,186.

<sup>747</sup> MÖHUK madde 20

(1) Miras ölenin milli hukukuna tâbidir.

<sup>748</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar*, s.12;’den naklen dn.37. Karş. Tekinalp, *MÖH*, 56.

işlem hangi ülkede yapılmış olursa olsun, işlem güvenliği prensibinin uygulanması mümkündür.

MÖHUK'un 9/3. maddesi “*Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez*” hükmü çocuğun statüsüne ilişkindir. Bu hükmün çocuğu koruyucu bir hüküm olduğu tartışmaya açıktır. Çocuğun yararı ile işlem güvenliği prensibinin çatışabileceği durumlar olabilecektir. İşte bu durumlarda kişi milli hukukuna göre erginlik kazandıysa vatandaşlığı değişse dahi işlemleri ergin olarak yaptığından ehliyeteye ilişkin sorun çıkmayacaktır. Ancak kişinin milli hukukuna göre örneğin 12 yaşında erginlik kazanması halinde vatandaşlığı değişse dahi erginliğini kaybetmeyeceğinden birçok hukuki işlemin tarafı olabilecek midir? Böyle bir durumda kamu düzeni müdahalesi gelebileceğini düşünüyoruz.

Hak ehliyetinin sınırlandırılması da kural olarak ilgilinin millî hukukuna tâbi bulunmaktadır. Ancak cinsiyet, ırk, renk, dil, din, mezhep veya esaret gibi nedenlerle hak ehliyetinin sınırlandırılmasını öngören bir yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzeni engeline (MÖHUK m.5) takılacaktır.

## **B. Çocuğun Adı ve Soyadı**

### *a. Genel Olarak*

Kişinin adı üzerindeki hakkı kişiliğinin bir parçası olduğundan tüm hukuk düzenlerinde korunur. MÖHUK'ta çocuğun ad (öz ad) ve soyadına ilişkin özel bir bağlama kuralı öngörülmemiştir. Bu durumun bir kanun boşluğu anlamına gelmeyeceği ve bu konuda yetkili olan hukukun, ilişkinin hukuki niteliğinden hareketle veyahut milletlerarası sözleşmeler yardımı ile belirlenebilecektir<sup>749</sup>. Ancak yine de, örneğin, çocuğun soyadı,

<sup>749</sup> 28.09.1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (RG 10.07.2014/29056) 12. Maddesinde, vatansızların şahsi statülerine uygulanacak hukukun yerleşim yeri hukuku olduğu, bulunmaması halinde mutlak mesken hukukunun dikkate alınması gerektiği; 28.07.1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin (RG 05.09.1961/10898) 12.maddesinde, mültecilerin şahsi statüsünün, daimi yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi yerleşim yeri yoksa, bulunduğu ülkenin yasalarına tabi olacağı belirtilmiştir. Bkz. Hatice Selin Pürselim Arning, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad* (1st edn, Adalet 2014) 143ff.; Doğan, 302.; Ayrıca detaylı bilgi için bkz. Tekinalp and Uyanık 77ff.; Nomer, *DHH 2021* 229.



soybağımı kuran ülke hukukuna göre mi belirleneceği ya da ehliyet, evlilik, boşanma gibi diğer statüler kapsamında mı değerlendirileceği veyahut tümüyle doğrudan uygulanan kural kategorisinde ele alınıp doğrudan Türk hukukuna göre mi hükme bağlanacağı çok açık değildir.

Türk mevzuatında ada uygulanacak hukuku belirleyen ayrı bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Türk öğretisinde kabul edilen görüşe göre<sup>750</sup>, aile hukukundan kaynaklanan bir ad değişikliği<sup>751</sup> söz konusu değilse adın kaybedilmesine veya kazanılmasına, ilgilinin bu işlemler sırasındaki şahsi statüsünün (Personalstatut)<sup>752</sup> uygulanması şeklindedir. Çünkü kişilerin, -çocuk- adlarını daha sonra haklı gerekçe sunarak iradi olarak değiştirmeleri ya da yeni bir ad eklemeleri mümkündür<sup>753</sup>.

Türk milletlerarası özel hukuk, maddi hukuka paralel olarak kişinin adı üzerindeki hakkının kişisel hak olduğu görüşü kabul edilmiştir<sup>754</sup>. Çocuğun adı, velayet hakkı kapsamında (TMK m.339) kaldığından soybağının hükümlerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 17. maddesinin uygulama kapsamında olduğu görüşü yer almaktadır<sup>755</sup>.

Türk öğretisinde kişinin adı ve soyadına uygulanacak hukukun tespitinde şahsi statü ve hüküm statüsü görüşlerini belirli şartlarda –karma görüşün uygulanması şeklinde kabul edilmiştir<sup>756</sup>. Nitekim İsviçre, Avusturya ve Almanya düzenlemelerinde ada uygulanacak hukukla ilgili ayrı bir madde bulunurken MÖHUK'ta bulunmamaktadır<sup>757</sup>.

<sup>750</sup> Pürselim Arning, 143ff.; Tekinalp and Uyanık 154; Çelikel and Erdem, 208; Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar*, 4ff; Uluocak, 39.; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma (Boşanma)* (1st edn, Beta 2006) 92.; Doğan, 301; Nomer, *DHH 2021* 229ff; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 140ff.

<sup>751</sup> Soybağının kurulması, evlat edinme, evlenme ve evliliğin sona ermesi, adın kazanılmasında ve kaybında rol oynayan aile hukukuna ilişkin meselelerdir.

<sup>752</sup> Pürselim Arning: şahsi statü hususunda yetkili hukuku belirleyen özel bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır. Şahsi statü, Avusturya (MÖHK m. 9) ve Alman (MÖHK m.5) milletlerarası özel hukuklarında ayrı bir madde ile düzenlenmiştir.

<sup>753</sup> TMK 27.madde

<sup>754</sup> Pürselim Arning, 143; Nomer, *DHH 2021* 228ff.; Uyanık Çavuşoğlu, 38; Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 3; Doğan, 302; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, (MÖH 2011)* (11th edn, Vedat 2011) 153.

<sup>755</sup> Ömer Uğur Gençcan, *Milletlerarası Aile ve Usul Hukuku* (1st edn, Yetkin Yayınları 2020) 449.

<sup>756</sup> Pürselim Arning, 141; Nomer, 225; Tekinalp and Uyanık Çavuşoğlu, *MÖH 2011* 154; Çelikel and Erdem, 208; Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişki Kurallar* 4; Uluocak, 41ff.; Uyanık Çavuşoğlu, 92; Doğan, 301ff.; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 140ff.

<sup>757</sup> Pürselim Arning, 140; Çelikel and Erdem, 208; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, 140ff.

Fransız hukukunda ada ilişkin ihtilaflar Alman hukukuna benzer olarak kişinin milli hukukuna tabidir<sup>758</sup>. Bu durumun tek istisnasını evlat edinme ile öz ad üzerinde meydana gelen değişikliklere evlat edinme statüsünün uygulanmasını oluşturmaktadır<sup>759</sup>.

Ad, birçok kişisel hakkın içinde aslında kişiyi benzersiz kılan, diğerlerinden ayıran en önemli kişilik hakkı olduğundan çok önemli ve öncelikli olup kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Nitekim Alman öğretisinde tartışılmış ve EGBGB’de prensip olarak gerçek kişinin adı şahsi statüsüne tabi tutulmuş ve EGBGB 10<sup>760</sup>. maddesi uyarınca ada kişinin milli hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir<sup>761</sup>. Bu prensibe göre ada uygulanacak hukuk, kişinin milli hukukuna göre tesis edildiğinde, adın değişmesine veya kazanılmasına veyahut kaybına sebep olan hukuki işlemin yapıldığı andaki milli hukuk esas alınacaktır<sup>762</sup>. Avusturya’da benzer düzenleme ile Avusturya MÖHK’un 9. maddesi şahsi statüsünün kişinin milli hukukuna tabi olduğunu, ad her ne sebeple kazanılırsa kazanılsın, ada uygulanacak hukuk, kişinin o andaki milli hukukuna tabi olacak; aile hukuku ilişkileri kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>763</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre ad, aile hukuku ilişkileri sonucu değişse de hüküm statüsüne değil, kişinin milli hukukuna tabi olmalıdır<sup>764</sup>.

Çocuğun soyadını belirlemeye kimin yetkili olduğu hususu da EGBGB’nin 10/3<sup>765</sup>. maddesinde düzenlenmiştir. Evlilik soyadı dışında aile soyadı seçilmelidir<sup>766</sup> ve ilgili

<sup>758</sup> Dieter Henrich, Thomas Wagenitz and C. Heinrich Bornhofen, *Der Name im Internationalen Privatrecht* (1st edn, Verlag für Standesamtswesen 2007) 51.

<sup>759</sup> Pürselim Arning, 196; Henrich, Wagenitz and Bornhofen, 51.; Florian Sperling, *Familiennamensrecht in Deutschland und Frankreich* (1st edn, Mohr Siebeck 2012) 122.

<sup>760</sup> Madde 10

Soyadı

(1) Bir kişinin adı, ait olduğu devletin hukukuna tabidir.

<sup>761</sup> Pürselim Arning, 131.

<sup>762</sup> Mankowski, *EGBGB 10* Rn.20, 49.

<sup>763</sup> Anton Heini, Max Keller, Kurt Siehr, Frank Vischer, Paul Volken, *IPRG Kommentar* (Schulthess, Zürich 1993) 348.; Tekinalp and Uyanık 154.

<sup>764</sup> Bkz. Aynı görüş için Pürselim Arning, 66.

<sup>765</sup> EGBGB m.10

3) <sup>1</sup>Velayet sahibi, sicil dairesine bir çocuğun soyadını alması gerektiğini belirleyebilir.

1. 5 (1). Maddeye bakılmaksızın, ebeveynlerden birinin ait olduğu bir devletin hukuku uyarınca,

2. Ebeveynlerden birinin mutlak ikametgahı Almanya’da ise, Alman yasalarına göre veya

3. Adı veren kişinin ait olduğu devletin yasalarına göre.

<sup>2</sup>Doğumun onaylanmasından sonra yapılan beyannamelerin resmi olarak onaylanması gerekir.

madde uyarınca velayet hakkına sahip olan ana veya babadan birinin milli hukuku, ana veya babadan birinin mutaten Almanya'da oturması halinde Alman hukuku ve çocuğa soyadını vermek isteyeninin milli hukuku çocuğun soyadına uygulanacaktır<sup>767</sup>. Görüldüğü üzere Alman hukukunda çocuğun milli hukuku değil de velayet hakkına sahip ana veya babadan biri veya aile hukuku ön planda tutulmuştur. Çocuğun yararı yalnızca çocuğun milli hukuku ile değil de aile birliği hukuku ile de gözetilebileceği düşüncesi yatmaktadır. Anne baba ve çocuktan oluşan aile birliği ön planda tutulmaktadır ve aile birliğine hizmet etmektedir. Alman BGB'nin 1697a hükmü çocuğun yararı ilkesini düzenlemekte ve aksi belirtilmedikçe mahkemenin, fiili durum ve imkânları dikkate alarak yargılamalarda bu ilkeyi gözeterek karar vereceği belirtilmiştir<sup>768</sup>.

### **b. Çocuğun Adı**

2675 sayılı mülga MÖHUK ve yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK, kişinin hukuku alanında milli hukuk esasını benimsemiş, aile hukuku ilişkilerinde milli hukuk yanında başka bir bağlama noktasına da yer verilerek milletlerarası özel hukuk alanında hakkaniyet sağlanmaya çalışılmıştır<sup>769</sup>. Nitekim MÖHUK'un sisteminde milli hukuk bağlama noktası kişinin menfaatini en iyi şekilde koruyan hukuk olduğu düşüncesine dayanmaktadır<sup>770</sup>. Örneğin Alman hukukunda adın değişmezliği ilkesi (adın devamlılığı, *Namensköninuität*) benimsenmiş olup, ad ancak adı taşıyan kişinin menfaatleri kamu menfaatinden fazla ise bu değişikliğe izin verilmektedir<sup>771</sup>. Çocuğa

<sup>766</sup> Heinrich Dörner, Ina Ebert, Thomas Hoeren, Rainer Kemper, Ingo Saenger, Alexander Scheuch Klaus Schreiber, Hans Schulte-Nölke, Ansgar Staudinger, and Wiesemehr Volker, *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Kommentar, Buch. Hardcover Hk-BGB (10. Auflage 2019)* 2464.

<sup>767</sup> Pürselim Arning, 132.; Erik Sommer, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern* (Sipplingen 2009) 206, 207.; Sebastian Heuer, *Neue Entwicklungen im Namensrecht* (1st edn, Verlag Dr. Kovac 2006) 83

<sup>768</sup> Alman BGB § 1697a

Çocuk refahı ilkesi

Mahkeme, aksi belirtilmedikçe, bu başlıkta düzenlenen hususlarda yargılamada fiili durum ve imkânları dikkate alarak karar verir.

<sup>769</sup> Gülören Tekinalp, 'Kişisel Statü-Milli Hukuk- İkametgah Hukuku- Eğilimler- Düşünceler', (1979) (Prof. Dr. Hıfzı Timur Anısına Armağan) 888ff.; Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutat Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (1st edn, Naturel Yayıncılık 2003) 96,97; Uluocak, *Yasama* 10;; Vedat Raşit Seviğ, *Kanunlar İhtilafı, Yasama ve Yargılama Çalışmaları* (2nd edn, Sulhi Garan Matbaası 1974) 44; Berki, *İhtilaf* 13.

<sup>770</sup> Özkan, 96.

<sup>771</sup> Pürselim Arning, 27; Alexander Bergmann, Murad Ferid and Dieter Henrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht – mit Staatsangehörigkeitsrecht* (6th edn, Verlag für Standesamtswesen Frankfurt a. M. Berlin1983) 48; *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht – mit Staatsangehörigkeitsrecht* (Verlag für

koyulacak öz ad ancak hukuk düzeninin sınırları içerisinde serbesttir ve bu serbestliğin sınırını da kamu düzeni oluşturmaktadır. Nitekim çocuğun yararı bağlamında mülga Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda<sup>772</sup> ana ve babanın çocuğa ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar koyamayacağı düzenlenmişti. Yeni Kanun'da bu şekilde bir hüküm yer almamakta ancak bir görüşe göre Soyadı Kanunu<sup>773</sup> 3.maddesinde yer alan “rütbe ve memuriyet, aşiret, yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edeplere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz” hükmü adlar için de uygulanmalıdır<sup>774</sup>. Gerçekten de Alman BGB §1697a'da benimsenen çocuğun yararı ve esenliği ilkesi (*Kindeswohl*) bu durumda da uygulanmalıdır. Çocuğun yararı ve esenliği ilkesine göre, çocuğa koyulacak ad gülünç, kötü bir anlama sahip, dini, siyasi, anlamsız ve çocuğa zarar verecek nitelikte olmamalıdır<sup>775</sup>. Bunun sınırını çocuğun yararı ve kamu düzeni belirlemektedir. Örneğin Alman anne ve baba, çocuklarına Hazreti İsa'nın doğum günü olarak kutlanan bayram gününde doğan kızlarına 24.12.1988 günün önemine binaen Juliana Decembres Noelle adını koymak istemişlerdir<sup>776</sup>. Üst mahkeme Decembres Noelle adını, çocuğun yararı ve esenliği ilkesi uyarınca ve bilirkişi raporlarını dikkate alarak incelemiştir. Decembres Latince Aralık ayı anlamına gelmektedir ve başka ay isimleri de çocuklara koyulabilmektedir. Noelle de -e eki ile kız çocuk adı haline gelmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi adın ahlaka aykırı, gülünç olmadığını, cinsiyet belirttiğini (Alman hukuku uyarınca adlar cinsiyet belirtmelidir), mevzuat hükmüne göre söylenişinin zor olmadığı ve karışıklığa sebep vermediğini, toplumun adetlerine aykırı olmadığına karar vermiştir. Çocuğun yararı ve esenliği ilkesi dikkate alınarak çocuğun doğduğu ayı temsil eden Aralık ayı (Decembres) ve Noelle çocuğa zarar vermeyecektir. Görüldüğü üzere çocuğun adının yabancı dildeki anlamı ve kullanımı, koyulduğu toplumun kamu düzeni ile yakından ilgili olup koyulacak adın sınırını çocuğun yararı ve esenliği belirlemektedir.

---

Standesamtswesen Frankfurt a. M. Berlin) Loseblattwerk, ca. 17.000 S., 22 Ordner, seit [4/34] der 225. Lieferung 2018 (gemeinsam mit Dieter Henrich und HansGeorg Ebert); Heuer, 10.

<sup>772</sup> Aydın Zevkliler, *Kişiler Hukuku- Gerçek Kişiler* (1st edn, Olgaç Matbaası 1981) 240.

<sup>773</sup> RG. 02.07.1934/2741

<sup>774</sup> Akipek, Akıntürk and Ateş Karaman, 424; Zevkliler, 241.

<sup>775</sup> Thomas Rauscher, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* in Staudinger (Köln 2014) Rn.10.; Thomas Rauscher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd.1.; Eva Schumann, *Münchener Kommentar zum FamFG* ( 2nd edn, Verlag CH Beck München 2013) Rn 8.

<sup>776</sup> Pürselim Arning, 47. OLG Hamm, 12.07.1989- 15 W 256/89; NJW-RR 1989, s.1032.

Çocuğun öz adına uygulanacak hukukun tespiti çocuğun öz adının kimin tarafından ve hangi kurallara göre verileceği çocuğun yararı bakımından oldukça önem arz ettiği şüphesizdir. Her hukuk düzeni çocuğa öz adın kimler tarafından ve hangi şartlarda verileceğini düzenlemiştir<sup>777</sup>. Yabancılık unsuru bulunan vakaya –çocuğa yabancı bir öz ad verilmesine ilişkin Türk hukukunun uygulanması gerektiği takdirde bunun sınırını kamu düzeni ve çocuğun yararı oluşturmaktadır. Türk hukukunda yabancı öz ad alınamayacağını ilişkin bir düzenleme yoktur ancak çocuğun Türkiye’de ve yurt dışında farklı iki adla kaydedilmiş olmasının hem çocuğun yararı hem de kamu yararı açısından sorun teşkil edeceği açıktır. Yabancılık unsuru barındıran vakalarda çocuğa verilen öz adın o ülkede uygun olmayacağı ya da sicile kaydedilmesi mümkün olmayan bir ad olması halinde çocuğun yararının tehlikeye düşeceği göz önüne alınarak çocuğun üstün yararı gözetilmelidir. Frankfurt Eyalet Yargıtayı önüne gelen davada<sup>778</sup> Alman vatandaşı baba ve Türk vatandaşı annenin müşterek çocuğu çifte vatandaştır ve çocuğa Fabian öz adı koyulmuştur. Ancak baba açmış olduğu davada; Almanya ilgili nüfus idaresinin çocuğun annesinden dolayı Türk vatandaşlığının olması hasebiyle Türkçe öz adının bulunması gerektiğinin söylenmesi üzerine Fabian öz adına Fatih’i eklediğini ve sicile Fatih Fabian olarak işlendiğini ancak öz adın sadece Fabian olarak sicile eklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Alman MÖHK’un 10.maddesi adın milli hukukun hâkimiyetinde olduğundan ön sorun olarak çocuğun milli hukukunun belirlenmesi ve adına uygulanması gerekmektedir. Nitekim çocuğun birden çok vatandaşlığı olduğundan Alman MÖHK’un 5. maddesine göre en sıkı ilişkiye sahip devlet hukuku uygulanacağından olayda da Alman hukuku uygulanmalıdır<sup>779</sup> ve anne, baba çocuğun öz adına birlikte karar vermelidir. Fabian, çocuğun öz adı için anne ve babanın ortak kararıdır, Alman Yargıtayı babanın vatandaşlığının ve çocuğun çift vatandaşlık taşıyıp taşımadığının tespit edilerek buna karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Çocuğun öz adına Alman hukuku uygulanacak ve çocuğa sadece Fabian adının verilmesi halinde Türk nüfus siciline kaydedilmemesi sorunu ortaya çıkabilecektir<sup>780</sup>. İşte bu nedenle çocuğun iki farklı sicilde iki farklı isimle kaydedilmesinin çocuğun yararına aykırı

<sup>777</sup> Birinci Uzun, s.142’den naklen: Ana ve baba yeni doğmuş çocuklarının önadı bakımından uyumsuzluğa düşmüşlerse hâkim öncelikle çocuğun yüksek (üstün) yararına dikkat çekilerek ana ve babayı uzlaştırmaya çalışır. (Akıntürk and Ateş Karaman, 134.) Hâkim, ana ve babanın yerine çocuğun adını koyamaz. (Dural, Ögüz and Gümüş, 2014 78)

<sup>778</sup> OLG Frankfurt, 10.01.1990- 20 W 497/89, NJW 1990, s.1423.

<sup>779</sup> Detaylı bilgi için bkz. Heuer,10.

<sup>780</sup> Pürselim Arning, 187.

olacaktır. Çocuk bu nedenle birçok hak ve haliyle yarar kaybına uğrayabilecektir. İşte bu nedenle çocuğun yetkili makamlar önünde işlem yapabilmesini kolaylaştırmak ve herhangi bir karışıklığa neden olmaması açısından çocuğun yararına yönelik isim seçilmelidir<sup>781</sup>.

Bu konuya ilişkin vereceğimiz bir diğer dikkat çekici örnek ise Çin maddi hukukunun öz adın tek harften oluşmasını mümkün kılan düzenlemesine ilişkindir. Örneğin Türk baba ve Çinli ana, müşterek çocuklarına “T” öz adını vermek istemektedir. Çocuğun adının verilmesi, soybağı statüsüne tabi olduğundan MÖHUK’un 17.maddesi gereği soybağını kuran hukuka tabidir. Çocuğun, anne ve babasının müşterek milli hukuku bulunuyorsa o hukuk, somut olayda bulunmadığını düşünecek olursak müşterek mutad mesken hukukuna gidilecektir. Türkiye’de yaşadıkları düşünülürse Türk hukukuna göre çocuğa T harfinin ad olarak koyulmasında herhangi bir engel yoktur. Çocuğun yararı ve esenliği dikkate alınacak olursa çocuğun Türkiye’de yaşayacak olması ve çocuğun Türkiye ile yakın irtibatının bulunması halinde T harfi şeklindeki isim karmaşıklık yaratabilecek, çocuğun yararını etkileyecek ise somut olayda kamu düzeni müdahalesi ihtimali ortaya çıkacaktır.

Yukarıda da açıklandığı üzere ebeveynler çocuklarına istedikleri adı koyma konusunda iradi olarak hareket edebilirler ancak bu sınırsız bir özgürlük anlamına gelmeyecektir, bu özgürlüğün sınırını çocuğun yararı ve kamu düzeni belirleyecektir<sup>782</sup>. Herhangi bir yabancılik unsuru olmasa dahi çocuğa koyulacak adın gülünç, komik, dini, siyasi, ideolojik, karışıklığa sebep olması ya da kötü bir çağrışım yapmasının çocuğun aleyhine olacağı açıktır. Ana ve babanın çocuklarına ad koyma haklarını dürüstlük kuralı ve karşılıklı saygı ve sevgi çerçevesinde kullanmalıdırlar<sup>783</sup>. Nitekim vatandaşlıkları farklı anne ve babanın koyacağı adın anne ya da babanın tabi olduğu ülke dilinde kötü bir anlama gelmesi, çocuğun tâbi olduğu ya da olacağı vatandaşlıkta bu ad çocuğun yararına olmayacaktır. Bu korumanın sınırını da yine kamu düzeni belirleyecektir.

---

<sup>781</sup> Pürselim Arning, 187.

<sup>782</sup> Detaylı olarak kamu düzeni kısmında anlatılmıştır.

<sup>783</sup> Akıntürk and Ateş Karaman, 134; Birinci Uzun, 142ff.

Çift tabiiyetli çocukların ad sorunu konusu son derece önemlidir. İki ülkenin resmi kayıtlarına (aile kütükleri) giren bir husus olup her ülkenin bu konuya ilişkin bir takım koşul ve yasakları söz konusudur. Bu kuralların niteliği de özellikle çocuğun yararı bakımından önem arz etmektedir. Bu kuralların doğrudan kural mahiyetinde olduğu düşünülecek olursa milletlerarası özel hukuk alanında müdahaleci kural statüsünde olacaktırlar. Ülke hukukları düzenlemelerinden kaynaklanan çelişkiler, çatışmalar ve ayrıca çocuğun yararı da düşünülecek olursa, bu ikilemin çözülmesi oldukça önem arz etmektedir.

Evlat edinme ile çocuğa da yeni bir öz ad verilmesi ya da mevcut öz adına yeni ad eklenmesi ile aile ortamının yanında bazı imkanlardan mahrum çocuklar daha iyi bir sosyal statüye kavuşmalarının temini, çocuklar için yeni bir hayat başlangıcı evlat edinme kararı ile mümkün hale gelebilmektedir<sup>784</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 314. maddesi uyarınca evlat edinilen çocuğa yeni bir ad verilmesi mümkündür. Alman Medeni Kanun'unda<sup>785</sup> ismin değiştirilmesi, yeni bir ad eklenmesinin küçüğün yararını ihlal etmeme şartını ararken Türk ve İsviçre medeni kanunlarında çocuğun yararı şartı bulunmadığından eleştirilmektedir<sup>786</sup>. Evlat edinilen çocuk için yeni bir hayat başlangıcında yeni bir ad verilmesi ya da yeni bir ad eklenmesinin somut olayda çocuk için değişebileceğinden hareketle ayırt etme gücü yerinde olan çocuğun görüşünün ve rızasının alınmasına<sup>787</sup> ilişkin düzenleme ile çocuğun yararı gözetilebilecektir. Çocuğun yararı için yapılan evlat edinmenin hem evlat edinenin hem de çocuğun manevi ihtiyaçlarını karşılaması gerekmektedir<sup>788</sup>. Türk vatandaşı evlatlığın öz adının değiştirilmesi talebinde çocuğun yararının kamu düzeni ile korunacağını düşünüyoruz. Türk vatandaşı evlatlığın öz adının değiştirilmesi için açılan davada evlat edinenin yabancı milli hukuku uygulanırken, Alman EGBGB'nin 10.maddesi uyarınca evlatlığın öz adına milli hukuku uygulanacaktır<sup>789</sup>. Türk hâkimi yabancı hukuku uygularken

---

<sup>784</sup> Tuğrul Arat, Evlat Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları, (Evlat Edinme), (yayımlanmamış doçentlik tezi), Ankara 1982, 41.; Tanrıbilir and Şit Köşgeroğlu, 1023.; Faruk Kerem Giray, Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme, (1999-2000) 19-20 (1-2) MHB (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan) 333.

<sup>785</sup> Alman Medeni Kanun 1757/IV

<sup>786</sup> Cem Baygın, 'Evlat Edinmenin Koşulları' (Evlat Edinme) (2003) 7 (3-4) AÜEHFD, 2003, 591, 631.

<sup>787</sup> Baygın, 'Evlat Edinme' 632; Herdem Belen, *Yeni Medeni Kanun Uyarınca Evlat Edinme* (1st edn, Beta Basım 2005)72.

<sup>788</sup> Pürselim Arning, 188.

<sup>789</sup> Pürselim Arning, 194, dn.718.; Gerhard Stuber, *Anerkennung Internationaler Adoptione* (Hannover-Stuttgart- Berlin- Dresden 2003) 34.

çocuğun üstün yararını göz önüne alarak ayırt etme gücü yerinde olan çocuğun öz adının değiştirilmesine ilişkin görüşü, rızasına göre karar vermelidir. Çocuğun üstün yararı öncelikli olarak uygulanacağından çocuğun rızasını aramayan yabancı hukukun Türk kamu düzenini ihlal ettiği<sup>790</sup> gerekçesiyle kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik hakkı ve çocuğun yararı korunmalıdır.

Bir diğer örnek de evlatlık verilen çocuğun öz adına ilişkindir. Türkiye’de doğan ve Türk vatandaşı olan Zülbiye, 6 yaşında iken Almanya’ya evlatlık olarak verilerek adı Almanca ad Jasmine olarak değiştirilmiştir. Türkiye’deki resmi makamlarda adı Zülbiye olarak kalan ancak Almanya’da yaşamına Jasmine olarak devam eden çocuğa biyolojik babasından miras kalmıştır. Çocuğun biyolojik bağı ile bağlı olan ailesine miras hakkı devam etmekte ve bu çocuğun yararına yorumlanabilmektedir. Bu somut olayda Zülbiye’nin biyolojik babasının borçları sebebiyle reddi miras yapması yararına olacaktır. Almanyadaki Türk konsolosluga yapılan tebligat Zülbiye adıyla yapılmıştır. Halbuki çocuk Almanya’da Jasmine adıyla hayatına devam etmekte 15 yıldır Türkiye ile hiçbir bağı bulunmamaktadır. Hükmen reddi miras yapılarak Zülbiye herhangi bir hak kaybına uğramamıştır. Daha sonra Türkiye’de açılan dava ile hayatına Jasmine adı ile devam etmek istediği, herkesin onu Jasmine olarak bildiği tanıdığı, eğitim öğretim hayatında Jasmine olarak devam ettiğinden bahisle ve resmi evraklarda karışıklık yaratılmasını önlemek amacıyla Zülbiye adının Jasmine olarak değiştirilmesi talep edilmiştir<sup>791</sup>. Çocuğun adının Jasmine olarak değiştirilmesinde hem tutulan nüfus kayıtlarının düzeni hem çocuğun yararı açısından önem arz etmektedir.

### ***c. Çocuğun Soyadı***

Çocuğun soyadı<sup>792</sup> meselesinin, soybağı ilişkisinin sonucu olduğu şüphesizdir. Bu konuya ilişkin bir görüşe göre; çocuğun anne ve babasının çocuk doğduktan sonra birbirleriyle ya da farklı kişilerle evlenmesi, çocuğun anne babasının boşanması, soybağının düzeltilmesi, evlat edinilmesi aile hukuku ilişkilerinden<sup>793</sup> olup çocuğun adını ve soyadını etkileyecektir. Bir görüş, soyadın kazanılması ve değişmesi aile hukukundan

<sup>790</sup> Baygın, ‘Evlat Edinme’ 632.; Akıncı and Demir Gökyayla, 136.

<sup>791</sup> Karşıyaka 3. Aile Mahkemesi 2005/195 E, 2005/287 K. Yayımlanmamış yargı kararı.

<sup>792</sup> Soyad, kişinin talebi ve dava açma yolları saklı kalarak soybağı ilişkisinin sonucudur.

<sup>793</sup> Uluocak, 40; Doğan, 302; Tekinalp and Uyanık Çavuşoğlu, *MÖH 2011* 155, Nomer, *DHH 2021* 228.



kaynaklanmakta bu nedenle korunan menfaatin ailenin birliği olması gerektiği şeklindedir<sup>794</sup>. Soyadının kazanılması ve değiştirilmesi konuları her ne kadar aile hukuku kısmında yer alsada kişinin adı ve soyadı üzerindeki hakların kişilik hakkı olduğu kabul edilmektedir<sup>795</sup>. Bu noktada korunması gereken menfaat de soyadı değiştirilen kişinin kişiliği olacaktır<sup>796</sup>.

Adın aile hukukundan kaynaklanan bir nedenden ötürü değişmesi durumunda, Türk öğretisi ada, şahsi statünün değil, hüküm statüsünün uygulanmasını kabul etmiş<sup>797</sup> ve şahsi statünün sınırlarını dolaylı olarak belirlemiştir. Adın değişmesinde aile hukuku ilişkisine<sup>798</sup> uygulanan hukukun hâkim kılınmasını savunan görüş uyarınca ailede soyadı birliğinin sağlanabileceği şeklindedir, bu durumda kadın erkek eşitliği de göz ardı edilmemelidir<sup>799</sup>.

Çocuğun soyadının belirlenmesi velayet hakkının kapsamında ele alınmayarak doğrudan soybağı ilişkisine bağlanmıştır<sup>800</sup>. Türk milletlerarası özel hukukunda, çocuğun soyadına uygulanacak hukukun tespiti, ada uygulanacak hukukun tespitinde olduğu gibi MÖHUK'un 17. maddesi kapsamında olduğu görüşü yer almaktadır<sup>801</sup>.

<sup>794</sup> Deniz Ergene, 'İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının Ve Çocuğun Soyadı Meselesi Ve Medenî Kanun'da Değişlik Önerisi'(2011) 31 (2) MHB 123, 125.

<sup>795</sup> Oğuzman and Barlas, *Medenî Hukuk* 152, Pierre Blondel, *Étude Juridique sur le Nom Patronymique* (1st edn, J.B. Sirey ve Larose & Forcel Yayınları 1905) 174, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s. 100, Dural, Öğüz and Gümüş, *Kişiler*, s. 156; Detaylı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk' (2017) 66 (2) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 461, 465.

<sup>796</sup> Ergene, 125.

<sup>797</sup> Nomer, *DHH 2021* 228ff.; Tekinalp and Uyanık Çavuşoğlu, *MÖH 2011* 154; Çelikel and Erdem, 208ff.; Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 4; Uluocak, 41ff.; Uyanık Çavuşoğlu, 92; Doğan, 302ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 141ff.

<sup>798</sup> Uluocak, 40; Doğan, 302ff.; Nomer, *DHH 2021* 228.

<sup>799</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/18-2352 K. 2015/1710 T. 19.06.2015 < <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-E.%202013-18-2352.htm>> Erişim Tarihi. 02.01.2021.; Arning Pürselim, s.146; Uluocak, 40; Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergene, 126.

<sup>800</sup> Başak Başoğlu, 'Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi' ( 2017) 8 (1)İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- 351, 352.; Akipek, Akıntürk and Ateş, 419, Baygın, 97.; Tuba Birinci Uzun, 'Aile Soyadı Çıkmazı – Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi' (2016) (4)Ankara Barosu Dergisi, 99,107.; Dural and Öğüz 169, Pelin İşintan, 'Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?' (2012/1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 265, 266.; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir, 113.; Öztan, *Aile Hukuku* 1011, Serozan, *Medeni Hukuk* 482.; Sevgi Usta, *Velayet Hukuku* (Velayet Hukuku) (1st edn, On İki Levha Yayınları 2016) 203.

<sup>801</sup> Tekinalp and Uyanık Çavuşoğlu, *MÖH 2011* 223; Nomer, 273; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 140; Çelikel and Erdem, 209.; Pürselim Arning, 142, 210.

Genel olarak soybağının hükümlerine uygulanacak hukukun çocuğun aile adı (soyad) üzerinde de yetkili olduğu kabul edilmektedir. Öğretide genel görüş böyle olmakla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre EGBGB'nin 10. maddesinin evlilik içinde, evlilik dışında doğan çocuk ayrımı yapılmaksızın ada (öz ad ve soyad) uygulanacak hukukun, kişinin milli hukuku olarak belirlenmesinin de kabul edilebileceği belirtilmelidir. Soyad meselesi soybağı veya evlilik/boşanma statüsüne değil, doğrudan ehliyet statüsü (MÖHUK m. 9) kapsamında ele alınması gerekmektedir. Bu görüşün temel gerekçesi, bir kişinin ad ve soyadının doğrudan kendi milli hukukuna göre belirlenmesi zaruretidir. Örnek ile somutlaştırdığımızda, bir Türk çocuğun soybağı/evlenme/boşanma statüleri gereği yabancı annesinin soyadını alması ve böylece Türk aile kütüğüne annesinin soyadıyla kaydolması mümkün müdür<sup>802</sup>? Çocuğun Türk baba ile soybağı kurulduğunda Türkiyedeki kayıtlara babasının Türk soyadı ile kaydedilmesi, yurtdışında anne babanın aile soyadı olarak annenin yabancı soyadını seçmesi halinde o ülkede yabancı soyad ile mi kaydedilecektir?

Çocuğun soyadı hususunda modern hukuk düzenlemelerinde de kabul edildiği üzere evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımı bulunmamaktadır<sup>803</sup>. Somut vakada uygulanacak hukuk Türk hukuku ise soyadının belirlenmesi bakımından sorun yaşanmayacaktır. Fakat çocuğun bir hukuka göre evlilik içi başka bir hukuka göre evlilik dışı doğmuş olması ihtimalinde, soyadının belirlenmesinde sorun çıkabilmektedir. Bu nedenle önce ön sorun çözümlenerek esas mesele yabancı hukuka tabi ise ön sorunun soybağına ilişkin olan esas meseleden bağımsız olarak yani hâkimin kanunlar ihtilafı kuralına göre çözümlenmesi bazı hallerde tercih edilebilir<sup>804</sup>.

MÖHUK'un 17. maddesine göre anne, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku tespit edilmelidir, ancak çifte vatandaşlık hallerinde MÖHUK'un 4/b maddesi dikkate

---

<sup>802</sup> Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği RG. 09.05.2020/31122.

#### İKİNCİ BÖLÜM

Aile Kütüklerinin Tutulmasına İlişkin Esaslar

Aile esası

MADDE 9-“(1) Aynı aileye mensup kişiler bir aile kütük sıra numarası altında kaydedilirler.

(2) Ailenin çocukları, erkeklerin eş ve çocukları ile kadınların evlilik dışı dünyaya gelmiş çocukları, aynı aile sıra numarası altında yazılırlar.

(3) Aile bireylerinden birinin sonradan soyadını değiştirmesi bu haneden çıkarılmasını gerektirmez.”

<sup>803</sup> Sommer, 64ff.

<sup>804</sup> Tekinalp and Uyanık Çavuşoğlu, *MÖH 2011* 238.

alınmalıdır. Çifte vatandaşlığı olan bir baba veya ana varsa ve vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise, Türk vatandaşlığını esas almak müşterek hukukun oluşmamasına neden olabilir. MÖHUK 4/b maddesinde aksi öngörülmedikçe ibaresine yer verilmiştir. Bu durumda MÖHUK'un 17.maddesindeki düzenleme aksi öngörülmüş bir hal olarak kabul edilebilir ve ilgililerin müşterek şahsi statüye sahip olmasındaki yarar dikkate alınabilir<sup>805</sup>. Burada çocuğun yararından hareket edildiği söylenebilir. Anne baba ve çocuğun müşterek şahsi statüsünün çocuğun yararına olacağı düşünülmektedir. Müşterek milli hukuku bulunmayan anne, baba ve çocuğa, müşterek mutata mesken hukuku uygulanacaktır. Yukarıda da anlatıldığı üzere mutata mesken<sup>806</sup> milletlerarası özel hukuk uygulamasında<sup>807</sup> çocuğun üstün yararı bağlamında en çok tercih edilen bağlama noktası olduğundan MÖHUK bu düzenlemesi bakımından çocuğun yararını dikkate almıştır.

Müşterek mutata mesken hukuku da bulunmuyorsa, soybağının hükümleri, soybağı hangi devlet hukukuna göre kurulmuş ise, o devletin hukukuna göre tespit edilecektir<sup>808</sup>. Diğer yandan, İsviçre IPRG 37<sup>809</sup>. maddesi uyarınca, ada uygulanacak hukuk kişinin mutata mesken hukukuna bağlanmıştır, doğumla kazanılan soyadına da bu yer hukuku uygulanacaktır. Soybağının kuran ülke hukukunun her zaman çocuğun yararına olması mümkün değildir. Nitekim MÖHUK kanun hükmünün amacı çocuğun soybağının kurulması olup soybağının hükümleri bakımından çocuğun yararının dikkate alınmadığı tartışmaya değer bir husustur.

Türk maddi hukukunda da yukarıdaki açıklamalara paralel olarak anne ve baba dışında ilk bağlama kuralı olarak çocuğun hukukunun tercih edilmesi milletlerarası özel hukuk

---

<sup>805</sup> Nomer, *DHH 2021* 229ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 140.

<sup>806</sup> Detaylı bilgi için bkz. Toker, 7ff.

<sup>807</sup> İsviçre IPRG 37. maddesi uyarınca, ada uygulanacak hukuk kişinin yerleşim yeri olarak kabul edildiğinden, doğumla kazanılan soyadına da bu yer hukuku uygulanacaktır.

<sup>808</sup> Pürselim Arning, 200; Nomer, *DHH 2021* 280.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 183; Doğan, 348; Tekinalp and Uyanık Çavuşoğlu, 223; Çelikel and Erdem, 276.

<sup>809</sup> Madde 37 IV. İsim / 1. ilke

IV. İsim

1. İlke

1 İsviçre'de ikamet eden bir kişinin adı İsviçre yasalarına tabidir; Yurt dışında ikamet eden bir kişinin adı, ikamet ettiği ülkenin kanunlar ihtilafının atıfta bulunduğu kanuna tabidir.

2 Bununla birlikte, bir kişi adının ulusal hukuka tabi olmasını talep edebilir.

hakkaniyetini tesis edilebilecek; ancak Türk Medeni Kanunu'nun 173<sup>810</sup>. Maddesinden kaynaklanan maddi hukuk problemini çözemeyecektir.

Avrupa Birliği ülkeleri düzenlemelerinde kadının evlenmesi ile soyadı değişikliğe uğramamakta, eşler istemde bulunursa kadın veya erkeği soyadı "aile adı" olarak belirlenebilmektedir. Çocuğun soyadı hususu ise seçilen aile soyadı ya da babanın soyadı şeklinde tercihe bırakılmıştır<sup>811</sup>. Yargıtay da soyadına ilişkin kararlarında çocuğun üstün yararını ölçüt olarak değerlendirmektedir. Velayeti altındaki çocuklara kendi soyadını vermek isteyen annelerin açtığı davalarda Yargıtay; soyadın değiştirilmesinde çocuğun üstün yararını aramıştır.

Yargıtay'ın 12.11.2018 tarihli kararında<sup>812</sup>; annenin çocuğun soyadını değiştirmesine ilişkin dava açabilir. Kararda; *"Çocuğun üstün yararı gereği, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı<sup>813</sup> çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir."* denilmiştir.

Yargıtay bir başka kararında da soyad değişikliğinde çocuğun üstün yararının ispatına ilişkin bir tespitte bulunmuştur. Karşı oy yazısında, "davacının soyadının değiştirilmesinin çocuğun üstün yararına uygun olduğunu ispatlayamadığını, mahkemenin davayı kabul gerekçesinde de bu hususta bir tespitte yer verilmemiştir. Bu itibarla davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü doğru değildir." şeklinde açıklama yapılmıştır.

---

<sup>810</sup> TMK madde 173:

*"Boşanan kadının kişisel durumu*

*Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.*

*Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir. Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir."*

<sup>811</sup> Demet Özdamar, *Cedaw Sözleşmesi* (1st edn, Seçkin Yayınevi 2009) 339.

<sup>812</sup> Ergene, 123ff.; Yargıtay 2 HD, E. 2017/1097 K. 2018/12772, 12.11.2018.

<sup>813</sup> Evlenmeden önceki soyadı olarak kullanılmasının daha yerinde olacağı kanısındayız.

Evlat edinme, soybağının sahih olarak evlat edinilen ile evlat edinilen arasında sözleşme ile kurulan bir aile ilişkisi olduğundan<sup>814</sup> evlatlık çocuğun soyadı, evlatlık ilişkisinde önem arz etmektedir<sup>815</sup>. Anayasanın 90. madde ve MÖHUK'un 1/2. maddesinden hareketle öncelikle milletlerarası sözleşmeler uygulanacaktır. Taraf olduğumuz sözleşmeler bakımından evlatlık çocuğun adı konusu özel olarak düzenlenmemiş, 01.09.2011 tarihinden beri uygulamada olan Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi 11/3.maddesinde evlatlığın soyadı düzenlenmiştir. Ancak Türkiye bu Sözleşme'ye taraf değildir, taraf olduğumuz Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi olmak üzere diğer milletlerarası sözleşmelerde de evlatlığın soyadına uygulanacak hukuku düzenleyen özel bir kural bulunmamaktadır. Bu durumda MÖHUK'un 18/3. maddesi hem evlatlığın adına hem de soyadına uygulanacak hukuku tespit edecektir<sup>816</sup>. Evlatlığın soyadına evlat edinenin mili hukuku, eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde ise, evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuk uygulanacaktır. Evlat edinme ilişkisinin sona ermesi halinde de evlatlığın soyadına uygulanacak hukuk olan MÖHUK'un 18/3. maddesi, eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde de evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuk, evlatlık ilişkisinin sona ermesi halinde evlatlığın soyadını belirleyecektir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması durumunda evlat edinilmeden önceki soyadını almasının çocuğun yararına olup olmadığı tartışmalıdır. Böyle bir durumda soyadı hususunda kamu düzeni konusuna değinilmelidir. Örneğin evlatlığın bir hukuka göre iki soyad, diğer hukuka göre tek soyad taşıması kamu düzenini ihlal edecek midir?<sup>817</sup> Örneğin bu konuda Türk öğretisinde, evlatlığın yeni soyadına eski soyadını ekleyerek kullanmasının, kanunun ruhuna uygun olduğu görüşü bulunmaktadır<sup>818</sup>. Evlatlık, evlat edinilmeden önce taşıdığı aile soyadını kaybetmemekte, evlatlık ilişkisi sona erdiği takdirde eski soyadına geri dönebilmektedir<sup>819</sup>. Gerçi Yargıtay'ın 15.09.2011 tarihli

<sup>814</sup> Doğan, 53; Giray, 333; Ahmet Cemal Ruhi, *Evlat Edinme* 30.

<sup>815</sup> Gelgel, *Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* 3; Musa Aygül, 'Evlat Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kazanılması ve Kaybedilmesi' (2012) (99) TBBD 45, 46ff.

<sup>816</sup> Giray, 335.; Özüğür, 325.; Doğan, 352; Tekinalp and Uyanık Çavuşoğlu, *MÖH 2011* 232; Nomer, *DHH 2021* 287ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 223ff.; Çelikel and Erdem, 320.

<sup>817</sup> Henrich, Wagenitz and Bornhofen, 50.

<sup>818</sup> Aytakin Ataay, *Şahıslar Hukuku: Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar*, 3rd edn İstanbul Üniversitesi Yayınları 1978) 183ff.; Reşat O Atabek anı Ferit H. Saymen, 'Le Nom Des Personnes Dans Les Codes Civils Suisse Et Turc' (1936) 2 (0) Journal of Istanbul University Law Faculty, 250, 251 ff.

<sup>819</sup> Ataay, s.184'den naklen Atabek, s.89.

kararında<sup>820</sup> erkeğin soyadının yanına başka soyad eklenemeyeceği nedeniyle davanın kabulüne karar verilmesini mevzuata aykırı bulmuştur. Davacı, dava dilekçesinde Tokgöz soyadına ikinci bir soyad olarak Sauerbrey'i eklemek istemiş, mahkeme davanın kabulüne karar verilerek kesinleşmiştir. Evlatlığın yeni soyadının yanına eski soyadını ekleyerek kullanılmasının evlatlığın yararına olup olmayacağı her somut olayda farklılık gösterecektir. Evlat edinilen çocuk hayata yeni bir başlangıç yapan ve o yaşa kadar yaşadıklarını hatırlamak istemiyor ya da başka nedenlerle kullanmak istemeyebilir. Hal böyle iken çocuğun psikolojik ve fiziksel iyilik hali için eski soyadını kullanmak yararına olmayacaktır. Bahsi geçen kararda kişinin soyadının yanına başka bir soyad ekleyememesinin gerekçesinin evlatlığın yararı bakımından değerlendirilmeyip, evlat edinilen erkeğin iki soyadı taşımasının Soyadı Nizamnamesine dayandırılarak cinsiyet temelli bir gerekçe sunulmasının yerinde olmadığı kanısındayız.

Çocuğun yararı bağlamında çocuğun eski soyadına dönmesi çocuğun yararına olmayacaksa, çocuk evlatlık ilişkisi ile kazandığı soyadını kullanabilir mi? Ya da çocuğun hayatı boyunca kazanmış olduğu, diploma, sertifika, staj, iş başvurusu gibi belgelerde evlatlık sonucu kazandığı soyadınının bulunması halinde çocuğun yararı dikkate alınarak, evlatlık ilişkisi sona erse dahi bu soyadını muhafaza edebilecek midir? Çocuğun yararı ile aynı zamanda evlatlık alan ailenin yararının çatışmaması, evlatlık ilişkisinin nasıl sona erdiği durumları göz önüne alınarak somut olay bazında değerlendirilmelidir. Eğer çocuğun evlatlık alınması ile adı ve soyadı değişmiş ise evlatlık ilişkisinin sona ermesi ile çocuğun adının soyadının değişmesi bazı durumlarda çocuğun aleyhine olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında<sup>821</sup>, “soyadının kişilik haklarından olmasının ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına” gelmediği, “kanunkoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa’ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir yetkisi bulunduğunu” belirtmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu “kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge” kurmaktadır. Zira ülkeler

<sup>820</sup> Yargıtay 18 HD, E.2011/7038, K.2011/8854, 15.09.2011. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) Erişim Tarihi.01.02.2021; Tarman and Onay, ‘Evlat Edinme’ 483.

<sup>821</sup> AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 12-14.

soyadı üzerindeki haklarının kişilik haklarından kabulüne ilişkin düzenlemeler yapılmakta ve ABAD'ın bu yönde kararları bulunmaktadır<sup>822</sup>. kişisel haklar olduğu doğrultusunda yeni düzenlemeler yapmaktadır<sup>823</sup>. Bu nedenle çocuğun yararı ile kamu yararı arasında menfaatler dengesine uygun kararlar verilmesi gerektiği kanısındayız.

#### ***d. Değerlendirme***

Soybağının hükümlerine giren tüm konular; aile adı ve velayet ilişkisinin doğuracağı tüm hak ve ödevler uygulanacak hukukun kapsamına dâhildir. Yukarıda da değinildiği üzere özellikle yabancılik unsuru barındıran uyuşmazlıklar bakımından boşanma sonucu çocuk ile annenin farklı soyadlara sahip olması milletlerarası alanda sorunlara yol açabilmektedir.

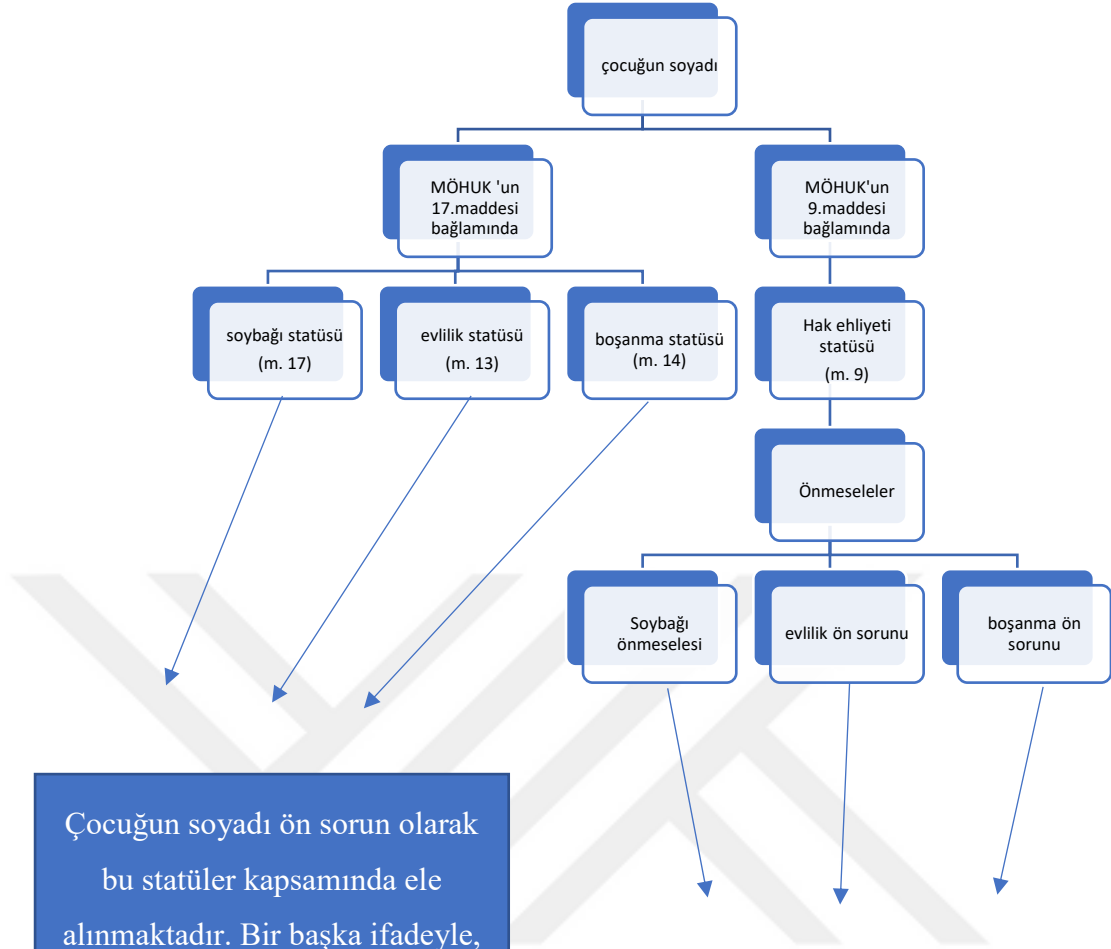
Katıldığımız görüşe göre öz ad ve soyad konusunun doğrudan MÖHUK'un 9. maddesinde değerlendirilmesi gerektiğidir. Soyad özelinde açıklayacak olursak yabancı küçük bir çocuğun soyadı üzerinde uyuşmazlık yaşandığında Türk hâkimi bu uyuşmazlığı hangi hukuku uygulayarak çözüme kavuşturacak? Eğer MÖHUK'un 17.maddesi bağlamında incelersek soybağına, evliliğe, boşanma statüsüne uygulanacak hukuka göre, MÖHUK'un 9.maddesi bağlamında incelenirse hak ehliyeti statüsüne göre uygulanacak hukuka göre karar verilmelidir. Aşağıda da tablo şeklinde belirttiğimiz üzere; çocuğun soyadı birçok statüden etkilenebilecek, ön sorun olarak bu statüler kapsamında ele alınacaktır. Diğer yandan hak ehliyeti statüsü bağlamında sabit statüde incelenecektir. Bu noktada çocuğun yararına olacak statüye göre uygulanacak hukukun tespiti gibi bir öneri getirilebilir. Hâkim her statüye göre belirlenecek hukuku tespit ederek çocuğun yararının gözetilmesi önerisi hâkime külfet yükleyebilecektir. Çocuğun yararının bu durumun üstesinden gelip gelmeyeceği tartışılmaya değer bir husustur. Aşağıdaki tabloda bu durum açıklanmıştır<sup>824</sup>.

---

<sup>822</sup> Kleiner, 42.; Carlos Garcia Avello c. Belçika, 2 Ekim 2003 tarihli, C-148/02 sayılı, Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı, parag. 40-42.; , Leonhard Matthias Grunkin-Paul c. Almanya, 14 Ekim 2008 tarihli, C-353/06 sayılı, Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı, parag. 8.

<sup>823</sup> Ergene, 126.; Kleiner, 42.

<sup>824</sup> Tablo 1.



Çocuğun soyadı ön sorun olarak bu statüler kapsamında ele alınmaktadır. Bir başka ifadeyle, soybağı, evlenme veya boşanmaya uygulanacak hukuk çocuğun soyadını da belirleyecektir.

**Sorun**  
 Ön sorunlar kendi statüsüne (*lex causae*) göre mi yoksa asıl mesele olan soyad meselesine, yani hak ehliyeti statüsüne (*lex fori*) mi tabi tutulacak?



Sonuç olarak, gelişen ve değişen dünyada, kişilerin yararları da değişkenlik göstermekte ve daha fazla korunmaya muhtaç hale gelmektedir<sup>825</sup>. Özellikle çocuğa ilişkin yabancı unsurlu bir ihtilafta daha hassas davranılarak ad ve soyadına uygulanacak hukukun tespitinde “kişilerin ad ve soyadlarının değişmezliği ve devamlılığının korunmasında” sadece kişinin değil çocuğun yaşadığı toplumun da birçok menfaati bulunduğu yadsınamaz bir gerçektir. Kişinin adı ve soyadı kişiye ayırd edici özellik<sup>826</sup> biriciklik kattığından düzenin korunmasına da hizmet eder. Bu yönüyle ad soyad, toplumda belirlilik, istikrar ve düzen sağlar<sup>827</sup>. Ezcümle, kişinin adı ve soyadı kişiye sıkı surette bağlıdır<sup>828</sup> ve çocuğun adı ve soyadı vazgeçilmez unsurlardır. Bu nedenle çocuğun farklı statülerden etkilenmesini engellemek adına çocuğun adı ve soyadının milli hukuku kapsamında değerlendirilmesinin çocuğun yararına olacağı kanısındayız.

### C. Çocuğun Vesayeti

Çocuğun vesayeti, çocuğun velayet altında olmaması durumunda söz konusu olmaktadır. MÖHUK'ta, özel olarak çocuğun vesayetine uygulanacak hukuku gösteren açık bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır. Çocuğun vesayetine ilişkin özel bir bağlama kuralı getirilmemiş; vesayet, kişinin yani çocuğun milli hukuku, mutat meskeni ve Türk hukuku gibi bağlama noktaları ile düzenlenmiştir<sup>829</sup>.

---

<sup>825</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanununun getiriliş nedenlerinden birisi de budur. Bu maddeye göre Kanunun amacı:

- Kişisel verilerin işlenmesinde, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak,
- Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek (disiplin altına almak),
- Kişilerin mahremiyetini korumak,
- Kişisel veri güvenliğini sağlamak olarak sayılabilir.

<sup>826</sup> Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir, *Kişiler* 100, Dural, Ögüz and Gümüş, *Kişiler*, 156, 158.; Yıldız Abik, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı* (1st edn, Seçkin 2005) 49.

<sup>827</sup> Larenz K and Wolf M, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9th edn Verlag C.H Beck 2004) 119, Blondel, 105.

<sup>828</sup> Blondel, 106, 130.

<sup>829</sup> İlyaz'dan naklen: s.152. Vesayet kararı verilmesi veya sona ermesine uygulanacak hukuk konusunda, vesayet altına alınanın millî hukuku ya da yerleşim yeri hukuku veya mutat meskeni hukuku vesayet makamlarının tâbi olduğu hukuk da bağlama noktası olarak tartışılmaktadır.

Çocuğun vesayet altına alınması ve çocuğun mallarına kayyım atanmasına uygulanacak hukuk “vesayet, kısıtlılık ve kayımlık” başlıklı MÖHUK’un 10.maddesinde düzenlenmiştir.

MÖHUK’un 10.maddesi aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

*“1-Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir.*

*2- Yabancıнын millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutlak meskeni Türkiye’de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır.*

*3- Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbidir.”*

İlgili hükümden de anlaşıldığı üzere vesayet altına alınacak kişi çocuk ise MÖHUK uygulama alanı bulmaktadır. MÖHUK’un ilgili hükmünün incelenmesine geçmeden önce ilgili milletlerarası sözleşmelere değinilecektir. MÖHUK’un 1/2. maddesine göre öncelikli olarak milletlerarası sözleşmeler uygulanacaktır. MÖHUK, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi<sup>830</sup> ile 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamı dışında uygulanacaktır. Çocuğun vesayetinin kaldırılması ve sona erdirilmesi taleplerine Türkiye’nin taraf olduğu 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin kurulması veya verilmesi Sözleşme’nin 4/a hükmüne göre kapsam dışı bırakıldığından

---

<sup>830</sup> Alman mahkemelerinin Türk çocukları hakkında anne ve babalarının velayet hakkını kullanırken başvurdukları şiddet eylemini “küçüğün şahsını ciddi tehlikeye maruz kalıcı bir neden kabul ederek, küçüğün velayet hakkını ana babadan alarak, çocukları Alman aileler yanına yerleştirmiş ya da ona vasi tayin etmişlerdir. Detaylı bilgi için bkz. Ünal, 84ff.; Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 78.

vesayetin kurulması veya verilmesini gerektiren sebepler hakkında MÖHUK'un 10.maddesi uygulama alanı bulacaktır<sup>831</sup>.

Çocuğun vesayet altına alınması, çocuğun ehliyetine ilişkin bir konu olduğundan onun kişisel menfaati ile yakından ilgili olduğu açıktır<sup>832</sup>. Türk hukukuna (*lex fori*'ye) göre yapılan vasıflandırmada çocuğun vesayeti Türk hukukunda aile hukukuna<sup>833</sup> ilişkin nitelendirilmektedir. Bu nedenle şahsın hukukuna değil aile hukuku müessesesi kapsamına gireceğinden yetkili hukukun maddi hukuk hükümleri değil, MÖHUK'un 2/3.maddesi gereği kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır<sup>834</sup>. Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun vesayeti aile hukuku kısmında düzenlendiğinden aile hukuku olarak vasıflandırılacağı görüşünün aksine önemli olanın- son kertede- nerede düzenlendiği değil nasıl düzenlendiği, nasıl bir müessese oluşturulduğudur. Nitekim çocuğun vesayeti de vesayet kurumu altında konumlandırılmalı ve MÖHUK'ta da vesayet kurumu için özel bağlama kuralı öngörülmüştür. Öngörülmemiş olsaydı o zaman doğan boşluğu MÖHUK'un 9. maddesi veya MÖHUK'un 13-14. maddesi kapsamında ele alınacağı, ya da hukuk yaratarak tümüyle yeni bir bağlama kuralı ve maddi çözüme mi girişileceği tartışılabilirdi. Bu durumda çocuğun yararının dikkate alınmadığını söyleyebiliriz. Hâlbuki çocuğun vesayetinin çocuğun kişisel yararı ile doğrudan ilgili olduğu açıktır ancak bu durumda atıf uygulanmasının çocuğun yararına olup olmayacağı tartışmalıdır<sup>835</sup>. Çocuğun vesayetinin vasıflandırılması hususunu yukarıda vasıflandırma konusunda yazdıklarımızı tekrar etmekten kaçınma amacıyla bu incelemelerimize atıf yapmakla yetinilecektir.

Belirtilmelidir ki çocuğun vesayet altına alınması doğrudan fiil ehliyetini ilgilendiren bir durumdur ve fiil ehliyeti genel düzenleme olup her ne kadar doğrudan çocuk için düzenlenmemiş de olsa vesayet özel olarak düzenlenmiştir. Bu noktada MÖHUK'un 9.maddesi yerine özel hüküm olması hasebiyle MÖHUK'un 10.maddesinin uygulanması

---

<sup>831</sup> Çelikel and Erdem, 217.

<sup>832</sup> Can and Tuna, *MÖH* 339; Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 75.

<sup>833</sup> Türk hukukunda çocuğun vesayeti, Türk Medeni Kanunu'ndadüzenlenmiştir. İsviçre Hukukunda Vesayet düzenlemesi için bkz. Bkz. Helvacı, 625.

<sup>834</sup> Öğretide doğrudan vesayet belirtilmese de soybağının tesisinde atfın uygulanmaması gerektiği önerilmekte ve eleştirilmektedir. Bkz. Dardağan-Kibar (n 69) 550; Uyanık-Çavuşoğlu, 'Soybağı' 319.

<sup>835</sup> Çocuğun vesayeti aile hukuku bölümünde, değerlendiren eserler için Bkz. Vahit Doğan: *Milletlerarası Özel Hukuk* (6.Baskı, Savaş Yayınları, 2020) s.360 vd.; Nomer, *DHH* 2021, s. 293 vd.; Tekinalp and Uyanık, 195ff. : Giray, *Çocuğun Vesayeti*, s.363 dn.34'den naklen.

yerindedir. Bağlama noktası olarak milli hukukun tercih edilmesi fiil ehliyetinin yansımasıdır.

MÖHUK'un 10.maddesinde özel olarak çocuğun hangi andaki milli hukukunun yetkili olacağı düzenlenmemiştir. Bu nedenle MÖHUK'un 3. maddesi devreye girecek dava tarihindeki çocuğun milli hukuku dikkate alınacaktır. Çocuğun vesayetini gerektiren sebepler için bağlama noktası olarak çocuğun milli hukuku tercih edilmiş ancak MÖHUK'un 10/2. fıkrası hükmü ile "çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararı verilemiyorsa çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması koşuluyla Türk hukukuna göre vesayet kararının verilebilmesi" mümkün kılınmıştır<sup>836</sup>. EGBGB'nin 24.maddesinde de<sup>837</sup> yabancı kişinin Almanya'da mutad meskeni bulunsun bulunmasın, Alman hukukuna<sup>838</sup> göre vasi atanabileceği şeklindedir. Alman hukuku Almanya'da mutad mesken bulunma şartına bağlamamıştır. MÖHUK ise bu hükmü ile çocuğun yararının gözetildiğini, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren bir durum varsa bunun sağlanabilmesi için mutad meskeninin Türkiye'de bulunması halinde Türk hukukuna göre vesayet kararının verilebilmesi mümkün kılmıştır. Diğer yandan MÖHUK'un 10/2.maddesinin lafzından çocuğun mutad meskeni Türkiye'de bulunuyorsa çocuk hakkında vesayet kararının verilmesi ya da verilmemesi hâkimin takdirindedir. Çocuğun vesayet altına alınması gerektiren bir neden varsa, çocuk vesayet altına alınmadığı takdirde bu durum çocuğun aleyhine olacaktır. Takdir hakkının niteliği ve doğuracağı sonuçlar ne kanunlar ihtilafı hukukunun amacı ne de çocuğun yararı ile bağdaşmaktadır. Çocuğun vesayet altına alınması hukukiliğinin yanında çocuğun üstün yararı ile doğrudan ilgilidir ve kamu düzeni bu hususta da koruma kalkanı görevindedir. Hâkimin takdir yetkisi sonucu mahkemelerde yeknesaklık sağlanamayacağı açıktır. İşte bu nedenle MÖHUK'un 10/2. maddesinin lafzının çocuğun yararının gerçekten gözetildiğinden öngörülebilirlik ilkesine de aykırılık

---

<sup>836</sup> Çelikel and Erdem, 215ff; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 132; Doğan 2019 361ff.; Nomer, *DHH 2021*, 293ff; Tekinalp and Uyanık, 197ff.; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008) 190,191; Hacı Can and Ali Gümrah Toker, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2016) 184, 187.

<sup>837</sup> Mutad meskeni veya böyle bir meskeni Almanya'da bulunan yabancı bir ülke mensubu için, Alman kanunlarına göre bir vasi atanabilir.

<sup>838</sup> Detaylı bilgi için bkz. Matthias Frommann, *Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 2010. <[https://www.researchgate.net/publication/295968094\\_Die\\_Wahrnehmung\\_der\\_Interessen\\_Minderjahrig\\_er\\_im\\_vormundschaftsbzw\\_familiengerichtlichen\\_Erkentnisverfahren\\_der\\_freiwilligen\\_Gerichtsbarkeit](https://www.researchgate.net/publication/295968094_Die_Wahrnehmung_der_Interessen_Minderjahrig_er_im_vormundschaftsbzw_familiengerichtlichen_Erkentnisverfahren_der_freiwilligen_Gerichtsbarkeit)> Erişim Tarihi.15.02.2021.

oluşturduğu görüşü bulunmaktadır<sup>839</sup>. Belirtilmelidir ki, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi nedeniyle vesayet ve kısıtlılık kararının kaldırılması sebepleri hakkında MÖHUK'un 10/2. maddesi uygulama alanı bulmayacaktır.

Bu fıkraya ilişkin bir diğer tespit ise “*Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır.*” ifadesinin çocuğun yararı bağlamında incelendiğinde sorunlu olmasıdır. Sadece zorunlu hallerde Türk hukukunun uygulanabilir olmasının çocuğun yararı ile bağdaşmayacağı açıktır. Çocuk, geçici süreliğine Türkiye’de bulunuyorsa ve kendi milli hukukuna göre vesayet altına alınması mümkün değilse ne yapılmalıdır? Devlet çocuğu geçici olarak koruma altına alabilir. Böyle bir durumda çocuğun hukuki koruma altına alınmasında hem hukuki hem çocuğun yararı bulunduğu açıktır. Yabancı devlet vatandaşı küçüklerin vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler varsa, durum önce ilgili konsolosluga bildirilerek gerekli tedbirler alınır. Böyle bir durumda aslında yabancı çocuğun milli hukukundaki vesayet makamları kendi hukuklarına göre vesayet kararı verirler. Zira gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve milli makamların karar almakta geciktiği veya almama kararını bildirdiği hallerde mahalli makamlar gerekli tedbirlere uygun vesayet işleri yürütülecektir<sup>840</sup>. Ancak, çocuğun hukuki koruma altına alınmaması halinde çocukla ilgilenen kimse olmayacak ve telafisi imkansız sonuçlar doğabilecektir. İşte bu nedenle özellikle acil durumlarda çocuğun anne babasını kaybettiği, başka bir ülkede bulunan ya da çocuğun yalnız kalmasının fiziksel, ruhsal olarak mümkün olmadığı bir halde yabancı çocuğun korunması için bir düzenleme getirilmesi önerisine katılmaktayız<sup>841</sup>. EGBGB 24/3<sup>842</sup>. maddesi geçici tedbirleri ve içeriği vesayeti veren devletin hukukuna tabi olacak şekilde düzenlenmiştir. Geçici tedbir kararının verilip verilemeyeceği o ülkenin hukuku karar verecektir.

Yaş küçüklüğü, çocuğun vesayetinde en önemli sebeptir. Yabancı bir çocuğun milli hukuku, çocuğun yaş küçüklüğünün vesayet nedeni olup olmayacağını belirleyecektir. Çocuğun milli hukuku yaş küçüklüğünü vesayet sebebi olarak düzenlememişse ve

<sup>839</sup> Giray, ‘Vesayet’ 395.

<sup>840</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 76.

<sup>841</sup> Giray, ‘Vesayet’ 395.

<sup>842</sup> EGBGB m.24

(3) Geçici tedbirler ile bakımın içeriği ve emredilen vesayet ve vesayet veren devletin hukukuna tabidir.

çocuğun gerçekten vesayet altına alınmasını gerektirecek korunmaya değer bir menfaati varsa çocuğun yararı devreye girebilmelidir. Böyle bir durumda çocuğun mutad meskeni Türkiye’de ise Türk maddi hukuku uygulanacak, küçük çocuk vesayet altına alınabilecektir. En azından çocuğun korunmaya değer yararı için asgari koruma sağlanabilecektir.

Bazı durumlarda bağlama noktalarından hareketle çocuk hakkında vesayet kararı verilemeyebilir. Örneğin çocuğun Türkiye’de mutad meskeninin bulunmadığı ve kendi milli hukukuna göre de yaş küçüklüğü vesayet sebebi olarak düzenlenmemişse çocuk vesayet altına alınamayabilir. Bu durumda çocuğun yaşı, bulunduğu ortam, korunmaya değer yararı çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiriyorsa bu noktada kamu düzeni müdahalesi ile vesayet kararı verilebilecektir<sup>843</sup>.

Türkiye’de bulunan yabancı çocuğun velisi, velayet için gerekli niteliklere sahip olmayabilir<sup>844</sup> ve çocuğun milli hukuku, çocuğun vesayetini imkân vermeyebilir. Böyle bir ihtimalde, istisna hüküm yoluyla çocuğun mutad meskeninin Türkiye olması önem arz etmektedir. Çocuğun mutad meskeni Türkiye’de değilse çocuğun üstün yararı ile kamu düzeni (MÖHUK m. 5) istisnası devreye sokulabilir. Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki her durumda kamu düzeni müdahalesini uygulamak doğru bir yaklaşım değildir. Özellikle çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin kamu hukuku niteliği taşınması nedeniyle söz konusu tedbirleri alacak idari ya da adli makamların kendi ülkelerinin hukukunu uygulaması ile açıklanabilir. Bu kurallar prensip olarak ülkesel nitelikte olduğundan vesayete uygulanacak hukuk fark etmeksizin ülkede bulunan tüm çocuklara uygulanabilecektir. Bu nedenle vesayette kamu düzeni müdahalesinin dar alanda tutularak, yalnızca vesayet statüsünün ülkesel hukuktan başka bir hukuk olarak tespit edilebildiği hallerde söz konusu olması daha doğru olacaktır<sup>845</sup>. Türk maddi hukukundaki vesayet sebeplerinden hareketle yabancı çocuk hakkında vesayet altına alınabilir. MÖHUK’un 10/2.maddesi gereğince “yabancı çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararının verilemediği hallerde, çocuğun mutad meskeni Türkiye’de ise, Türk

---

<sup>843</sup> Giray, ‘Vesayet’ 377.

<sup>844</sup> Bazı ülkelerde, çocuğun velisinin ağır engelli olması, velayeti sona erdiren sebeplerden biri kabul edilmektedir. : Giray, ‘Vesayet’ 378.

<sup>845</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 76.

hukukunun aradığı şartlar gerçekleşmiş ise vesayet kararı verilebilecektir”. Bu durumda çocuğun yararının gözetildiğini söyleyebiliriz.

Çocuğun vesayet altına alınması, çocuğun evlat edinilmesinde olduğu gibi mahiyeti itibarıyla çocuğun lehine olması gereken bir durumdur. MÖHUK’un 10.maddesinin 2.fikrasında yer alan Giray’ın önerdiği “mutat meskeni Türkiye’de ise” ifadesinin değiştirilmesi kanaatimizce de çocuğun yararı bakımından yerinde olacaktır. Zira “mutat mesken” anlamı itibarıyla vesayet ilişkisinin mahiyetine uymamaktadır. Bu nedenle Giray’ın çocuğun sakin olduğu yer ifadesinin kullanılması önerisine katılmaktayız<sup>846</sup>. Özellikle yabancı çocukların yararının gözetilebilmesi açısından vesayet kararının alınabilmesi için Türkiye’de buldukları sürenin mutat mesken için yeterli olmaması halinin de düşünülmesi gerekmektedir. Bu hususun hem Türk vatandaşı hem yabancı çocuklar için gözetilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Çocuk, Türk vatandaşı olup yurtdışında yaşıyor olabilir ve tatile geldiği süre içinde Türkiye’de vesayet altına alınması gerekebileceğinden bu minvalde de değerlendirme yapılmalıdır.

Vesayet konusu doğrudan çocuk ile ilgili olmasa da velayet altında olmayan çocuk vesayet altına alınacağından sonuçları bakımından çocuğun yararı ile yakından ilişkilidir. Bu nedenle çocuğun vesayetine ilişkin MÖHUK’ta açık bir hüküm bulunmamasının bir eksiklik olduğu kanısındayız. Çocuğun yararı ile ilgili olan çocuğun vesayeti için MÖHUK’ta soybağı gibi ayrıca bir düzenleme getirilerek çocuğun yararı en iyi şekilde korunabilecektir.

Tüm bu açıklamalar bağlamında MÖHUK’un 10. maddesinde çocuklara ilişkin özel bir hükmün eklenmesi ve çocuğun yararına değişiklik yapılması önerisine biz de katılmaktayız<sup>847</sup>.

#### **D. Çocuğun İaşesi/Nafakası**

Nafaka mahiyeti itibarıyla zayıf tarafın korunması amacını gütmektedir çocuk da diğer aile üyelerine nazaran bazı durumlarda daha çok korunmaya muhtaçtır. Bu nedenle

---

<sup>846</sup> Giray, ‘Vesayet’ 385.

<sup>847</sup> Giray, ‘Vesayet’ 395.

birçok hukuk sistemi milli hukukları bünyesinde nafaka yükümlülüğünü ve türlerini düzenlemiştir<sup>848</sup>. MÖHUK'un 19. maddesinde<sup>849</sup> de milletlerarası düzenlemelere uygun olarak “alacaklının mutad mesken hukukunu” yetkili hukuk olarak tayin etmiştir. Nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukukun tespitinde, nafaka borçlusunun vatandaşlığı, yerleşim yeri, nafaka alacaklısının mutad meskeni, yerleşim yeri veya vatandaşlığı, nafakanın doğumuna sebep hukuki ilişkinin tabi olduğu hukuk gibi çeşitli bağlama noktaları önerilmiş<sup>850</sup> olsa da nafaka alacaklısının mutad meskeni tercih edilmiştir.

MÖHUK'un ilgili hükmü incelemesine geçmeden önce nafakaya ilişkin milletlerarası sözleşmelere kısmen değinilecektir. Türkiye’de nafaka konusunda birçok milletlerarası sözleşmeye taraftır. 2 Ekim 1973 tarihli “Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”<sup>851</sup>, 2 Ekim 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme, 24.10.1956 tarihli “Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”<sup>852</sup>, 15.04.1958 tarihli “Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Lahey Sözleşmelerine”<sup>853</sup> Türkiye taraftır. Türkiye’nin milletlerarası birçok nafaka sözleşmesine taraf olması nedeniyle MÖHUK’un 19.maddesi sınırlı olarak uygulama alanı bulmaktadır. Bu madde ancak 2 Ekim 1973 tarihli “Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”nin 14.maddesi uyarınca ileri sürülen çekince nedeniyle civar ve sıhri hısımlıktan kaynaklanan talepler bakımından uygulama alanı bulabilecektir.

Nafaka ilişkisinde taraflardan birinin çocuk olma zorunluluğu yoktur. Bu nedenle MÖHUK bağlamında da nafaka sadece çocuğa ilişkin bir düzenleme değildir, çocuk olması hasebiyle özellik arz etmemektedir.

---

<sup>848</sup> Türk hukukunda Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen nafaka (TMK m.118-494), En önemli iki nafaka türü “Bakım Nafakası ve Yardım Nafakası”

<sup>849</sup> MADDE 19 – (1) Nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tâbidir.

<sup>850</sup> Mesut Aygün, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem, Uygulanacak Hukuk, Nafakaya İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi, Nafaka Alacaklarının Tahsili*, (1st edn, Yetkin Yayınları 2016) 25; Doğan, 363.

<sup>851</sup> Her türlü nafaka taleplerini kapsamakta ve bu Sözleşme karşılıklılık aranmaksızın uygulanmaktadır.

<sup>852</sup> RG 24.12.1971/14052

<sup>853</sup> RG 11.01.1873 /14418



Günümüzde yabancı evliliklerin artması nedeniyle artan sınır aşan nafaka uyuşmazlıkları nedeniyle nafakaya ilişkin birçok milletlerarası düzenleme bulunmaktadır<sup>854</sup>. Bu milletlerarası düzenlemeler bağlamında çocuğun yararı korunmaya çalışılmıştır. Bu Sözleşmelerde çocuğun yararı bakımından irdelenmesi gereken bazı hükümler bulunmaktadır. Örneğin 2 Ekim 1973 tarihli “Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi, her türlü nafaka taleplerini kapsamakta ve bu Sözleşme karşılıklılık aranmaksızın uygulanmaktadır. Sözleşmenin uygulama alanı “*Bu Sözleşme, nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dahil, aile, hısımlık, evlilik veya sıhriyet ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülüklerine uygulanır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 3. maddesi de “Sözleşme ile saptanan kanun, âkit olmayan bir Devletin kanunu dahi olsa, hiçbir mütekabiliyet şartına bağlanmaksızın uygulanır.” hükmü ile karşılıklılık şartını aramadan çocuğa karşı nafaka yükümlülüğünü düzenlemektedir. Sonuç olarak Sözleşme, evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımını kaldırarak âkit olmayan devlet olsa dahi karşılıklılık aramadan çocuğun nafaka yükümlülüğünü düzenlediğinden yalnızca çocuk olması hasebiyle çocuğun yararını açıkça gözetmektedir.

24 Ekim 1956 tarihinde Lahey’de akdedilen Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme<sup>855</sup>,ye göre çocuk, “*bu sözleşme mucibince, nesebi sahih, nesebi gayrisahih veya evlat edinilmiş, evli olmayan ve 21 yaşını doldurmamış bütün çocuklar*” şeklinde anlaşılmaktadır. Çocuğun evlilik dışı doğmuş olması ya da evlat edinilmiş olması bu Sözleşme kapsamına girmesine engel teşkil etmeyerek evlilik dışı doğan çocuk ile evlat edinilmiş çocuğun yararı da gözetilmiştir. Ayrıca genel olarak 18 yaş altındaki bireyler çocuk olarak kabul edilirken evli olmayan 21 yaş altındaki kişilere karşı da nafaka yükümlülüğünü düzenleyen Sözleşme kapsamını genişleterek daha çok kişinin yararlanmasını sağlamaktadır. Çocuğun yararının dikkate alınarak düzenlendiği söylenebilir. Sözleşme kapsamına sadece çocukların üstsoylarına karşı ileri sürdükleri nafaka talepleri girmektedir. 1956 tarihli bu Sözleşme’ye ilişkin bir diğer husus da 1973 tarihli Sözleşme’nin aksine sadece taraf devletler arasında uygulama alanı bulmasıdır. Sözleşme’nin birçok ülke tarafından uygulanabilir

<sup>854</sup> MÖHUK madde 1/2 hükmü gereği, nafakaya ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, taraf olduğumuz La Haye Sözleşmeleri MÖHUK’un nafakaya ilişkin hükümlerine nazaran öncelikli uygulama alanı bulacaktır.

<sup>855</sup> RG.24.12.1971/14052.

olmasının çocuğun yararına olduğu açıktır. Her iki Sözleşme de nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukukun nafaka alacaklısının yani burada çocuğun mutad meskeni hukuku şeklinde düzenlemiştir. MÖHUK'un 19.maddesi de bu düzenlemelere paraleldir. Belirtmek gerekir ki her ne kadar yabancılik unsuru taşıyan nafaka ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK'ta ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralına bağlanmış ise de yukarıda da bahsedildiği üzere Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler nedeniyle MÖHUK hükümleri uygulanma alanı daralmıştır<sup>856</sup>.

Nafaka daha önce belirtildiği üzere genel olarak MÖHUK'un iki maddesinde düzenlenmiştir. Lâkin çocuğun nafakasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. MÖHUK'un 14/1<sup>857</sup> maddesi ve yukarıda da belirttiğimiz üzere milletlerarası teamüle uygun olarak düzenlenmiş olan MÖHUK'un 19. maddesidir. Genel bağlama kuralına göre nafaka talepleri MÖHUK'un 19.maddesi uyarınca, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tabi iken özel bağlama kuralı MÖHUK'un 14. maddesinde düzenlenmiştir. Velayet hakkına sahip olmayan ana babanın çocuğa ilişkin masraflara katkı olarak verdiği nafakaya iştirak nafakası, boşanma kararının kesinleşmesine kadar verilen nafaka tedbir nafakasıdır. Çocuğa ilişkin nafaka bakım nafakasıdır. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 21.maddesinde<sup>858</sup> sadece yardım nafakası düzenlenmişti, ancak 5718 sayılı MÖHUK'ta bakım ve yardım nafakası ayrımı kaldırılmıştır<sup>859</sup>.

Soybağının hüküm ve sonuçlarından biri olan bakım nafakası, MÖHUK'un 19. maddesinde düzenlenen nafaka statüsü kapsamında değerlendirilir. Bu statüye göre nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tâbi tutulur.

Esasen soybağının hüküm ve sonuçlarından biri olan bakım nafakası konusu da MÖHUK'un 17.maddesine tâbi değildir; zira bu konu MÖHUK'un "Nafaka" başlıklı 19. maddesinde ayrı bir hüküm ile düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bunun yanında, nafaka

---

<sup>856</sup> Gençcan, 400.

<sup>857</sup> MADDE 14 – (1) Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır

<sup>858</sup> Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un Ön Tasarısında yer alan yardım nafakasına ilişkin hükme ilişkin bilimsel tartışmalar için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu 1978, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, 22- 24 Kasım 1976, s.133-137.

<sup>859</sup> Can and Tuna, *MÖH* 379ff.; Doğan, 364ff.; Şanlı,Esen and Ataman Figanmeşe, 234 dn.239.

konusunda Türkiye'nin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler<sup>106</sup> akdedilmiş olup, bu sözleşmelerden Nafaka Yükümlülüğüne Dair Lahey Sözleşmesi, *erga omnes* uygulama alanına sahip olduğundan, soybağı nedeniyle ortaya çıkan nafaka yükümlükleri hakkında tatbik edilecek hukuku -MÖHUK'un 19. maddesi yerine geçerek-belirmektedir. MÖHUK'un 19.maddesinin uygulama alanı, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler nedeniyle oldukça sınırlıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu milletlerarası sözleşmelerin kapsamı oldukça geniştir ve çocuğun yararına düzenlemeler olduğu açıktır.

Nafaka taleplerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde atıf söz konusu olabilecek iken bazı milletlerarası sözleşmelerde atıf açıkça reddedilmiştir<sup>860</sup>. Doğrudan çocuğun yararına olan nafaka konusunda atfın uygulanabilecek olması bazı durumlarda çocuğun aleyhine sonuç doğurabilecektir. Ancak nafaka mahiyeti itibarıyla çocuğun yararına/ lehine olduğundan kamu düzenini açıkça bozan durumlarda atfın uygulanmasının mümkün olmadığı görüşündeyiz. Örneğin anne, babanın çocuklarına karşı bakım nafakasını hiç tanımayan hukukun, üst soy ve alt soy arasındaki yardım nafakasının hiç düzenlenmediği hukukun, cinsiyet ayrımcılığı yapan hukukun, nafakanın sürekli bir ihtiyaç olması nedeniyle bir defada toplu şekilde ödenmesini öngören hukukun ya da evlilik dışı çocuğun ana veya babasından nafaka talep etme hakkının bulunmadığını öngören hukukun uygulanmasında çocuğun yararı dikkate alınmadığından kamu düzenine açıkça aykırı olacağı aşikârdır. Örneğin 1956 tarihli Sözleşme “eğer çocuğun mutlak meskeni hukuku bu konuda çocuğa bir hak tanımıyorsa müracaat edilen makamın uyuşmazlıkla ilgili mevzuatının gösterdiği kanun kamu düzeni istisnası ile beraber uygulanır (Söz.3-4. Madde). 1973 tarihli Sözleşme'nin 11. maddesinde “Sözleşmenin tayin ettiği kanunun uygulanmasından, ancak, kanun kamu düzeniyle açıkça bağdaşmıyorsa vazgeçilebilir. Bununla beraber, uygulanacak kanunda değişik hükümler bulunsa bile, nafaka borcunun miktarının saptanmasında, alacaklının ihtiyaçları ve borçlunun geliri göz önünde bulundurulur.” hükmü ile düzenlenmiştir.

Nafakaya uygulanacak hukukun MÖHUK hükümlerine göre tespit edildiği durumlarda anne ve babanın çocuklara karşı bakım nafakasını; üst soy ile alt soy arasındaki yardım

---

<sup>860</sup> 1973 tarihli Lahey Nafaka Sözleşmesi

nafakasını hiç düzenlemeyen veya kabul etmeyen, cinsiyet ayrımı yapan yabancı hukukun uygulanması halinde ayrımcılık yapılarak çocuğun yararı gözetilmediğinden kamu düzeni müdahalesi ortaya çıkabilir<sup>861</sup>. Nafaka miktarının az ya da çok olması, Türk hukukunda düzenlenmeyen bir nafakaya hükmedilmesi tek başına kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyecektir. Ayrıca yabancı hukukta, Türk hukukunda öngörülmemiş bir nafakanın bağlanmış olmasının kamu düzeni müdahalesi gerektirmeyeceği kanısındayız<sup>862</sup>. Nafaka uyuşmazlığa uygulanacak yetkili yabancı hukukun nafakanın mutlaka toplu bir defada ödenmesi, evlilik dışı çocuklara anne ve/veya babasından nafaka talebinde bulunma hakkını düzenlemeyen yabancı hukukun çocuğun yararını gözetmediğinden hareketle Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecektir<sup>863</sup>.

Sonuç olarak, milletlerarası sözleşmelere paralel olarak MÖHUK'ta da bağlama noktası olarak mutata mesken belirlenmesi çocuğun yararına olduğu açıktır. Öğretide kesin bir tanımı bulunmayan mutata mesken yalnızca İsviçre IPRG'nin 20/1. maddesinde kişinin belirli bir süre yaşadığı yer olarak belirtilmiştir<sup>864</sup>. Nafakaya uygulanacak hukukun çocuğun yaşamını sürdürdüğü yer hukuku şeklinde düzenleme yapılmasının çocuğun yararına olduğu açıktır. Her durumda çocuğun lehine olmayabileceği gibi nafakanın sınırını da ödeyecek kişinin ekonomik gücü belirlemektedir. Nafaka, nafakayı ödeyen kişinin ekonomi durumuna bağlı olmasının yanında çocuğun yaşamını sürdürdüğü yere göre ihtiyaçları değişebileceğinden bu dengenin kurulması gerekmektedir.

Ayrıca teknolojik gelişmeler de çocuğun hayatını idame ettirebilmesi için gerekli nafakanın tahsilini kolaylaştırmaktadır. Örneğin Lahey Konferansı Daimi Bürosu'nun milletlerarası düzeyde nafakaya ilişkin davaların veya işlemlerin elektronik ortamda yönetimi (iSupport) sistemine ilişkin çalışması ile daha hızlı ve düşük maliyetle sınır ötesi nafaka tahsili sağlanması amaçlanmaktadır.<sup>865</sup>

---

<sup>861</sup> Aygün, *Nafaka* 31.

<sup>862</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukukunda Nafaka*, (Nafaka) (1st edn, Cezaevi Matbaası 1967).

<sup>863</sup> Aygün, *Nafaka* 31.; Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 58.

<sup>864</sup> Işıl Özkan, *Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* 41.

<sup>865</sup> Aygün, *Nafaka* 164.

Son tahlilde yukarıda da bahsedildiği üzere milletlerarası sözleşmelerin kapsamı oldukça geniştir ve birçok düzenlemenin çocuğun yararına olduğu açıktır. Milletlerarası sözleşmelere paralel olarak MÖHUK'ta da bağlama noktası olarak mutata meskenin belirlenmesinin çocuğun yararına olduğu kanısındayız.

### **E. Çocuğun Mirasçılığı**

Mirasa ilişkin düzenleme, MÖHUK'un 20. maddesinde düzenlenmiştir. Şöyle ki:

*“(1) Miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.*

*(2) Mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.*

*(3) Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır.*

*(4) Ölüme bağlı tasarrufun şekline 7 nci madde hükmü uygulanır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir.*

*(5) Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunanın, tasarrufun yapıldığı andaki millî hukukuna tâbidir.”*

MÖHUK'un mirasa ilişkin düzenlemesinde görüldüğü üzere miras doğrudan çocuğa ilişkin bir düzenleme olmayıp genel bir düzenlemedir. Miras düzenlemesinde çocuğun korunmasından ziyade, ölen kişi esas alınmıştır ki böyle bir düzenlemenin yerinde /doğru olduğu düşünülmektedir. MÖHUK'un mirasa ilişkin düzenlemesi çocuk açısından şu şekilde izah edilebilir: MÖHUK'un miras düzenlenmesinde (m. 20) çocuk doğrudan gözetilmemekle birlikte, konuya ilişkin bağlama kuralları sonuçları itibarıyla çocuğu da ilgilendirmektedir. Ayrıca bu kapsamda ortaya çıkabilecek düzenleme boşlukları ve genel meseleler bağlantısında çocuğun korunması gereği de söz konusu olabilir.

Miras düzenlenmesinde çocuğa ilişkin doğrudan bir kural yoktur ancak sonuçları itibarıyla çocuğu ilgilendirmektedir. Çocuk mirasçı statüsünde olabileceği gibi, miras

bırakan statüsünde de olabilir. Ancak çocuğun miras bırakan olması durumunda yararının dikkate alınması hususu önem arz etmeyecektir. Lâkin, çocuğun mirasçı olduğu durumda çocuğun yararı gözetilerek çocuğun korunması gereken durumlar olacaktır. Özellikle yabancı unsurlu miras uyuşmazlıklarında kimin mirasçı statüsünde olacağını ya da ne kadar pay alacağını belirleyen hukuklar farklılık gösterebilecektir. MÖHUK'un 20/1. maddesi uyarınca miras statüsüne uygulanacak hukuk, kanuni veya mansup mirasçıların tespiti, mirasın intikali, miras paylarının belirlenmesi, mirastan mahrumiyet ve mirastan ıskat, ceninin mirasçı olup olmayacağı gibi konularında yetkili olacaktır.

Ölüme bağlı tasarruflarda ehliyet ve şekle ilişkin konular tasarruf hükümlerinden ayrılmakla birlikte ölüme bağlı tasarrufların hükümleri miras statüsünün kapsamı içindedir. Örneğin Türk hukukunda vasiyetname yapabilme ehliyeti için 15 yaşın doldurulmuş olması yeterli iken 16 yaşındaki İsviçreli çocuğun yapmış olduğu miras sözleşmesinin geçerliliği için kendi milli hukukuna bakılacaktır<sup>866</sup>. Zira böyle bir durumda hüküm açıktır. İsviçre Medeni Kanunu'nun 467.maddesinde<sup>867</sup> en az 18 yaşında olan kişinin yapabileceğini düzenlemiştir ve çocuğun yararı ne Türk hukukunda ne de İsviçre hukuku bağlamında dikkate alınmıştır. Nitekim çocuğun yararı dikkate alınarak bu konuda düzenlenen kuralların dışına çıkılması düşünülemeyecektir.

Mirasa ilişkin bazı ön sorunlarla karşılaşılabilir. Ön sorunlar kural olarak miras olayından bağımsız olarak ele alınarak, *lex fori*'nin bağlama kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre çözümlenir. Çocuğun mirasçılığında, soybağı ilişkisinin mevcut olup olmadığı soybağı statüsüne göre değerlendirilir. Evlatlık ilişkisinin varlığı ise evlat edinme kısmında incelendiği üzere evlat edinme statüsüne tespit edilecektir.

Günümüzde gelişen teknoloji sayesinde taşıyıcı annelik yolu ile çocuk sahibi olmak mümkün kılınmıştır. Taşıyıcı annelik<sup>868</sup> kurumunun henüz Türk hukuku ve birçok hukuk düzeninde yasal bir temeli olmaması nedeniyle hem dünyaya gelen çocuk hem

---

<sup>866</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 83.

<sup>867</sup> Madde 467

Makul ve en az 18 yaşında olan herhangi bir kişi kanunla belirlenen sınırlar ve biçimlere göre eski mülkünü elden çıkarmak için vasiyetname düzenleme hakkına sahiptir.

<sup>868</sup> Detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, 'Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar' (2016) 36 (2) MHB, 1, 4ff.; Candan Yasan Tepetaş, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı' (2019) 14 (177-178) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1219, 1223.

biyolojik hem de taşıyıcı anne bakımından birçok sorun çıkmakta ve bu sorunlardan birisi de çocuğun mirasçılığı durumudur. Nitekim mirasa ilişkin bir uyuşmazlıkta taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelmiş çocuğun evlat edinilmesi halinde çocuğun mirasçı olup olamayacağı konusunda çocuğun yararının dikkate alınıp alınamayacağı tartışılmaya değerdir.

Evlat edinilen çocuğun yararının, MÖHUK'un miras hükümlerinde dikkate alınıp alınmadığının tespiti için öncelikle MÖHUK'un 20/1.maddesi bağlamında incelenmelidir. Evlat edinme kararının kesinleşmesiyle birlikte evlatlık, evlat edinenin birinci derece mirasçısı olmaktadır<sup>869</sup>. Evlat edinmeyle oluşan mirasçılık sıfatında bir çekişme yoksa mirasa ilişkin konularda miras statüsü MÖHUK'un 20.maddesi bağlamında belirlenir<sup>870</sup>. Evlat edinmeyle mirasçılık ilişkisinin doğup doğmadığının ya da hangi statü bağlamında inceleneceği öğretide tartışılmıştır.

Evlat edinilenin mirasçılığının MÖHUK'un 18/3. maddesinin kapsamına girip girmeyeceği konusu tartışmalıdır. Bu konudaki bir görüş<sup>871</sup> uyarınca, evlatlık bağının mirasçılık ilişkisi doğuracağı hem evlatlık statüsü hem de miras statüsü uyarınca yetkili hukukların birlikte değerlendirilmesi ile tespit edilmesi şeklindedir. Eğer bu statülere göre mirasçılık hakkı doğuyorsa miras hukukuna ilişkin meseleler miras statüsüne göre çözümlenecektir. Bu konuya ilişkin görüşlerden biri, mirasa ilişkin meselelerin miras statüsüne göre tespiti<sup>872</sup> şeklindedir. Bir diğer görüşe göre ise, mirasçılık evlat edinme statüsüne göre tespit edilmeli ve mirasçılık söz konusu ise, buna ilişkin diğer tüm meseleler miras statüsüne (MÖHUK m. 20) tâbi olmalıdır<sup>873</sup>. Benzer tartışma Alman hukuku bakımından da yapılmış olup EGBGB'nin 22.maddesi mirasçılık sıfatının evlat edinme statüsüne göre belirleneceği düzenlemesini getirmiştir. Evlat edinme ilişkisindeki nafaka yükümlülüğü hususunda mirasçılık konusuna benzer bir çözüm

---

<sup>869</sup> Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku* (Miras), (3rd edn, Yetkin Yayınevi 2016)

<sup>870</sup> Nomer, *DHH 2021* 285.

<sup>871</sup> Tekinalp and Uyanık 232; Aybay and Dardağan 225; Arat, 114 (Aybay and Dardağan s.225'ten naklen). Aksi görüş Uluocak 187; Nomer, *DHH 2021* 287ff.; Berki 109.

<sup>872</sup> Nomer and Şanlı 280; Akıncı and Demir Gökyayla, 141.

<sup>873</sup> Çelikel and Erdem, 320; Tekinalp, 221. Aynı konuda Almanya'da EGBGB. m. 22/II hükmüyle tartışmaya son verilmiştir. Bu hükme göre, evlat edinilen ile evlatlık arasındaki soybağının durumuna EGBGB. m. 22/I uygulanacak, dolayısıyla tarafların birbirlerine mirasçı olup olamaması evlat edinme statüsüne göre belirlenecek, eğer cevap olumluysa mirasçılığın türüne ve kapsamına miras statüsü uygulanacaktır (bkz. von Hoffmann and Thorn, §8, N. 145).

getirilebilir. Buna göre, nafaka yükümlülüğünün tespiti evlat edinme statüsüne<sup>874</sup>, nafakaya ilişkin tüm meseleler ise nafakayı düzenleyen MÖHUK'un 19.maddesine tâbidir.

Mirasa uygulanacak hukukta kız ve erkek çocuğa farklı oranlarda miras payı verilmesi, Anayasa temel eşitlik (Anayasa m.10) ilkesi gereği ya da cinsiyete göre hiç miras verilmemesi söz konusu ise kamu düzeni müdahalesi gelebilir<sup>875</sup>. Ayrıca evlilik dışı çocuğu vasiyet yoluyla mirasçı atayan yabancı kanun hükmünün de kamu düzenine aykırılığı kabul edilemez<sup>876</sup>. Mirasçı olma ehliyetini ortadan kaldıran yabancı hukukun kamu düzenini ihlal edeceği açıktır<sup>877</sup>.

Modern hukuk öğretisi ve kanunlarındaki eğilime göre tam evlat edinme ve çocuğun biyolojik anne babası ile soybağı dahil hiçbir bağının kalmaması şeklindedir. Mevaz kanun İsviçre'de de tam evlat edinme kabul edilerek çocuğun gerçek anne ve babası ile soybağı ilişkisi kesilmektedir. Çocuğun biyolojik anne ve babası ile soybağı ilişkisi kesildiğinde çocuğun miras hakkı olamayacaktır. Türk hukukunda evlat edinilen çocuğun biyolojik anne babaya mirasçılığı devam etmektedir<sup>878</sup>. Nitekim yargıya intikal etmiş bir kararda<sup>879</sup> 6 yaşında Alman bir çifte evlatlık verilen Türk vatandaşı Zülbiye'nin Türkiye ile hiçbir bağı kalmamıştır. Zülbiye adının Jasmine olarak değiştirilmesi talepli dava açılmıştır. Jasmine evlatlık verildiği günden bu yana Almanya'da yaşamaktadır. Zülfiye 20 yaşına geldiğinde Zülbiye'nin biyolojik babası Türkiye'de vefat etmiş ve bir miktar borç bırakmıştır. Almanya'ya Zülbiye'ye yapılan tebligat ile mirasçı olduğunu öğrenen Zülfiye, reddi miras yaparak borcu ödemekten imtina etmiştir. Görüldüğü üzere evlat edinilen Zülfiye'nin biyolojik babasına mirasçılığı devam etmektedir. Ancak Zülbiye'nin biyolojik babası Zülbiye'ye yüklü miktarda miras bırakmış olsaydı çocuğun yararına göre Zülfiye'nin bu mirasa halef olması aşırı yararlanma durumu ortaya çıkaracak mıydı? Böyle bir durumda yalnızca

---

<sup>874</sup> Aynı yönde Çelikel and Erdem, 320.

<sup>875</sup> Uluocak, 152.

<sup>876</sup> Karş. Uluocak, 152.

<sup>877</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 84.; Uluocak, 153.; Osman Fazıl Berki, *Kanuni Miras ve Ölüme Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanun İhtilafları (Miras)* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1960) 48ff.

<sup>878</sup> Şakir Berki, 'Evlat Edinme ve Evlatlığın Mirası' (1952) 9 (3-4) 1, 25ff.

<sup>879</sup> Yayınlanmamış mahkeme kararı Karşıyaka 3. Aile Mahkemesi, 2005/195 E, 2005/287 K.



çocuğun yararı odaklı düzenlemelerin gerçekten çocuğun yararına olup olmayacağı somut olaya göre değişkenlik gösterebileceğinden tartışmaya açık bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Çocuğun korunmaya değer üstün- yararının her somut olayda üst norm olarak dikkate alınacağı ve şemsiye ilke olarak koruyucu olduğu şüphesizdir. Lâkin tarafların menfaatleri çatıştığında çocuğun aşırı korunması adil bir denge oluşmasına engel oluyor ya da olacak ise çocuğun yararının çok geniş yorumlamasının da doğru olmadığını düşünüyoruz. Bu duruma sebebiyet vermemek için biyolojik anne babanın çocuğa mirasçı olma hakkının bulunup bulunmadığı özel olarak düzenlenmelidir.

Evlat edinilecek çocuğun yararı evlat edinme ilişkisindeki şartlardan en önemli ve vazgeçilmez olanıdır. Evlat edinmenin temelinde çocuğun yararı yatmaktadır ve bu ilişki bu zeminde başlar. Temelinde çocuğun büyüüp gelişmesi ve hayatını devam ettireceği bir aileye kavuşma bulunan bu ilişki kamu düzeni ile çok yakından ilgilidir. Bu nedenle, çocuğun yararı ile ilgili her türlü durum etraflıca araştırılmalıdır. Maddî hukuka ilişkin hükümlerin koruduğu menfaatlerden çocuğun yararı, kamu düzeni müdahalesinde önemli rol oynamaktadır.

#### **4.2.4. Diğer Alanlar**

Çocuk korunmaya muhtaç durumu nedeniyle aynen birçok alanda olduğu gibi milletlerarası özel hukuk alanında da doğrudan ve dolaylı olarak korunmaktadır. Doğrudan çocuk ile ilgili olmayan ama çocuk özelinde ortaya çıkabilen alanlarda da çocuğun korunması gereklidir.

Bu başlık altında çocuğun taraf olması muhtemel sözleşmelerde çocuğun korunmasını incelemeye çalışacağız. Çocuk işçi konusu mevzuatta da düzenlendiğinden iş sözleşmesi bakımından çocuğun üstün yararını inceleyeceğiz.

## A. Sözleşme Hukukunda Çocuğun Durumu

Yukarıda da belirtildiği üzere çocuk bir sözleşmenin tarafı olabilir. Sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin genel hüküm sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk başlığı altında düzenlenmiş olan MÖHUK'un 24.maddesidir<sup>880</sup>.

Zayıf tarafın korunması ilkesi açıkça MÖHUK'un 26 ve 27. maddelerinde gözetilerek tüketici ve işçinin korunmasına hizmet eden bağlama kuralları öngörülmüştür. Ayrıca *uygun olanın esas alınması ilkesi (favor laesi)*, MÖHUK'un birçok yerinde dikkate alınmıştır. Bu ilke "*Hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle veyahut iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur*" şeklindedir. Bu noktada çocuğun yararının dikkate alındığı hukukun daha sıkı ilişkili hukuk olabileceği söylenebilecek midir? Gerçi iş ve tüketici sözleşmelerinde zayıf tarafın korunması amacı güdüldüğünden asgari koruma getirilmiştir, ancak MÖHUK'un 24.maddesi bağlamında böyle bir durum yoktur. Zira MÖHUK'un 24.maddesi sözleşmelere ilişkin genel hüküm olup çocuğun bir sözleşmenin tarafı olması, sözleşme ehliyetine sahip olması, sözleşmenin geçerliliği ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken hususlardır. Çalışma kapsamında incelediğimiz çocuklar 18 yaşın altında olup Türk hukuku bakımından fiil ehliyetine sahip olmadıklarından sözleşme yapma ehliyetleri yoktur, ancak velileri veya vasilerinin çocuklar adına yaptıkları sözleşmeler söz konusu olabilecektir ki bu noktada velayet veya vesayet hükümleri devreye girecektir<sup>881</sup>. Bir

<sup>880</sup> "(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutat meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur."

<sup>881</sup> Velâyetin kapsamı, çocuğun temsili meselesini de kapsamaktadır. Velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir. (TMK madde 343/I). Velâyet altındaki çocuğun yasal temsilcisi velâyet hakkına sahip anne ve babadır (TMK madde 342/I). İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler (TMK madde 342/II). Velâyet altındaki çocuk, ayırt etme gücüne sahip olduğu müddetçe, annenin ve babanın rızasıyla aile adına hukukî işlemler yapabilmektedir (TMK madde 344).: Özgenç, 6.

başka deyişle, çocuk ile ana ve babası arasındaki hukuki işlemler velayet hakkı kapsamında kaldığından soybağının hükümlerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 17.maddesinin uygulama alanına girmektedir<sup>882</sup>. Çocuğu zarara uğratma amaçlı yapılan sözleşme velayetin/ vesayetin kötüye kullanılması sorunu doğacaktır. Ayrıca MÖHUK'un 24/4. hükmünde daha sıkı ilişkili hukuk çok açık değildir ama çocuğun sözleşmenin tarafı olması hasebiyle korunması mümkün olabilir. Daha önce yapılan açıklamalara ek olarak belirtilmelidir ki sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş olmalı ki hüküm ve sonuçlarını doğurabilsin. İşte bu nedenle fiil ehliyeti bakımından çocuk için koruma getirilmiştir, ancak çocuğun kendi milli hukuku korumuyorsa çocuğu daha fazla korumak gerçekten gerekli midir?

Çocuğun yararı bağlamında ise sözleşmeyle sıkı ilişkili hukukun çocuk için asgari koruma sağlayan hukuk olabilecek mi sorusuna verilecek cevap olumsuz olmalıdır. Dolayısıyla zayıf tarafın korunması gereken sözleşmelerde asgari koruma şartı getirildiğinden çocuğun korunması için çocuk için özerk, spesifik kurallar getirilebileceğini düşünüyoruz.

## **B. İş Sözleşmesi Bakımından Çocuğun Üstün Yararı**

MÖHUK'ta çocuğun zayıf taraf olması sebebiyle dolaylı olarak yararının gözetildiği alanlardan birisi de çocukların çalışması konusudur. İş hukukuna ilişkin kuralların çocukların korunmasına ilişkin olanlarının çoğu doğrudan uygulanan kurallar niteliğindedir. İş hukukunda doğrudan uygulan kural niteliğinde olan "koruyucu hükümlere" özellikle yaş ve cinsiyet göz önünde bulundurularak yer verildiğinden<sup>883</sup> çocuğun yararı bağlamında çalışma kapsamında incelemeyi uygun bulduk.

Hukuk sistemleri çocuğun çalışmasını özel olarak düzenlemiştir. Çocuğun özelliği sebebiyle çalışan çocuklara ilişkin koruyucu düzenlemeler getirilmektedir. Çalışan çocuklar da yetişkinler gibi işçi statüsünde olabilmekte ve yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak ülke hukukunun tespiti çalışan çocuklar için özellikle önem taşımaktadır. İş sözleşmesi, nitelik itibarıyla diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır. İş

<sup>882</sup> Gençcan, *Aile* 455.

<sup>883</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 110.

sözleşmesi hem özel hukuk hem de kamu hukuku karakterli olup tarafları eşit konumda değildir. Milletlerarası hukukta tekml devletlerin iş ilişkisinde işçiyi koruyan maddi hukuka ilişkin düzenlemeleri olduğu gibi kanunlar ihtilafı kurallarında da iş sözleşmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Nitekim Türk hukukunda iş ilişkisinin zayıf tarafı olan işçinin daha güçlü konumda işveren karşısında korunması gerekliliği hem Türk maddi hukukunda hem de Türk kanunlar ihtilafı hukukunda ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen yetki kurallarında<sup>884</sup> kabul görmüştür.

MÖHUK'un 27/1. maddesinde<sup>885</sup> iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü "sınırlı hukuk seçimi" düzenlenmiştir. Sözleşmede tarafların iradesinin özerkliğinden yola çıkılarak "tarafların hukuk seçmesi" mümkün kılınırken "*işçinin mutat işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kaydıyla*" ibaresi ile hukuk seçimi sınırlandırılmıştır. Maddi olarak daha zayıf konumda olduğu düşünülen işçinin aleyhine bir hukukun seçiminin işveren tarafından dayatılması ihtimali bu madde ile engellenmiştir. MÖHUK'un 27/2. maddesinde işçinin mutat işyerinin bulunduğu ülke hukukunun sağladığı koruma 1. fıkra bakımından asgari düzey olarak kabul edilmiştir. İş sözleşmesine uygulanacak tarafların seçtiği hukuk, çocuk işçinin mutat işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca çocuğa asgari düzeyde koruma sağlayan hukuk olacaktır. Seçilen hukukun uygulanması, işçinin mutat işyeri hukukuna nazaran işçiye daha üst düzeyde bir koruma sağlıyorsa, yapılan hukuk seçimi geçerli kabul edilecektir. Asgari koruma kavramında bahsedilen bu emredici kurallar, objektif bağlama kuralı ile

---

<sup>884</sup> MÖHUK İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları

MADDE 44 – (1) Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaten yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutat meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir.

<sup>885</sup> İş sözleşmeleri

MADDE 27 – “(1) *İş sözleşmeleri, işçinin mutat işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.*

(2) *Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutat olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutat işyeri sayılmaz.*

(3) *İşçinin işini belirli bir ülkede mutat olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.*

(4) *Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”*

tespit edilen hukukun işçiyi koruyucu maddi kuralları olup bu kuralların doğrudan uygulanan kurallar kapsamında olması zorunlu değildir<sup>886</sup>.

Burada özellikle çocuğun yararının dikkate alınarak böyle bir düzenleme yapıldığı söylenemeyecektir. Çocuğun yararını da kapsadığını düşündüğümüz zayıf tarafın korunması bağlamında asgari düzeyde koruma sağlanması halinde yapılan hukuk seçimi geçerli olacaktır. Asgari koruma sağlanmaması halinde tarafların seçtiği hukuk geçersiz olacak ve objektif bağlama kuralı uyarınca yetkili hukuk belirlenecektir.

Birçok milli ve kanunlar ihtilafı kurallarında uygulanacak hukukun tespitinde daha esnek hüküm içeren kaçış kuralına yer verilmiştir<sup>887</sup>. Örneğin Alman hukukunda iradi hukuk seçimine ilişkin sınırlamalar, EGBGB'nin 6, 27/3, 34 maddelerinde kamu düzenini koruma amaçlı düzenlenmiştir. Emredici hükümler ve kamu düzeni ile sözleşmelerde zayıf konumdaki kişilerin korunması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, özellikle menfaatlerin korunması, zayıfın korunması (iş sözleşmesi, tüketici sözleşmesi) gibi EGBGB'nin 29. ve 30. maddelerinden ya da EGBGB'nin 29a maddesindeki normlarla sağlanabilir. Belirtilmelidir ki tüm bu sınırlandırmalar, zayıf tarafın korunması amacıyla getirilmiş ve iradi hukuk seçimini kural olarak engellemez<sup>888</sup>. Hukuk seçimi yapılırken işçinin çocuk olması halinde çocuğun yararının devreye gireceği düşünülebilir.

MÖHUK'un 27/4. maddesi istisna kuralının çocuğun yararı bakımından önem arz ettiğini düşünüyoruz. Son fıkra “bütün halin şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir” düzenlemesi ile hâkime takdir yetkisi tanımıştır<sup>889</sup>. Hâkim, 2. ve 3. fıkrada düzenlenen objektif bağlama kurallarına nazaran daha sıkı ilişkiye sahip bir hukukun bulunduğunu tespit ederse objektif bağlama kuralları uyarınca yetkili kılınan hukuk yerine tespit ettiği daha sıkı ilişkili hukuku uygulama

---

<sup>886</sup> Doğa Elçin, Milletlerarası Unsuurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (1 st edn, Adalet Yayınevi 2012) 94 dn.439. Ayrıca Green Paper on the Conversion of Rome Convention'da işçiler, tüketiciler veya küçükler gibi zayıf tarafın korunmasını amaçlayan kurallardan taraflar bertaraf edemeyecek, milli emredici kurallar devletin sosyal ve ekonomik düzenini korumayı amaçlamaktadır.

<sup>887</sup> Mülga EGBGB m.28/1; IPRG m117/1, Roma 1 Tüzüğü m.8 gibi.

<sup>888</sup> Hohloch, 'Nafaka' 539.

<sup>889</sup> Can, Tuna and Tuna, N., 187;

konusundaki takdir hakkını kullanırken çocuğu yararını da dikkate alıp alamayacağı meselesiyle karşılaşılır. Çocuğun yararı, asgari düzey koruması seviyesinde mi kalmalıdır yoksa çocuğun yararını daha çok gözeten bir hukuk daha sıkı ilişkili hukuk olarak belirlenip istisna kuralı devreye girebilecek midir? Bu takdir hakkının kullanımı ile çocuğun yararının sınırı doğrudan ilgili olup her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Çocuğun yararını daha çok gözeten bir hukuk söz konusu olduğunda daha sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edileceğini ve iş sözleşmesine bu hukukun uygulanabilir olduğunu söylemek çocuğun aşırı yararlanması durumunu yaratacak mıdır? Maddi hukukta işçi zaten korunduğundan, çocuğun mutlak mesken ötesinde ayrıca Türk hukukunun asgari koşullarla korunması mülahaza edilebilir. İşte bu nedenle sınırsız koruma olmaması en azından asgari koşullarla korunması gerektiğini düşünüyoruz.

İş hukuku alanındaki birçok düzenleme devletin ekonomik ve sosyal politikaları gereği yürürlüğe koyulmuştur. İşçilerin ve çalışma hayatının korunmasına ilişkin hükümler, kamu hukuku kuralları niteliğinde olup sosyal himayeyi amaçlamaktadır<sup>890</sup>. Sosyal güvenliğe ilişkin hükümler, çalışma düzenine ya da sağlık şartlarına ilişkin hükümler bu nitelikte kurallardır. Bu kurallar iş hukukunun “doğrudan uygulanan kuralları”dır. Hâkimin hukukunda ve işin yapıldığı ülke hukukunda mevcut bu tür düzenlemeler, uygulama alanlarına giren hususlarda doğrudan uygulanacaktır. Bu doğrudan uygulanan kurallarda, çocuğun çalışmasına ilişkin hükümler düzenlenirken çocuğun yararı gözetilmektedir. Her ne kadar kamu hukuku karakteri arz eden kurallar olsalar da yürürlükte oldukları ülke dışında uygulanmamakla birlikte, işçi ve işveren arasındaki akdi ilişkileri etkiledikleri ölçüde, bu tür kuralların yabancı mahkemeler tarafından dahi dikkate alınacağı savunulmaktadır<sup>891</sup>. Hatta öyle ki örneğin bir devlet tarafından, küçük çocukların çalıştırılmalarına dair öngörülmüş kurallar, o devlet tabiiyetindeki işverenlerce aynı tabiiyeti taşıyan küçük çocukların yurt dışında çalıştırılmaları halinde o devlet yetkili makamları tarafından uygulanacaktır<sup>892</sup>.

---

<sup>890</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 118.; F. Gamillscheg, ‘Labour Contracts’ in K. Lipstein (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law Vol 3* (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972) 3, 18ff.

<sup>891</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar* 118.; Gamillscheg, 21.; Nomer, *DHH 2021* 350.

<sup>892</sup> Tiryakioğlu, *Çocuklara İlişkin Kurallar*, 119.; Gamillscheg, 21.

Sonuç olarak, MÖHUK'un 27.maddesi doğrudan çocuğa ilişkin bir düzenleme olmayıp çalışan çocuklar bakımından yapacakları iş sözleşmesi bakımından önem arz etmektedir. Özellikle bir tarafı çocuk işçi olan iş sözleşmelerinde; çocuğun hem küçük hem de zayıf taraf konumunda olması halinde korunmaya ihtiyacı olduğu açıktır. Taraflardan birinin çocuk olduğu iş sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından doğrudan çocuğun yararı dikkate alınmıştır demek doğru olmayacak iken zayıf taraf konumunda olanın asgari koruması sağlanabilecektir. Yetki bakımından ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen yetki kurallarında iş ilişkisinin zayıf tarafı olanın işini mutaten yaptığı iş yerinin yetkili olması hükmü ile koruma sağlanmaya çalışılmaktadır.

### **4.3.Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Çocuğun -Üstün Yararı**

#### **4.3.1. Genel Olarak**

MÖHUK'ta doğrudan çocuğun yararının dikkate alındığı bir yetki kuralı bulunmamaktadır. Zira milletlerarası usul hukuku özellikle de milletlerarası yetki kuralları ulusal alanda tek bir metinde toplanmış değildir. MÖHUK ve HMK olmak üzere çeşitli yasal düzenlemelere dağılırken milletlerarası sözleşme kuralları da bulunmaktadır. Çalışma kapsamında MÖHUK'un bağlama kuralları bağlamında çocuğun yararı hususu incelendiğinden bu bölümde de MÖHUK'un usul hükümlerinde çocuğun yararının dikkate alınıp alınmadığı tartışılacaktır.

Türk milletlerarası usul hukuku çok az sayıda milletlerarası yetki kuralı içermektedir, bazı alanlarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğrudan düzenlenmiştir (MÖHUK mad.41-46). Çalışma kapsamında çocuğa ilişkin doğrudan bir yetki kuralı bulunmamakta ancak genel yetki kuralı ile MÖHUK'ta düzenlenen özel yetki kurallarına değinilerek çocuğa ilişki özel bir düzenleme gerekip gerekmediği hususu tartışılacaktır.

Günümüzde çocuğun yararının kamu düzeni bağlamında mülahaza edilmesi daha çok yabancı yargı kararlarının tanınması ve tenfizi bağlamında ortaya çıktığını belirtmek

isteriz. Bu nedenle yabancı yargı kararlarının tanınması ve tenfizinde çocuğun yararının kamu düzeni müdahalesi yönünden incelenmesi ayrı bir başlık altında yapılacaktır.

#### 4.3.2. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Bakımından Çocuğun Yararı

Çocuğun yararının dikkate alındığı özel bir yetki kuralı bulunmadığından genel yetki kuralı uygulama alanı bulmaktadır. MÖHUK'un 40. maddesi genel yetki kuralı olmakla birlikte milletlerarası yetki konusunu doğrudan düzenlemek yerine iç yetki kurallarına bağlamıştır. Bunun yanında özel olarak ihdas edilen milletlerarası yetki kuralları bulunmaktadır. Örneğin MÖHUK'un 41-43. maddelerinde ön görülen yetki kuralları bazı durumlarda Türkiye'de yetkili bir mahkemenin hazır tutulması amaçlanırken MÖHUK'un 44-46. maddelerinde düzenlenen yetki kuralları koruma sağlama amaçlıdır. Gerçi kural olarak mahkemelerin milletlerarası yetkisi bakımından kural olarak tarafların vatandaşlığı ya da çocuk olması gibi unsurlar önem arz etmez. Ancak MÖHUK'un 41.maddesi, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda daima yetkili Türk mahkemesi bulundurma gereği hissedilerek böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Türk vatandaşı kişinin çocuk olması ve çocuğa ilişkin bir uyuşmazlıkta çocuğun yararının dikkate alınarak yetkili mahkemenin belirlenmesi MÖHUK bağlamında düzenlenmemiştir. Çalışma kapsamı MÖHUK ile sınırlandırılmıştır ancak belirtilmelidir ki yetkiye ilişkin milletlerarası sözleşmeler saklıdır<sup>893</sup>.

MÖHUK'ta zayıf tarafın korunması amacıyla özel yetki kuralları bulunmaktadır. Şöyle ki, MÖHUK'un iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında (44.madde), "*işçinin mutaden yaptığı işyerinin Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi ile işçinin işvereren karşı açtığı davalarda işverenin, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkili iken*" tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda (45.madde), MÖHUK'un 26. madde kapsamındaki tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, "*tüketicinin yerleşim yeri veya mutad*

---

<sup>893</sup> AB üyesi devletlerde doğrudan uygulanan Brüksel II A Tüzüğünde (OJ L338 23.12.2003, EC 2201/2003), 3. maddesine göre karar vermeye yetkili üye devlet mahkemesi, bu taleple ilişkili olan ebeveynlere ilişkin tüm sorumluluk durumlarında yetkili olabilmesinin şartlarından birisi çocuğun üstün yararının göz önünde tutulmalıdır. Evliliğe ve ebeveyn sorumluluğuna ilişkin konularda milletlerarası yetki ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında 2201/ 2003 sayılı Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü- 1 Ağustos 2004.



meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri” yetkilidir. MÖHUK’un 45/2. maddesinde düzenlenen tüketici sözleşmeleri hakkında “tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesidir”. Sigorta sözleşmesine ilişkin davalarda (46.madde), “sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir”. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesi olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, zayıf tarafı koruma gayesinden hareket edilmiştir. MÖHUK bu düzenlemeleri ile zayıf tarafı koruma amacı güderken MÖHUK’ta çocuğa ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme için özel bir düzenleme bulunmamaktadır. MÖHUK’un 40. maddesi genel kural uyarınca iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına atıf yaparken MÖHUK’un 41. maddesi Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi belirlemekte ve öğretide bunun koruyucu hüküm olup olmadığına dair birçok görüş bulunmaktadır<sup>894</sup>. MÖHUK’ta çocuğun yararı dikkate alınarak özel bir yetki kuralı bulunmaz iken zayıf tarafı koruma amaçlı getirilen (işçi, tüketici, sigortalı) MÖHUK’un özel yetki kurallarında Türk mahkemesi ismi açıkça zikredilirken, bazılarında ise bunun yerine yerleşim yeri mahkemesi, mutad mesken yeri mahkemesi, terekenin bulunduğu yer mahkemesi gibi ifadeler kullanılmıştır.

Zira İsviçre IPRG yetkiye ilişkin genel kural bulunmakla<sup>895</sup> birlikte çocuğa ilişkin bazı durumlar için yetki hükümleri bulunmaktadır. İsviçre IPRG Çocuk hukuku (4. Kapitel 4. Bölümde) bölümünde soybağı nedeniyle çocukla kişisel ilişki kurulması ve çıkacak uyuşmazlıklara ilişkin davalarda IPRG’nin 66.maddesinde çocuğun ya da anne babanın mutad meskenin yetkili mahkeme olacağına ilişkin düzenleme içermektedir<sup>896</sup>.

---

<sup>894</sup> Bkz. Nomer, *DHH 2021 456ff.*; Rifat Erten, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, (1st edn, Yetkin Yayıncılık 2017) 172,173 ve orada 8 nolu dipnotta atıf yapılan yazarlar.

<sup>895</sup> Bölüm 2: Yargı yetkisi

“I. Genel olarak

*Bu yasa herhangi bir özel yargı yetkisi sağlamıyorsa, davalının ikamet ettiği yerdeki İsviçre mahkemeleri veya makamları sorumludur.”*

<sup>896</sup> Çocuğun mutad meskenindeki veya anne veya babanın ikamet ettiği yerdeki İsviçre mahkemeleri, çocuk ilişkisini tesis etme veya itiraz etme davalarından sorumludur.

İsviçre IPRG'nin 67.maddesi<sup>897</sup> "anne ya da babanın İsviçre'de yerleşim yeri, çocuğun da mutad meskeni bulunmuyorsa, anne ya da babanın yerleşim yerinin çocuğun da mutad meskeninin bulunduğu yerde çocukla kişisel ilişki kurulması mümkün değil ise çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep eden tarafın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ayrıca İsviçre IPRG 70.maddede<sup>898</sup> "*çocuğun mutad meskeni ya da anne ya da babanın yerleşim yeri, milli hukuku çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin yabancı mahkeme kararları İsviçre'de tanınır*" hükmü ile çocuğun yararını gözetmiştir. Görüldüğü üzere İsviçre IPRG çocuğun mutad meskeninin çocuğa asgari koruma sağlayacağından hareketle yetkili mahkeme belirlenmesinde çocuğun mutad meskenini esas almıştır.

MÖHUK'ta doğrudan çocuğun korunmasına ilişkin özel bir yetki kuralı bulunmaz iken işçi, tüketici, sigortalı bakımından asgari koruma sağlama bakımından özel yetki kuralı getirilmiştir. Bu noktada gerçekten de çocuğun zayıf taraf olması ve korunması hasebiyle çocuk için özel düzenlemeye ihtiyaç var mıdır sorusu tartışılmalıdır. İç hukuk düzenlemelerinde de HMK'da işçi, tüketici, sigortalı bakımından özel hüküm getirilmiş iken çocuk lehine özel hüküm bulunmamaktadır. MÖHUK'un genel meseleleri ve aşağıda bağlama kurallarında çocuğun yararının asgari koruma sağlanması nedeniyle önerdiğimiz genel kaçış hükmü usul hukuku bakımından da önerilmektedir. İsviçre IPRG 15.maddeye<sup>899</sup> benzer bir kaçış hükmü çocuğun yararının korunması amacıyla yetkili mahkeme tespitinde de uygulanabilmelidir.

---

<sup>897</sup> Haben die Eltern keinen Wohnsitz und das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, so sind die Gerichte am schweizerischen Heimatort der Mutter oder des Vaters für Klagen auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses zuständig, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage am Wohnsitz der Mutter oder des Vaters oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zu erheben.

<sup>898</sup> Art. 70

Ausländische Entscheidungen betreffend die Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, in dessen Heimatstaat oder im Wohnsitz- oder im Heimatstaat der Mutter oder des Vaters ergangen sind.

<sup>899</sup> IPRG m.15

1 Bu kanunun gönderme yaptığı hukuk, somut olayın tüm koşullarına göre bu hukukla sadece az, başka bir hukuk ile ise çok daha sıkı ilişki içinde bulunduğu açık olduğunda istisnai şekilde uygulanmayabilir.

2 Bu hüküm hukuk seçimi bulunan hallerde uygulanmaz."

### 4.3.3. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Çocuğun Yararının Kamu Düzeni Yönünden İncelenmesi

MÖHUK'un 50.maddesi uyarınca sadece yabancı ilamlar tanıma ve tenfize tabidir. Yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararlar tanıma tenfize konu olabilir iken yabancı idari organların verdiği kararların tanınması mümkün değildir. Bazı hukuk düzenlerinde nafaka, evlat edinme ve boşanma gibi çocuğu doğrudan etkileyen kararlar idari organlar tarafından da verilebildiğinden Kanunda belirlenen istisna hükümler<sup>900</sup> ile idari kararların tanınması tenfizi talep edilebilecektir. Konumuz bağlamında çocuğa ilişkin yabancı mahkeme kararları ile istisnai olarak düzenlenmiş idari makamlardan verilen kararların da MÖHUK'un 54. maddesi uyarınca tanınması ve tenfizi için tanınması istenen hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması gerekir.

Çocuğun yararının kamu düzeni bağlamında mülahaza edilmesi daha çok yabancı yargı kararlarının tanınması ve tenfizi bağlamında ortaya çıkmaktadır. Hemen belirtilmelidir ki kamu düzenine aykırılığın sebebi, yabancı ilamın şekil ve içeriğinden bağımsız, yalnızca bu kararın tanınması ve tenfizi sonucu Türkiye'de yaratabileceği sonuçlardır<sup>901</sup>. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde çocuğa ilişkin uyuşmazlıklar daha çok velayet konusunda ortaya çıkmakta/toplanmakta ise de günümüzde gelişen yeni yaşam modelleri ve bu birliktelikte yaşayan/yaşayacak çocukların yararı da tartışılmaya değerdir. Zira bu yaşam modellerinin vasıflandırılması sorunu henüz çözülememiş iken bu birlikteliklerde evlat edinilen ya da taşıyıcı anne sonucu dünyaya gelmiş çocukların velayet, evlat edinilme, kişisel ilişki kurma vb. kararlarının tanınması, tenfizinde çocuğun yararı kamu düzeni müdahalesi yönünden dikkate alınabilecek midir ya da alınmalı mıdır sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır. Zira aile hukukuna ilişkin kuralların birçoğunun kamu düzeninden olduğu kabul edilmektedir<sup>902</sup>. Örneğin Brüksel IIA Tüzüğü'nün 23.maddesinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması talebinin

<sup>900</sup> Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27.,30. maddeleri. ile 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi 1. Maddesi idari makamlardan verilecek kararların tanınması ve tenfizine imkan vermektedir.

<sup>901</sup> Demir Gökyayla, 'Vesayet' 418; Atâ Sakmar, *Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) 80,81.

<sup>902</sup> Yargıtay 15 HD, E.2014/2183, K.2014/3226, T.12.05.2014: Muktedir Lale, *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku* (1st edn, Seçkin 2014) 618ff.

reddedebileceği durumlar düzenlenmiştir<sup>903</sup>. Buna göre söz konusu yabancı mahkeme kararının tanınma talebi, çocuğun üstün yararına ve tanınma talep edilen kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturuyorsa reddedilir<sup>904</sup>. Görüldüğü üzere özellikle çocuğa ilişkin durumlarda BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, AİHS ve anayasal haklara açıkça atıf yapılmasına bakılmaksızın yabancı hukukun uygulanması veya yabancı bir kararın tanınması ve tenfizinin söz konusu olduğu davalarda çocuğun yararını dikkate almayan yabancı hukuk kuralının uygulanması bu sözleşme hükümlerine açıkça aykırılık teşkil edebilecektir<sup>905</sup>.

Velayetin kamu düzeninden kabul edilmesi nedeniyle, velayet ile ilgili davalarda kabul beyanı bağlayıcı değildir ve bu davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulanır<sup>906</sup>. Hatta öyle ki hâkimin, ana ve babanın yapmış oldukları velayete ilişkin anlaşmayı onaylama ya da bu anlaşmaya uygun karar verme zorunluluğu bulunmaz; ancak hâkim, bu anlaşmayı dilerse dikkate alarak karar verebilir<sup>907</sup>. Zira Yargıtay 2. Hukuk Dairesi anlaşmalı boşanmada velayetin anlaşma konusu yapılması sebebiyle velayet kararının kamu düzenine aykırı bulunarak tenfiz edilmemesini onamıştır<sup>908</sup>. Bu bağlamda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 84(4) sayılı Tavsiye Kararı'nın 6. İlkesine<sup>909</sup> göre, velayete ilişkin karar alınırken, yetkili makam ebeveynler arasında yapılan ve çocuğun üstün yararına aykırı olmayan anlaşmaları da dikkate almalıdır<sup>910</sup>. Hukukumuzda velayete ilişkin anlaşmalar kabul görmemektedir. Hâkim tarafından onaylanan boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar geçerli olmaktadır. Bu çerçevede çocuğun üstün yararına uygun olsa dahi velayete ilişkin yapılan anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir. Yargıtay da konuya ilişkin somut olayda ana ve baba arasında müşterek çocukların velayetine ilişkin anlaşma yapılmasını kamu düzenine aykırı kabul

---

<sup>903</sup> Süheyla Kahraman, *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet (Velayet)* (1st edn, Onikilevha Yayıncılık 2019, 105.

<sup>904</sup> Erdem, Brüksel II Tüzüğü, 292; Ayrıntılı bilgi için bkz. Hadimoğlu, 343ff.

<sup>905</sup> Arslan, AİHS, 197ff.

<sup>906</sup> Usta, Çocuk Hakları 20; Giray, 289.

<sup>907</sup> Koçhisarlıoğlu, *Yasanın Aşılması* 196.

<sup>908</sup> Karar için Yargıtay 2 HD, 2818/3889, 20.3.2003. Ekşi, 549. dn. 843, Aynı yönde Yargıtay 2 HD, 13947/15854, 27.12.2004.; Ekşi, 551ff.

<sup>909</sup> Tavsiye Kararı için bkz.

[http://euromedjustice.eu/files/repository/20090707173539\\_Coe.Rec\(84\)4surlesresponsabilitesparentales.pdf](http://euromedjustice.eu/files/repository/20090707173539_Coe.Rec(84)4surlesresponsabilitesparentales.pdf). Erişim Tarihi: 12.12.2020.

<sup>910</sup> Büchler and Clausen, Art. 298, N. 33.; Kurt, 'Ortak Velayet' 165.

etmiştir<sup>911</sup>. Velayetin değiştirilmesi isteminde de ebeveynlerin taleplerine nazaran çocuğun üstün yararı dikkate alınır<sup>912</sup>.

Örneğin boşanma davasında eşlerin anlaşmasıyla velayetin değiştirilmesi yönündeki talebe ilişkin bir Yargıtay Kararında ...“Genel ilke uyarınca, çocukların gelecekları düşünülerek ve onların ruhsal ve bedensel gelişmelerinin eşlerden hangisinin yanında en iyi şekilde sağlanabileceği araştırılarak eşlerin istekleri dışında, hâkimin yalnızca çocukların özetlenen yararını göz önünde tutarak” serbestçe takdir etmesi gerekir şeklinde ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin bu hususu dikkate almadan verdiği karar Türk kamu düzenine açık aykırılık oluşturduğundan usul ve kanuna aykırıdır<sup>913</sup>. Çocuğun dinlenmesi konusu çocuğu ilgilendiren velayet davasında çocuğun yararına hizmet edecek bir konudur; ancak bu durum çocuğun görüşüne göre karar verileceği anlamına gelmeyerek birçok farklı kriter bu kararın verilmesinde etken olacaktır. En önemli etkenin hem velayet kararı hem de kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlarda çocuğun yararı olacağı şüphesizdir. Zira kişisel ilişki kurulması, çocuğun yararı doğrultusunda olmalıdır<sup>914</sup>. Somut olayda koşulların değişebileceği, uygulanacak yabancı hukukun “çocuğun yararı ilkesini” gözetmemesi Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

Çocuğun yararı ilkesi, müşterek velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde hâkime yol gösterici olmalıdır. Hâkim, somut olayda çocuğun üstün yararını korumak için gerekli önlemleri almalıdır<sup>915</sup>. Ancak yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi aşamasında hâkimin kararı esastan incelemesi, tanıma ve tenfiz usulünün genel ilkelerine aykırıdır<sup>916</sup>. Bu nedenle hâkimin müşterek velayete ilişkin yabancı mahkeme kararının tenfizi aşamasında çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda bir inceleme yapması güçleşmektedir.

<sup>911</sup> Yargıtay 2 HD, E. 1991/2108, K. 1991/3555, 28.02.1991.

<sup>912</sup> YHGK, E.2017/3117, K.2018/1278, 27.06.2018.

<sup>913</sup> Yargıtay 2 HD, K. 2108/3555, 28.02.1991.

<sup>914</sup> Özüğür, 999ff.

<sup>915</sup> Huysal, 183.

<sup>916</sup> Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Yabancı Mahkeme) (1st edn, Beta Yayıncılık 2013), 4.

Hâkimin tanıma tenfiz yargılaması esnasında yabancı mahkeme kararını çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde değerlendirebilmesi için kamu düzenine aykırılık tartışması yapılabilmesi mümkündür. Tenfiz mahkemesi bazı durumlarda özellikle kamu düzenine aykırılık iddiası bulunan durumlarda mahkeme kararının içeriğini incelemek zorunda kalabilir. Çünkü taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunun kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi için esasa ilişkin bir inceleme yapılması gereklidir<sup>917</sup>. Bu durumda, tenfiz mahkemesinin yapmış olduğu incelemenin teknik anlamda yabancı mahkeme kararının esastan incelenmesi anlamına gelmediği düşünülebilir<sup>918</sup>. Çocuğa ilişkin tüm yargılamalarda, çocuğun üstün yararı ilkesi yol gösterici olmalıdır. Hâkim, kamu düzenine aykırılık tartışmasını yabancı mahkeme kararının esastan incelenmesi için açık bir kapı olarak kullanılabilir. Çocuğun üstün yararına aykırı bir yabancı mahkeme kararının tanınmasını ve tenfizini önleyebilir.

Bir diğer görüş ise hâkimin çocuğun üstün yararını koruyabilmesi için konunun ayrık bir durum olarak kabul edilmesi ve gerekli yetkinin hâkim tarafından verilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>919</sup>. Çocuğun üstün yararının sağlanması ve korunmasının, çocuğa ilişkin yargılamalarda temel ilke olarak benimsenmesine karşın, tanıma ve tenfizin de kendine özgü kurallarına riayet edilmesi gerekmektedir. Çünkü çocuk hukukunun olduğu gibi birçok hukuk dalının kendine özgü korunması gereken özneleri bulunur. Nasıl ki iş ve tüketici hukukunda zayıf tarafın korunması ilkesi benimsendiyse, çocuğun korunması hususunda tanıma tenfiz taleplerinin incelenmesinde hâkimin esasa ilişkin inceleme yapabilmesine imkân tanıyan ayrık bir durum olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanısında olanlar bulunmaktadır<sup>920</sup>. Zira tanıma tenfiz taleplerinin incelenmesinde hâkime dosyanın esasına girebilecek bir ayrıcalık tanınması, hâkime tenfiz yargılamasının genel ilkelerini ihlal eden orantısız bir yetki tanınması sonucunu doğuracaktır.

Velayetin kamu düzenine ilişkin olması, bugün için Türk Medeni Kanunu'nda müşterek velayete ilişkin hüküm bulunmaması, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı hükümler içermesi müşterek velayetin Türk kamu düzenini ihlal ettiği anlamına gelmez.

<sup>917</sup> Şanlı, Esen and Figanmeşe-Ataman, 676.

<sup>918</sup> Şanlı, Esen and Ataman- Figanmeşe,676.

<sup>919</sup> Huysal, 184.

<sup>920</sup> Ruhi, *Birlikte Velayet* 153.

Hâkim açıkça kamu düzenine aykırılık gerekçesini ileri sürerek yabancı hukuku uygulamayıp yerine Türk hukukunu uygulayamaz<sup>921</sup>. Sonuç itibariyle korunmaya değer üstün menfaatlerin kamu düzeni kapsamında telakki edilebileceği ileri sürülebilir.

2003 tarihli bir Yargıtay kararında, eşlerin boşanmasına karar verilmiş olmasına rağmen çocukların velayetinin ana babaya birlikte bırakılmış olması kamu düzenine açıkça aykırı bulunmuştur<sup>922</sup>. Velayete Alman hukukunu uygulanan mahkeme, bu hukuktaki düzenleme gereği boşanmadan sonra velayeti, anne ve babaya ortak kullanılmak üzere vermiştir. Alman mahkemesinde alınan bu yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi için açılan davanın sonunda verilen kararın Yargıtay’a gitmesi neticesinde; Yargıtay Türk Medeni Kanunu ile farklı bir yaklaşım içinde olan Alman Kanununun uygulanması ile verilen kararı kamu düzenine aykırı bulmuştur. Yargıtay kamu düzeni istisnai kuralını niteliği ve amacını tamamen saptırarak uygulamaktadır. Somut olayda tespit edilmesi gereken kamu düzeni ihlalinin, kanun ihlali olarak görmüştür. İki hukuk kuralının farklı olmasını bir kanun ihlali ve dolayısıyla kamu düzeni ihlali olarak görmüştür. Bu, kamu düzeni kuralının istisnai uygulanması kuralının altında yatan amaca ve getirdiği metoda tamamıyla ters düşmektedir.

Müşterek velayete ilişkin kararların tanınması ve tenfizinde çocuğun doğrudan yararı olduğu açıktır. Birçok ülke hukukunda müşterekvelayet mümkündür ancak çocuğun yararına olmayan birlikte velayet kararlarının olması da ihtimal dahilindedir. Bu kararların Türk hukukunda sonuç doğurmaması kamu düzenine aykırılığı ileri sürülerek tanınıp tenfizinin engellenmesi ile sağlanabilir. Çocuğun yararı bu noktada devreye girer, işte bu nedenle çocukla ilgili kararların tanınması ve tenfizi özenli şekilde gerçekleştirilmelidir.

---

<sup>921</sup> Demir Gökyayla, Cemile: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2001) 142, 144.

<sup>922</sup> Yargıtay 2 HD. K. 2818/2889, 20.03.2003. Geniş bilgi için, Çelikel and Erdem, 620; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Beta Basım Yayın 2018).; Bahadır Erdem, ‘Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile ilgili Brüksel II Tüzüğü’, (Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı- İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını 2006) 620. Erdem makalesinde özellikle Yargıtay’ın değişik yaklaşımlarına değinmektedir. Yargıtay 2 HD. 2004 tarihli kararında oy çokluğu ile ortak velayeti kamu düzeninden saymıştır. Y 2HD. 22.11.2004, E.12286, K.13680 sayılı Kararı, s. 138 dn.620.

Evlat edinmeye ilişkin kararların tanınmasında da kamu düzeni hususu söz konusu olabilmektedir. Her hukuk sisteminin farklı düzenlemeler içermesi hayatın olağan akışına uygundur fakat bu farklı düzenlemelerin her zaman çocuğun aleyhine olmayacağı da açıktır. Yabancılık unsuru bulunan evlat edinme kararlarının tanınmasına ilişkin kamu düzeni müdahalesi ancak çocuğun yararının göz ardı edildiği durumda gelebilmelidir<sup>923</sup>.

Evlat edinmeye ilişkin kararların tanınması ve tenfizinde çocuğun yararı daha çok kamu düzeni bağlamında ortaya çıktığından karşılaştırmalı hukuk örnekleri ile ayrıca incelenecektir.

Karşılaştırmalı hukuk örneklerinde de kamu düzeni çocuğun yararı ile mülhaza edilmektedir. Örneğin, Amerikan hukukuna göre hâkimin, üvey çocuğunu evlat edinme talepli bir davada biyolojik babanın rızasını talep etmeme veya gerekli görürse babaya davetiye çıkarma seçenekleri bulunmaktadır. Alman hâkimi, önüne gelen olayda Amerikan Missouri Mahkemesi'nin üvey çocuğunu evlat edinmesine ilişkin kararı tanımıştır. Kararda, üvey baba, çocuğun velayetinin Alman vatandaşı olan biyolojik annede olduğunu ve çocuğun (Alman vatandaşı) annesi ile evlendiğini nitekim biyolojik babanın da çocukla ilgilenmediğini, belirterek çocuğu evlat edinmek istediğini belirtmiştir. Biyolojik babaya davetiye çıkarılmasına rağmen baba davetiyeye karşılık vermemiştir ve Amerikan mahkemesi çocuğun evlat edinilmesine karar vermiştir. Biyolojik babanın davetiyeye karşılık vermemesi, kararın Alman mahkemesi tarafından tanınmasına engel teşkil etmeyerek kamu düzenine aykırı bir durum olarak görülmemiş, Alman hukuku bakımından evlat edinmenin geçerliliğini etkilemeyeceğinden hareketle kamu düzeni müdahalesi gelmemiştir. Alman EGBGB 22.maddesinde de eşlerin birlikte evlat edinmesini evliliğin genel hükümlerine tabi kılarken, birlikte yaşayan çiftler bakımından EGBGB'nin 17b. maddesi uyarınca birlikteliğe etkili ülke hukuna göre sonuç doğuracaktır. Türk hâkiminin, Türk Medeni Kanunu bağlamında evli eşin rızasının alınması gerektiğinden Türk kamu düzenine aykırı kabul edilerek tanıma reddedilebilecekti. Türk hâkimi kamu düzeni müdahalesi ile aslında çocuğun yararı bakımından çocuk ile hiç ilgilenmeyen bir ebeveyni ile bağının devamına, çocuk ile

---

<sup>923</sup> Bkz. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24.09.2019- 1 UF 93/18.



ilgilenen ya da ilgileneceğini belirten üvey baba ile bağının tanınmaması neticesi doğmuştur.

Bir başka kararda<sup>924</sup> da milletlerarası evlat edinmelerin anayasal ve çocuk refahına yönelik bir prosedürde gerçekleşmesinin potansiyel olarak etkilenen tüm çocukların yararına olduğunun unutulmaması gerektiği belirtilmiştir<sup>925</sup>. Söz konusu bu kararda Batı Afrika Devleti vatandaşı bir çocuk evlat edinilmiştir. Ancak Alman Yüksek Mahkemesi (OLG-Oberlandsgericht) yapmış olduğu inceleme sonucu evlat edinmenin usulüne uygun ve çocuğun üstün yararına uygun olarak yapılması gerektiğini, yabancı evlat edinme kararının tanınması, evlat edinme başvuru sahiplerine yönelik soruşturmalar hiç yapılmamışsa veya sadece tamamen resmi kriterlere göre yapılmamışsa her durumda reddedileceğini belirtmiştir. Nitekim bu kararda da evlat edinmeye ilişkin tanınmanın konusu, yabancı hukukun uygulanmasının sonucudur. Bu, milletlerarası kamu düzenine uyumlu olmayan bir usule dayanıyorsa örneğin çocuğun üstün yararı yeterince ele almadığından bu, evlat edinme usulünün yerini almadığı için tanıma prosedürü ile iyileştirilemeyeceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere Almanya'da milletlerarası kamu düzenine uygun olmayan usulle yapılmış olan evlat edinmeye kamu düzeni müdahalesi gelmiştir. İşte bu nedenle çocuğun üstün yararının kamu düzeni müdahalesi ile en azından Türk hukuku bakımından getirilen asgari koruma getirilerek korunacağı kanısındayız.

Her ne kadar Yargıtay, Türk mevzuatına aykırılık gerekçesiyle yabancı unsurlu evlat edinme kararlarının tanınmasına ilişkin doğrudan reddetme eğiliminde<sup>926</sup> olsa da Türk hâkiminin yurt dışında verilen evlat edinme kararının tanınmasına ilişkin kararın tanınmasına ilişkin kararı verirken çocuğun üstün yararını ölçüt almalı ve çocuğun lehine olacak şekilde karar vermelidir<sup>927</sup>. Her çocuğun nev-i şahsına münhasır olduğu ve somut olayın koşullarına göre çocuğun yararının değişkenlik göstereceği dikkate alınarak çocuğun yararı tartışılmalıdır.

<sup>924</sup> OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24.09.2019- 1 UF 93/18 < <https://openjur.de/u/2260599.html>>.

<sup>925</sup> MüKo and Helms, BGB (7th edn) Madde 22 EGBGB Rna 92.

<sup>926</sup> Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 596ff.

<sup>927</sup> Kahraman, 242.

Daha önce de değinildiği üzere özellikle belirsiz ve şimdilik hukuki zemine tam oturtulamamış kurumlarda doğan çocuklara ilişkin verilen mahkeme kararlarının birçoğu kamu düzeni engeline takılmaktadır.<sup>928</sup> Birçok yabancı yargı kararında çocuğun yararı ve kamu düzeni müdahalesi tartışılmıştır<sup>929</sup>.

Örneğin bir kararda<sup>930</sup> milletlerarası özel hukukta kamu düzeni söz konusu olduğunda farklı yasal düzenlemelerin kamu düzenine aykırılık sonucu doğurmaması gerekeceğinden<sup>931</sup> mahkeme, yabancı karara tanınma sağlayıp sağlamama kararının öncelikle çocuğun üstün yararı tarafından yönlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkemenin bu kararı Alman akademi ve hukuk uygulaması tarafından onaylanmıştır<sup>932</sup>.

AİHM'in 2014 yılında verdiği *Menesson v. France*<sup>933</sup> ve *Labassee v. France*<sup>934</sup> kararlarına da bu yönden değinilmesinde fayda olduğunu düşünüyoruz.<sup>935</sup> AİHM, her iki başvuruda da AİHS'in 8. maddesinin, ebeveynler bakımından değil, çocuk bakımından ihlal edildiğine karar vermiştir. Sonuç olarak aile ile çocuklar arasında herhangi bir yasal ebeveyn- çocuk ilişkisi, soybağı kurulmuş ve çocukların bu nedenle vatandaşlık, miras, nafakaya ilişkin durumları belirsizdir.

<sup>928</sup> Nomer, *DHH 2021* 163ff.; Çelikel and Erdem, 147ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 87.; Can and Tuna, *MÖH* 270.; Doğan, 252 vd.

<sup>929</sup> Kararın özeti ve yorumu için bkz. Jan von Hein, German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany): <http://conflictflaws.net/2015/germanfederal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> Erişim Tarihi 16.7.2018.

<sup>930</sup> Bundesgerichtshof Beschluss XII ZB 463/13 vom 10 Dezember 2014: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokumente.pdf> Erişim Tarihi 25.8.2015.

<sup>931</sup> Nomer, *DHH 2021* 163ff.; Çelikel and Erdem, 47ff.; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, 87.; Can and Tuna, 270.; Doğan, 252ff.

<sup>932</sup> Helms, *FamRZ* 2015, 245; Heiderhoff *NJW* 2015, 485; Mayer, *StAZ* 2015, 33; Schwonberg, *FamRB* 2/2015, 55; Zwißler, *NZFam* 2015, 118]. Önceden ilk derece mahkemeleri yalnızca taşıyıcı anneliğin gerçekleştirilmiş olması kamu politikasının ihlali olarak görme eğilimi göstermişlerdi [cf. Berlin Yüksek Bölge Mahkemesi 01.08.2013, Dava 1 W 413/12, paragraf 26 ve devamı. = *IPRax* 2014, 72, 74 ve devamı.; Berlin İdare Mahkemesi 05.09.2012, Dava 23 L 283.12, paras 10 ve devamı. = *IPRax* 2014, 80 ve devamı]

<sup>933</sup> *Affaire Mennesson C. France* (Requête No 65192/11) Arrêt Strasbourg 26 Juin 2014 Définitif 26.09.2014. < <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-145389%22%7D>> Erişim Tarihi 12.12.2020.

<sup>934</sup> *Affaire Labassee c. France* (Requête no 65941/11) Arrêt Strasbourg 26 Juin 2014 Définitif 26.09.2014. < <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-145180%22%7D>> Erişim Tarihi. 12.12.2020.

<sup>935</sup> Bkz. Beaumont and Trimmings, 1ff.

Minnesota mahkemesi kararında<sup>936</sup> taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocuğun ebeveynlerinin Fransız karı koca olduğu belirtilse de Fransız Temyiz Mahkemesinin 26 Şubat 2009 tarihli kararında Fransız hukukunda taşıyıcı anneliğin yasak olduğu ifade edilerek çocuk ile ebeveynlerin soybağı kurulamamıştır. Taşıyıcı anneliğin yasak olması kuralı müdahaleci normdur. Bu nedenle taşıyıcı anneliğin varlığını kabul eden kararın kamu düzenine aykırı olması sebebiyle Fransa’da tanınmayacağı sonucuna varılmıştır. Görüldüğü gibi vasıflandırma yapılmamış, çocukla soybağı kurulmayarak kamu düzeni müdahalesi gelmiştir.

Türk kamu düzeni bakımından Türk hakiminin önüne buna benzer olaylar geldiğinde Türkiye ile irtibatı önem arz etmektedir. Milletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu hukuki ilişkiler söz konusu olduğundan hem total hukuki ilişkilerin doğmasını engellemek hem de milletlerarası düzey için kamu düzeni kavramının dar yorumlanması gerektiği kanısındayız<sup>937</sup>.

“Çocuğun üstün yararı”, kamu düzeni dengesini oluşturmaktadır. Yabancılık unsurunun bulunduğu özel hukuk ilişkilerinde kuralların farklılığı bir kamu düzeni engeli teşkil etmemelidir. Zira yabancı mahkeme kararının tanınması tenfizinde her ne kadar hüküm fıkrası bağlamında kalınsa da sonuçta istisnai bir denetleme söz konusudur. Bu sınırın ölçütünün çocuğun üstün yararı olması gerektiği kanısındayız. Ezcümle, yabancılık unsuru içeren çocuklara ilişkin hususlara ilişkin mevcut düzenlemelerin ve yargı kararlarının merkezinde çocuk ve onun üstün yararı bulunmaktadır, bulunmalıdır da. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması tenfizi hem toplumu hem de çocuğu ilgilendirmektedir çünkü bu kararlar Türk hukuk dünyasında sonuç doğuracaktır. Hem çocuğun hem toplumun menfaati söz konusudur. Çocuğun üstün yararı bu noktada hâkime takdir yetkisi açısından hem de kamu düzeni müdahalesinin gereği olarak ortaya çıkmakta ve doğrudan yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulanması zorunlu olabilir. Çocuğun üstün yararı ilkesinin kanunlar ihtilafı anlamında etkisi ve sınırının kamu düzeni olacağı kanısındayız.

<sup>936</sup> French Court Denies Recognition to American Surrogacy Judgement by Gilles Cuniberti on June 30, 2009 <http://conflictoflaws.net/2009/french-court-denies-recognition-to-american-surrogacy-judgement/>. Erişim Tarihi 30.12.2020.

<sup>937</sup> Kemal Dayınlarlı, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, s.10. < <http://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/yasarkarayalcin.pdf> > Erişim Tarihi 14.02.2021. Aynı yönde görüş için bkz. Ekşi, ‘Taşıyıcı Annelik’ 31.

#### 4.4.Bölüm Değerlendirmesi

Bu bölümde Türk milletlerarası özel hukukunda, MÖHUK'un bağlama kuralları ve milletlerarası usul hukuku ile uygulamada sıklıkla karşılaşılan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde çocuğun yararının en çok mülhaza edildiği kamu düzeni çerçevesinde bir inceleme yapılmıştır.

Çocuk, aile hukuku meselesidir ve her iki tarafı da etkilemektedir. Bu nedenle tek taraflı olarak yalnızca çocuk bakımından- çocuk merkezli- düzenleme getirilmesinin her zaman doğru olacağı söylenemez. Aile birliği ve düzeninin korunması da çocuğun yararınadır. Nitekim her zaman çocuğun üstün yararı ile aile birliği hukuku arasında mutlak bir çatışma durumu olduğu da söylenemez; aile hukuku genelde çocuğu koruyucudur. Lâkin, doğurduğu sonuçlar bakımından çift taraflı bir ilişkidir ve hükümleri çocuğu etkilediği gibi anne ve babayı da etkilemektedir. Bu nedenle çocuğun korunmaya değer yararının korunması gerektiği görüşümüz burada da telakki etmektedir. Ayrıca çocuk için aşırı yararlanma durumunun da ortaya çıkmaması için çocuk için en iyi korumanın asgari bir koruma (güvence) getirilerek sağlanacağını düşünüyoruz. Çocuğun yararı hilafına sonuç doğuracak durumları bastırmak için kaçış hükümlerinin getirilmesi düşünülebilir. Somut olaya uygulanacak hukuk bu kaçış hükmü sayesinde daha yakından ilişkili bir hukukun uygulanmasına imkân verebilmektedir. Bu noktada getirilecek önerilerden birisi koruyucu hükümler getiren genel bir kaçış hükmü düzenlemesi ile çocuğun yararının daha çok dikkate alındığı ya da çocuğun lehine olan başka bir hukukun uygulanması sağlanabilir.

Ezcümle, yalnızca çocuğun yararı odaklı düzenlemelerin gerçekten çocuğun yararına olup olmayacağı somut olaya göre değişkenlik gösterebileceğinden tartışmaya açık bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Çocuğun korunmaya değer üstün- yararının her somut olayda üst norm olarak dikkate alınacağı ve şemsiye ilke olarak koruyucu olduğu şüphesizdir. Lâkin tarafların menfaatleri çatıştığında çocuğun aşırı korunması adil bir denge oluşmasına engel oluyor ya da olacak ise çocuğun yararının çok geniş yorumlamasının da doğru olmadığını düşünüyoruz. Bireyin burada çocuğun ve toplumun, ailesiyle çatışan yararları ile adil denge kurulabilmeli, ayrıca her iki bağlamda da Devletin belirli bir takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir.

Türk milletlerarası usul hukuku bağlamında MÖHUK'un genel meseleleri ve bağlama kurallarında çocuğun yararının asgari koruma sağlanması nedeniyle önerdiğimiz genel kaçış hükmü usul hukuku bakımından da önerilmektedir. Koruyucu hükümler getiren kaçış hükmü çocuğun yararının korunması amacıyla yetkili mahkeme tespitinde de uygulanabilmelidir. İşçi, tüketici ve sigortaya ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme yerleşim yeri, işçinin işini mutaden yaptığı yer, mutad mesken gibi bağlama noktaları zayıf tarafın korunması amacıyla düzenlenmiştir. Bu nedenle çocuğa asgari koruma sağlanarak kaçış hükmü düzenlemesi önerilmektedir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde de çocuğun yararı kamu düzeni ile korunabilir. Çocuğun yararına olmayan bir kararın tanınıp tenfiz edilmesi kamu düzeni ile engellenebilir, kamu düzeni bu noktada adeta koruma kalkanı görevini üstlenmektedir. Bu nedenle çocuğun üstün yararı ilkesinin kanunlar ihtilafı anlamında etkisi ve sınırının kamu düzeni olacağı kanısındayız.

## V. BÖLÜM

### 5. SONUÇ

Milletlerarası alanda çocuğun korunmasının normatif temellerinin kanunlar ihtilafı hukuku boyutları önemli belirsizlik ve sorunlar içermektedir. Kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin düzenlemelerde doğrudan çocuğun korunmasına yönelik açık bir hüküm ekseriyetle bulunmamaktadır. Hal böyle olunca kanunlar ihtilafı hukuku sistematüğinde çocuğun korunmasının nasıl sağlanacağı meselesiyle karşılaşılmaktadır.

Bu çerçevede Türk kanunlar ihtilafı hukukunu düzenleyen 5718 sayılı MÖHUK'a bakıldığında, öncelikle şu tespiti yapmak mümkün gözükmemektedir:

MÖHUK'un kimi bağlama kuralları (soybağı, evlat edinmede olduğu gibi) doğrudan çocuğun durumuna yönelirken, sözleşme, eşya hukuku, haksız fiil vb. ilişkin kimi kuralları da doğrudan çocuğun durumunu ilgilendirmemektedir. Doğrudan çocuğun durumunu ilgilendiren kuralların da ne kadar çocuğun yararına olduğu ayrı bir tartışma meselesidir. Diğer bir soru ise doğrudan çocuğun durumunu ilgilendirmeyen kuralların uygulanma kapsamında çocuğunun yararının gözetilip gözetilemeyeceğidir. İşte bu nedenle MÖHUK'un bağlama kuralları bu yönden bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

MÖHUK'ta çocuğun yararının doğrudan gözetildiği alanlar olarak çocuğun soybağı, velayet alanında çocuğun statüsü, çocuğun evlat edinilmesi konuları MÖHUK ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında ele alınmıştır. MÖHUK'ta çocuğun yararının dolaylı olarak gözetildiği alanlarda -hak ve fiil ehliyeti alanında, çocuğun adı ve soyadı, vesayeti, nafakası ve miras- incelenmiştir. Ayrıca çocuğun diğer alanlarda korunması başlığı altında çocuğun sözleşme ve iş hukuku bağlamında korunması konularına değinilmiştir. Son olarak da yabancı yargı kararlarının tanınması ve tenfizinde çocuğun yararının kamu düzeni bağlamında mülahaza edilmesi ele alınmıştır.

MÖHUK'un genel sistematüğinde zayıf tarafı koruma amacının güdülmediği söylenemeyecektir. Zira işçi, tüketici zayıf taraf olduğundan MÖHUK hükümlerinde

hem uygulanacak hukuk hem de yetkili mahkeme bakımından asgari koruma getirilerek korunmaktadır. Çocuk da işçi ve tüketici gibi zayıf taraftır ancak MÖHUK'ta çocuğun yararının esas alındığı özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Belirtilmelidir ki özel bir bağlama kuralının ya da pozitif düzenlemenin bulunmaması çocuğun korunmadığı anlamına gelmemektedir; çünkü MÖHUK'ta da çocuğun elverişli bağlama noktaları ile korunması amaçlanmıştır. Örneğin MÖHUK'un soybağının kurulmasına ilişkin hükmünde birden fazla bağlama noktası bulunmaktadır. Şüphesiz soybağının kurulmasını sağlamak hükmün esas amacıdır. Bu amaç çocuğun yararını haklı olarak çocuğun soybağının kurulması şeklinde gerçekleşecektir. Getirilen bağlanma düzeninin soybağının kurulmasına çocuk lehine en uygun olan hukukun uygulanmasını hedefleyen bir sistem olduğu açıktır (*favor legitimitatis*). Öğretide kabul edilen basamaklı bağlama kanımızca çocuğun lehine olan hukukun tercihi imkânını kimi zaman ortadan kaldırmaktadır. Bu noktada belirtilmelidir ki alternatif bağlamanın tercih edilmesi ile çocuğun lehine olan hukukun uygulanması mümkün olabilecektir ancak hakim tüm bağlama noktalarının araştırılmasına girişmek zorunda kalacaktır. Ancak çocuğun korunmaya değer yararının hakiminkin hukuk araştırması yapması hususuna baskın gelmesi gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim MÖHUK'un 2. maddesi de hâkimin yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebileceğini düzenlemiş, sürecin hızlanmasına katkıda bulunmaktadır. Zira çocuğa ilişkin uyuşmazlığın mümkün olan en kısa sürede çözümlenmesi de çocuğun yararına hizmet edecektir. Eğer amaç yalnızca çocuğun soybağının kurulması ise bu birçok hukuk yetkili kılınarak sağlanabilir. Bu noktada daha önemli olan soybağının kurulduktan sonra tâbi olacağı statünün çocuğun yararına olup olmayacağıdır. Küçük çocuğun soybağının hüküm ve sonuçları bakımından hangi hukukun uygulanacağından çok, asgari korumanın sağlanıp sağlanmadığı önemlidir. Bu nedenle, çocuğun yararı hilafına sonuç doğuracak durumlardan kaçınmak için çocuğun yararına/lehine olan asgari koruma hükümlerinin getirilmesi düşünülebilir. Bu minvalde de Türk hukukunun sağladığı asgari korumanın sağlanma şartı da getirilebilir.

Çocuğun soybağının kurulması çocuğun yararı için ne kadar önemli ise soybağı hüküm statüsü de doğurduğu sonuçlar bakımından çocuğu doğrudan etkilediğinden çocuğun yararı bağlamında oldukça önem arz etmektedir. Burada tartışılması gereken konu,

soybağı hüküm statüsünün soybağını kuran statüye tabi tutulmasının doğru olup olmadığıdır. Bu durumda bir hüküm (kaçış hükmü gibi) getirilip getirilemeyeceği tartışmaya açıktır. Kanımızca, çocuğun korunmaya değer (üstün) yararı gerektiriyorsa soybağını kuran hukukun değil, daha lehteki bir hukukun uygulanması ile çocuğun yararı korunabilir. Zira MÖHUK'un 2/3. maddesi uyarınca soybağının kurulması ve hükümleri bakımından atıf dikkate alınacağından en azından çocuğa yönelik asgari koruma hükmü getirilmelidir. Asgari koruma ile hem hükmün amacı gerçekleştirilecek hem de atıf dikkate alınsa dahi çocuk korunabilecektir. Bu nedenle hem soybağının kurulması hem de soybağı hüküm statüsünde çocuğun asgari korunmasını sağlayacak bir bağlama kuralı önerilebilir.

Çocuğun velayeti de çocuğun yararı bağlamında oldukça önem arz eden bir konudur ve MÖHUK'ta çocuğun velayetine ilişkin özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Çocuğun yararı ile doğrudan ilgisi olan velayet evliliğin genel hükümlere tabidir. Oysaki evlilik eşler arası bir meseledir ve eşler arasındaki ilişkiyi esas almaktadır. Çocuğun velayetinin evliliğin genel hükümlerinde konumlandırmak yerine çocuğun yararının özel bir düzenleme ile gözetilebileceği kanısındayız. Evlilik birliği içinde aile bütünlüğünün esas alınması sebebiyle eşlerin müşterek haklarının uygulanması yerinde görülebilir. Müşterek milli hukuk, müşterek mutad mesken gibi müşterek hukukunun uygulanması mutlaka çocuğun yararına olacak diye bir durum yoktur; çünkü çocuk ayrı bir bireydir. Çocuğun en çok korunmaya muhtaç olduğu zaman aile birliğinin yıkıldığı, çocukla kişisel ilişki kurulmasında ortaya çıkan sorunlar ve sonrasında devam eden süreçtir. Bu süreçte ve boşanma sonrasında, çocukların fiziksel, zihinsel ve ruhsal iyiliklerinin korunması, çocukların üstün yararının gözetilebilmesi ile mümkün olabilir. Bu nedenle özellikle boşanma sonrası dönemde MÖHUK'a velayet konusunda özel bir düzenleme eklenmesi gerektiği kanısındayız. Bu düzenlemenin merkezinde çocuk olmalı ve soybağına ilişkin bağlama kuralında da önerildiği gibi çocuğun üstün yararına olan elverişli hukukun uygulanmasına ilişkin bir alternatifli bağlama kuralı önerilebilir. Örneğin müşterek velayet çocuğun yararı için o somut olayda uygun değilse ve bağlama kuralı müşterek velayetin mümkün olduğu hukukun uygulanmasını işaret ediyorsa çocuğun yararı için bu durumdan kaçınabilmek gerekir. Ancak mevcut düzenlemeler ile kamu düzeni müdahalesi hariç şimdilik bu hukukun



uygulanmasından kaçınmak mümkün değildir. Özellikle yabancı uyumsuzlukların arttığı günümüzde müşterek velayet konusu ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Her durumda da müşterek velayetin çocuğun yararına olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Zira somut olayın koşullarına göre çocuğun yararı değişeceğinden “çocuğun yararı tehlikeye düşmediği takdirde” ibaresinin çocuğa ilişkin hükümlere eklenebileceğini düşünüyoruz. Son tahlilde, çocuğun üstün yararının sınırı çocuğun yararının tehlikeye düşmemesi ile çizilebileceği kanısındayız.

MÖHUK'ta çocuğun üstün yararının dikkate alınması gereken bir diğer önemli konu da çocuğun öz ad ve soyadına ilişkin durumun belirsizliğidir. Kanımızca evlilik içinde, evlilik dışında doğan çocuk ayrımı yapılmaksızın ada (öz ad ve soyad) uygulanacak hukukun, kişinin milli hukuku olarak kabul edilmesi ile çocuğun üstün yararı dikkate alınabilecektir. Çocuğa koyulacak ad gülünç, çocuğu zor durumda bırakarak çocuğu gelecekte olumsuz etkileyecek nitelikte olmamalıdır çünkü ad hususunda kamu hukuku boyutları da bulunmaktadır. Soyad meselesinin ise soybağı veya evlilik/boşanma statüsü gibi farklı statülerde ele alınması çocuğun yararına olamayabilecektir, zira her statüye göre farklı bir sonuç bağlanabileceğinden çocuğun yararı için doğrudan ehliyet statüsü (MÖHUK m. 9) kapsamında ele alınması gerekmektedir. Çocuğun adı ve soyadı kişinin vazgeçilmez unsurları olduğundan çocuğun milli hukuku kapsamında değerlendirilmesinin çocuğun yararına olacağını düşünüyoruz. Özellikle yabancılık unsuru barındıran uyumsuzluklar bakımından boşanma sonucu çocuk ile annenin farklı soyadlara sahip olması milletlerarası alanda sorunlara yol açabilmektedir.

Vesayet konusu doğrudan çocuk ile ilgili olmasa da velayet altında olmayan çocuk vesayet altına alınacağından sonuçları bakımından çocuğun yararı ile yakından ilişkilidir. Bu nedenle çocuğun vesayetine ilişkin MÖHUK'ta açık bir hüküm bulunmamasının bir eksiklik olduğu kanısındayız. Çocuğun yararı ile ilgili olan çocuğun vesayeti için MÖHUK'ta soybağı gibi ayrıca bir düzenleme getirilerek çocuğun yararı en iyi şekilde korunabilecektir.

Çalışmada MÖHUK'un her bir bağlama kuralının çocuğun yararına ilişkin olumlu ve olumsuz yanları tespit edilerek gerekli ise MÖHUK'ta her bir bağlama kuralı özelinde çocuğun yararının dikkate alınabileceği özel bir bağlama kuralı önerisi yapılmıştır.

Somut olayda çocuğun yararı değişkenlik göstereceğinden MÖHUK'ta önerilen özel bağlama kuralının çocuğun üstün yararını nasıl dikkate alacağı hükmün işlevi ve mahiyeti bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle MÖHUK bağlamında çocuğun üstün yararının dikkate alınabilmesi için genel bir düzenlemenin yapılması da önerilmektedir. Çocuğa ilişkin her biri durumun ayrı ayrı incelendiği çalışmada genel bir düzenleme ile çocuğun yararının en azından asgari düzeyde korunmasının sağlanabileceği kanısındayız. MÖHUK'da somut olaya uygulanacak yetkili hukukun çocuğun yararı gözetilerek tespit edilmesi halinde çocuk korunabilecektir. Diğer yandan çocuğun üstün yararı çocuğa ilişkin her durumda dikkate alınması gereken bir ilkedir ve bu ilke temel alınarak milletlerarası sözleşmeler ve iç hukuk düzenlemeleri hazırlanmaktadır. Buna dayanılarak MÖHUK'a getirilecek genel bir düzenlemenin gerekli olmadığı sonucuna da varılabilir. Ancak çalışmada da birçok kez belirtildiği üzere milletlerarası özel hukuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda var olan genel meselelerin somut olaya etkisi ile MÖHUK'un bağlama kuralları çerçevesinde tespit edilen uygulanacak hukukta her zaman çocuğun yararı dikkate alınamayabilir. Bunun sonucunda çocuk zayıf taraf olduğundan sonuç körlüğünden etkilenebilecektir. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ile menfaatler kuramında denge sağlanamayabilecektir. İşte bu noktada her ne kadar çocuğun üstün yararı temel ilke olarak baz alınsa da bazı durumlarda çocuğun daha lehine hukuk var iken uygulanamaması söz konusu olabilir. Milletlerarası özel hukuk mahiyeti itibarıyla yol gösterici kurallar olarak düzenlenmiştir ve olaya uygulanacak hukukun tespiti ile görevi sona ermektedir. Bu süreçte uygulanacak hukukun tespitinde sabit bağlama noktaları ile çocuğun yararı gözetilemeyebilir. Bu nedenle önerilen hüküm (kaçış) ile sonuç körlüğünden kaçınılarak çocuğun asgari korunmasının sağlanabileceği kanısındayız. Getirilecek genel bir hüküm, çocuğa ilişkin uyuşmazlıklarda çocuğun yararının dikkate alınabildiği /asgari koruma sağlayan çocuğun daha lehine olan hukukun uygulanmasına hizmet edebilir. Böyle bir hükmün de halin şartlarına göre haklılık arz etmesi gerekir.

Önerilen hükmün amacı çocuğa asgari koruma sağlamakla birlikte çocuk için daha iyi/uygun/daha lehe hukuku sonuç doğurabilecek hukukun uygulanabilme imkânı sağlamaktır. Önerilen hüküm kaçış hükmü niteliğinde olabilir zira kaçış hükmü genellikle daha sıkı ilişkili hukuk bağlamında değerlendirilirken çocuğun yararında

daha sıkı ilişkili hukuk bağlama noktasının yetersiz olduğunu, bu nedenle çocuk için koruyucu bir hüküm düzenlemesinin ancak çocuğun yararına hizmet edeceği kanısındayız. Zira tespit edilen birçok yetkili hukuk çocuğun yararına olabilir böyle bir durumda da daha iyi/daha elverişli/daha uygun hukukun uygulanması için kaçış hükmüne gidilmesi çocuğun aşırı yararlanma durumuna da sebep olabilir. Bu nedenle aşırı yararlanma durumunun engellenmesi gerekmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki kamu düzeni zaten çocuğu korumaktadır bu nedenle gerçekten bir kaçış hükmüne gerek var mıdır? Çocuğun üstün yararına hizmet etmeyen durumlarda kamu düzeni müdahalesi devreye girmektedir ancak kamu düzeni mahiyeti itibarıyla değişken olduğundan uygulamada farklılık doğurabilir. Bu nedenle her durumda kamu düzeni istisnasının devreye girmesi çocuğun yararını her durumda koruyamayabilecektir. Hatta çocuğa ilişkin her durumda kamu düzeni müdahalesi çocuğun yararına olacak bir durumun engellenmesine de sebep olacağından çocuk için özel bir düzenleme önerilmektedir.

MÖHUK'un bağlama kurallarında çocuğun yararının asgari koruma sağlaması nedeniyle önerdiğimiz genel hüküm usul hukuku bakımından da önerilmektedir. Çocuğun yararının korunması amacıyla yetkili mahkeme tespitinde de kaçış hükmü gündeme gelebilmelidir. Zaten MÖHUK'un sistematüğinde milletlerarası usul hukuku kısmında zayıf tarafı koruyucu nitelikte hükümler yer almaktadır. Tüketici, işçi için asgari koruma güvencesi sağlandığına göre – küçük – çocuklar için de asgari koruma sağlanabilir. Buna engel bir durumun olmadığını, aksine gerek olduğunu düşünüyoruz.

MÖHUK uygulamasında en çok karşılaşılan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda da çocuğun yararı incelenmeye alınmıştır. Müşterek velayete ilişkin kararın tanınması ve tenfizi ile bir kez daha gündeme gelen ve çocuğa ilişkin her uyuşmazlıkta mutlaka dikkate alınması gereken çocuğun yararı kamu düzeni ile korunabilir. Çocuğun yararına olmayan bir kararın tanınıp tenfiz edilmesi kamu düzeni ile engellenebilir (MÖHUK'un 54/c maddesi), kamu düzeni bu noktada adeta koruma kalkanı görevini üstlenmektedir. Uygulanacak yetkili hukukun çocuğun yararını dikkate almadığı ve bu yabancı hukuk hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde MÖHUK'un 5.maddesi bağlamında kamu düzenine aykırılık söz konusu olur ve

hüküm uygulanmaz. Bu nedenle çocuğun üstün yararı ilkesinin kanunlar ihtilafı anlamında etkisi ve sınırının kamu düzeni olacağı kanısındayız.

Sonuç olarak çocuk korunmaya değerdir ve çocuğa ilişkin özel bir düzenleme olmadığından MÖHUK'ta bundan kaynaklı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu ikilemin ortadan kaldırılması için genel bir düzenleme önerilmektedir.



## KAYNAKÇA

Abik Y, 'Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı' (Filiz Kitabevi, 2011) (Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan) 1-75.

Abik Y, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı* (1st edn, Seçkin 2005).

Acun Mekengeç M, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması' (2013) XVII (3-4) 237-283.

Acun-Mekengeç M, 'Evlat Edinme Ehliyet ve Şartlarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2019) (177-178) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1263 – 1292.

Ağaoğlu C, 'Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu' (2020), 40(1) PPIL, 437- 480.

Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (Vedat 2020)

Akıncı Z and Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat 2010)

Akıntürk T and Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış (19th edn 2016)

Akkışla HS, *Velayetin Tevdii* (1st edn, Turhan Kitabevi 2017)

Akyüz E, *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, (Uluslararası Hukuk), Ankara: Milli Eğitim Basımevi 2000.

Akyüz E, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (Çocuk)(8th edn, Pegem Akademi 2021)

Akyüz E, *Hâkimin Velayet Hakkına Müdahalesi* ( Basılmamış Doktora Tezi) (Hakim), Ankara 1974.

Allarousse V, 'A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law' (1991) 23 Case Western Reserve Journal of International Law 479-516.

Alston P, 'The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights' (1994) 8 International Journal of Law and the Family, 1-25.

Altınköprü T, *Çocuğun Başarısı Nasıl Sağlanır* (11th edn, Hayat Yayıncılık 2003)

Altıparmak, AK 'Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme' (2020) 6 (2) AndHD 411-433.

Allen AL, 'Privacy, Surrogacy, and the Baby M. Case' (1988) 76 Geo. L.J. 1759-1792.

Ansay SŞ, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku* (2nd edn, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınlarından 1954)

Arat T, 'Evlat Edinme Hukukundaki Gelişmelere Toplumsal- İşlevsel Açıdan Bakış' (1977) Prof. Dr. Osman Berki'ye Armağan, Ankara 1977, 105-178.

Arat T, *Evlat Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları* (yayımlanmamış doçentlik tezi), Ankara 1982.

Arslan İ, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2014)

Assim MU and Sloth-Nielsen J, 'Islamic Kafalah As An Alternative Care Option For Children Deprived of A Family Environment', (2014) 14 African Human Rights Law Journal (AHRLJ) 322-345.

Ataay A, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3th edn, İstanbul Üniversitesi 1978)

Atabek RO and Saymen FH, 'Le Nom Des Personnes Dans Les Codes Civils Suisse Et Turc" ( 1936) 2 (0) Journal of Istanbul University Law Faculty, 250-260.

Ayar A, 'Türk Hukukunda Çocukların Anne Babalarına Karşı Korunması' Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Tuğçe Tuzcuoğlu and A. Hulki Cihan (eds) (On İki Levha Yayıncılık 2019) 241- 248.

Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, (Yasaların Çatışması) (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008)

Aydoğdu M, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2009)

Aygül M, 'Evlat Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kazanılması ve Kaybedilmesi' (2012) (99) TBBD 45-80.

Aygün M, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Yeri' (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekantez'e Armağan,)1025-1066.

Aygün M, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem, Uygulanacak Hukuk, Nafakaya İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi, Nafaka Alacaklarının Tahsili*, (1st edn, Yetkin Yayınları 2017)

Bağlı M, ‘Türk Modernleşmesi Bağlamında Hukuk ve Yargılama: Çocuk Yargılaması’ “II. Ulusal Çocuk ve Suç Sempozyumu Bildiriler” (2003) Türkiye’de Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı.

Bahçivancı- Tekdoğan I, ‘Taşıyıcı Anneliğin Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme’ in Suzan Süheyla Gökalp Alıca and Necdet Basa (eds) II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Cilt-1 (Türkiye Barolar Birliği 2019) 747-763.

Baktır Çetiner S, *Velayet Hukuku*, (1st edn, Yetkin Yayınları 2000)

Bala N, ‘Hidden Costs of the EctHR Surrogacy Decision’(2014) 40 The Yale Journal of International Law Online 11-19.

Bamberger HG and Roth H, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3: §§ 1297-2385 - EGBGB – CISG* (Verlag C. H. Beck München 2003)

Başoğlu B, ‘Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi’, (2017) 8 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- 351- 378.

Batıgün ES, *Milletlerarası Aile Hukukunda Velayet ve Çocuğun Korunması* (1st edn, Seçkin 2021)

Boulangier F, *Les Rapports juridiques entre parents et enfants*, Perspectives comparatistes et internationales, Economica Paris 1998.

Baygın C, *Soybağı Hukuku*, (1st edn, On İki Levha Yayınları 2010)

Baygın C, ‘Evlat Edinmenin Koşulları’ (Evlat Edinme) (2003) 7 (3-4) AÜEHFD 591-626.

Beaumont PR and Trimmings K, ‘Working Paper No 2015/2: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights In The Area Of Cross-Border Surrogacy: Is There Still A Need For Global Regulation of Surrogacy?’, In G. Biagioni, & F. Ippolito



(eds.), *Migrant Children in the XXI Century: Selected Issues of Public and Private International Law* Editoriale Scientifica. 1-5.

Belen H, *Yeni Medeni Kanun Uyarınca Evlat Edinme* (1st edn, Beta Basım Yayım 2005)

Belling, Detlev W.: 'Horizontal Effect Of Fundamental Rights In Turkish-German Private Law', Çeviri: İnce, Nurten: *Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, (Temel Haklar)* (2014) 12 (137) *Legal Hukuk Dergisi* 1-59.

Bennett Woodhouse B, 'Child Custody in the Age of Children's Rights: The Search for a Just and Workable Standard' (1999) 33 *Family Law Quarterly* 815- 832.

Bergmann A, Ferid M and Henrich D, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht – mit Staatsangehörigkeitsrecht* (6th edn, Verlag für Standesamtswesen Frankfurt a. M. Berlin 1983)

Berki OF, *Devletler Hususî Hukuku* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1956)

Berki OF, *Kanuni Miras ve Ölüme Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanun İhtilafları, (Miras)* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1960)

Berki OF, *Türk Hukukunda Kanun İhtilafları, (İhtilaf)* (2nd edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1971)

Berki Ş, 'Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlatlığın Mirası' (1952) IX (1-2) *AÜHFD* 1-39.

Bernitt CC, *Die Anknüpfung von Vorfragen im Europäischen Kollisionsrecht* (1st edn, Mohr Siebeck, Tübingen 2010)

Biagioni G, ‘On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships’ in Gallo Daniele, Paladini Luca and Pustorino, Pietro (eds) *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions* (Springer 2014) 359-381.

Birinci Uzun T, ‘Aile Soyadı Çıkması – Anayasa Mahkemesi’nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi’ (2016) 4 Ankara Barosu Dergisi 99-137.

Birinci Uzun T, ‘Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli’ (2016) 6 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 135–166.

Bischoff K, *EGBGB Art. 19* in Barbara Dauner- Lieb and Werner Langen (Hrsg), *BGB Schuldrecht* (Nomos Kommentar, Band 2,3. Auflage) (Nomos Verlag Baden Baden 2016)

Blondel P, *Étude Juridique sur le Nom Patronymique*, (1st edn, J.B. Sirey ve Larose & Forcel Yayınları 1905)

Brauchli A, *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts* (1st edn, Schultess 1982)

Brinig MF, ‘Shared Parenting Laws: Mistakes of Pooling?’, *Notre Dame Legal Studies Paper No. 1426* (August 14, 2014) 49- 100.

Budzikiewicz C, *Materielle Stauseinheit und kollisionsrechtliche Statusverbesserung* (1st edn, Mohr Siebeck 2007)

Büchler A and Clausen S, ‘Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung/Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen Art. 298’ in: Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland (eds), *CommFam, Scheidung Band I: ZGB/Band II* (3rd edn, 2017)

Calciano EM, 'United Nations Convention on the Rights of the Child' : Will It Help Children in the United States (1992) 15 (3) Hastings International and Comparative Law (Spring 1992)

Can H and Tuna E, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (MÖH) (4th edn, Adalet Yayınevi 2019)

Can H and Toker AG, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2016)

Can H, Tuna E and Tuna N, *Çocuk Hukuku*, (1st edn, Nobel Yayınevi 2019)

Can H, 'Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Hizmet Almak İsteyen Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı-Avrupa Birliği Adalet Divanı 'Ecem Demirkan' Kararı' (Karar) (2014) Ankara Sanayi Odası Yayın Organı (ASOMEDYA) 26-53.

Ceylan E, 'Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' (2017) 19 Özel Sayı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan) 349-375.

Cheshire GC, *Private International Law*, (13rd edn, Oxford University Press 1999)

Çelik Baran N, *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması* (1 st edn, Yetkin Yayınları 2021)

Coester M, *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff*, Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft Arbeiten zur Rechtsvergleichung) (1st edn, Metzner 1983)

Collins L, Dicey Morris and Collins *on the Conflict of Laws* in Briggs, A, Harris, J, Mc Clean, J.D, Mc Lachlan, C, Morse, C.G.J (eds) (2006) I (14).

Cortina C and Festy P, 'Same-Sex Couples and Their Legalization in Europe: Laws and Numbers' in: Digoix M. (eds) Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe. European Studies of Population 24 (Springer 2020)

Çelik Şeşen H, Kamu Düzeni kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru (1 st edn, Seçkin Yayıncılık 2018)

Cemil Ç, ‘Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi’ (2005) eAkademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi, 1-36.

Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, 2020)

Çelikel A, ‘Evlat Edinmenin Kanunlar İhtilafı Bakımından Getirdiği Problemler’ (Evlat Edinme) (1964) 30 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 217-233.

Dardağan Kibar E, ‘Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar’ (2012) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) 541-560.

Dayınlarlı K, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni’ (1988) Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Armağan 653-692.

de Busser C, ‘Church–state relations in Spain: Variations on a National-Catholic theme?’(2006) 67 (4) The political Geography of religion: Historical state-church relations in Europe and recent challenges 283-294.

Demir Gökyayla C, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet’ (Vesayet) (2011) 1 Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi ( Ata Sakmar’a Armağan) 403-428.

Demir Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2001)

Devers A, (Çevirenler: Bilgin Tiryakioğlu/ Necla Öztürk) ‘Evlilik Dışı Beraberliklerin Milletlerarası Özel Hukuk Yönü Uygulanacak Hukuka İlişkin Fransa’daki Bazı Görüşler’ (2017) 37 (2) MHB 963–994.

Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Vatandaşlık) (Güncellenmiş 17 th edn, Savaş Yayınevi 2021)

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş Yayınevi 2019).

Doğan V, ‘Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku’ (1998) 6 (1-2) (Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a ARMAĞAN), 821 – 849.

Dörner H, ‘Probleme des neuen internationalen Kindschaftsrechts’ in FS Henrich, 2000, 119-131.

Dörner H, Ebert I, Hoeren T, Kemper R, Saenger, I, Scheuch A, Schreiber K, Schulte-Nölke H, Staudinger A and Volker W, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Handkommentar, Kommentar, Buch. Hardcover (10. Auflage, Nomos 2019)

Dural M, Öğüz T and Gümüş, MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (16<sup>th</sup> edn, Filiz Kitabevi 2021)

Dutta A, *Ein Name in ganz Europa* in Dutta, Anatol/Helms, Tobias/ Walter Pintens : Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht,(1st edn, Wolfgang Metzner Verlag 2016)

Ebenroth CT and Eyles U, Der Renvoi nach der Novellierung des deutschen Internationalen Privatrechts, IPRax 1989.

Egger A, (Türkçeye Çeviren: Volf Çernis) *Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku 3. Kısım, Vesayet, Türk Medeni Kanunu Md. 346-438* (1st en, yeni Cezaevi Matbaası 1952)

Ekő N, ‘5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları’ (Kararlar) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2010)

Ekő N, ‘Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar’ (Taşıyıcı Annelik) (2016) 36 (2) MHB 1-51.

Ekő N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, (Milletlerarası Yetki) (2nd edn, Beta Basım Yayın 2000)

Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Yabancı Mahkeme) (1st edn, Beta Yayıncılık 2013).

Elçin D, *Milletlerarası Unsuurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (1 st edn, Adalet Yayınevi 2012)

Elçin Grassinger G, 'Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar' (Çocuğun Menfaati) (2010) 1 (Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan) (XII Levha 2010) 823-847.

Elçin Grassinger G, *Medeni Kanunda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (Tedbirler) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2009).

Elçin Grassinger G, 'Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı', (İsviçre) (1997) 55 (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Türkan Rado'ya Armağan Sayısı) 235-241.

Elçin GE, 'Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler' (Soybağı) (2015) 35 (1) Public and Private International Law Bulletin 97-102.

Engel M, 'Cross Border Surrogacy: Tie For a Convention' (2013) Fifth Conference of the Commission on European Family Law (Social Science Research Network).

Erdem B, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (7th edn, Beta 2019).

Erdem B, 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 38(E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar' (1993) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi (Prof. Dr. Mahmut Belik'e Armağan) 107-127.

Erdem B, ‘Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile ilgili Brüksel II Tüzüğü’ (Brüksel II Tüzüğü) (Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı-İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını 2006) (18) 133-167.

Ergene D, ‘İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının Ve Çocuğun Soyadı Meselesi Ve Medenî Kanun’da Değişiklik Önerisi’ (2011) 31 (2) MHB 123-176.

Erman WA and Hohloch G, *BGB* ( 10th edn, 2000).

Erol Y, *Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (1st edn, Yetkin Yayınları 2012).

Esen S and Doğanoğlu AE, ‘Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Normatif Değeri ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?’ (Ankara Barosu Yayınları Ankara 2021).

Espinosa Calabuig R and Carballo Piñeiro L, ‘Child Protection in European Family Law’ in: Pfeiffer, Thomas, Lobach, Quincy C. and Rapp, Tobias (eds.): *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg (Heidelberg University Publishing 2021) 49-90.

Fendoğlu HT, *Çocuk Hakları Hukuku* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2021).

Ferid, Murad: *Internationales Privatrecht: das neue Recht; ein Leitfaden für Praxis und Ausbildung* (3rd edn, Frankfurt/M. 1986).

Feyzioğlu FN, *Aile Hukuk* (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2nd edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1986).

Field M, ‘Compensated Surrogacy’ (2014) 89 (4) *Symposium: Compensated Surrogacy in the Age of Windsor*, *Washington Law Review* 1155-1184.

Finan, CL. , 'Convention on The Rights of The Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction' (1994) 34 (3) Santa Clara Law Review 1007-1038.

Finkielkraut A, 'La nouvelle statue de Pavel Morozov' in Le Monde, 1990.

Forsyth C, 'Characterisation Revisited: An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws' (1998) 114 (1) Law Quarterly Review, 141-161.

Foyer J, 'Problèmes de conflits de lois en matière de la filiation'(1985/IV) (193) Recueil des Cours, 1, 27.

Frelich Appleton S, 'Surrogacy Arrangements and the Conflict of Laws' (1990) Wis. L. Rev., 392-482.

Funderburk C, 'Best Interest of the Child Should Not Be an Ambiguous Term' (2013) 33 (2) CHILD. LEGAL RTS. J. 229-266.

Gamillscheg F, 'Labour Contracts' in K. Lipstein (ed), International Encyclopedia of Comparative Law, 3 (28) (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1972) 3-24.

Gander MJ and Gardiner HW, *Çocuk ve Ergen Gelişimi* Bekir Onur (ed) (8th edn, İmge Kitabevi Yayınları) Ankara 2010.

Gelgel Öztekin G, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar* (1st edn, Filiz Kitabevi 2000)

Gelgel Öztekin G, 'Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler'(2005) 4 (8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119-148.

Gelgel Öztekin G, 'Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması Ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler' (2015) 35 (2) MHB 107-138.



Gelgel G, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, (Çocuk Hukukundan Doğan Problemler) (1st edn, Beta İstanbul 2012).

Gelgel Öztekin G, 'Devletler Özel Hukukunda Velayet-Çocuk Kaçırımları- Evlat Edinmeye İlişkin Problemler' (2008) (18) Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını.

Gemalmaz S, *Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler* (1st edn, İstanbul Barosu Yayınları 2002).

Genç Arıdemir A, 'Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu' (2017) (Çocuk Hakları Çalışmaları I) 139- 154.

Gençcan ÖU, *Milletlerarası Aile ve Usul Hukuku* (1st edn, Yetkin Yayınları 2020).

Gençcan ÖU, *Miras Hukuku* (Miras), (3rd edn, Yetkin Yayınevi 2016).

Giray FK, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Korunan Çocukların İadesi*, (Çocukların İadesi) (1st edn, Beta Yayınevi 2010).

Giray FK, 'Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi' (Hakkaniyet) (2011) VIII (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan) 555-577.

Giray FK, '19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk', (Vesayet), 2020) 40(1) PPIL Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 353-399.

Giray FK, 'Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme' (1999-2000) 19 (1-2) MHB (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan) 333-350.

Glos GG, 'The Spanish Divorce Law of 1981' (1983) 32 Int'l & Comp. L.Q. 667-688.

Goldschmidt W, *Derecho Internacional Privado-Derecho de la Tolerancia* (6th edn, Depalma 1988).

Goldstein J, Freud A and Solnit AJ, 'Beyond the Best Interests of the Child' (1974) 74 (5) *Columbia Law Review* 996-1015.

Griffith R, 'What is Gillick Competence?' (2016) 12(1) *Hum Vaccin Immunother* 244–247.

Guralnick MS, *Interstate Child Custody Litigation, Tools, Techniques and Strategies* (1st edn, American Bar Association 1993).

Güngör G, *Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Şeyler*, (Tabiiyet Hukuku) (1st edn, Yetkin Yayınları 2014).

Güngör G, *Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku*, (1st edn, Yetkin Yayınevi 2021).

Hale B, 'Regulation of International Surrogacy Arrangements: Do We Regulate the Market, or Fix the Real Problems?' (2013) 36 (3) *Suffolk Transnat'l L. Rev.*,501-526.

Harder-Herken D, *Das Wohl des Kindes und der Begriff "Kindeswohl"*, Inaugural-Dissertation (Berlin 1987).

Heiderhoff Bettina, 'Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterschaft' 2015 68 (7) *Neue juristische Wochenschrift: NJW* 479-485.

Heini A, Keller M, Siehr K, Vischer F and Volken P, *Kommentar Zum Bundesgesetz Über Das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, (Schulthess, Zürich 1993).

Heinrich D, 'Vorfragen im Familien- und Erbrecht: eine unendliche Geschichte' (2012) *Liber Amicorum Klaus Schurig: zum 70. Geburtstag* 63-72.

Heldrich A, ‘Das Internationale Privatrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof’ in Heldrich, Andreas/ Hopt Klaus J. (eds), 50 Jahre Bundesgerichtshof- Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000, FS 50 Jahre BGH, Bd. II, 2000) 734-776.

Helms T, ‘*Abstammung nach in Kalifornien durchgeführter Leihmutterschaft*’ (2015) Anmerkung zu BGH v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, FamRZ 245 – 246.

Helvacı İ, *Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Türk Medeni Kanunu Cilt II* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2013).

Henrich D, ‘Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?’ , in: FS-Stoll 2001 437–450.

Henrich D, Wagenitz Thomas and Bornhofen H, *Der Name im Internationalen Privatrecht* (1st edn, Verlag für Standesamtswesen 2007).

Hepting R, ‘Angleichung im internationalen Namensrecht’ in StAZ (Verlag für Standesamtswesen 2001).

Heuer S, *Neue Entwicklungen im Namensrecht* (1st edn, Verlag Dr. Kovac 2006).

Hodgkin R and Newell P, *Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child* (3rd edn, UNICEF 2007).

Hohloch G, ‘Nafaka Statüsü ve Hukuk Seçimi’ (Nafaka) (Çeviren: Yıldız Abik), (2011) 2 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 523- 543.

Hohloch G, ‘Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft (Devletler Topluluğunda Kanunlar İhtilafı Hukuku Avrupa Birliği’nde Uluslararası Özel Hukuk ve Usul Hukukunun Yapısına Dair), Zu den Strukturen eines internationalen Privat- und Verfahrensrechts in der Europäischen Union’, in: FS-Stoll (2001) 533–552.

Huysal B, *Devletler Özel Hukukunda Velayet* (1st edn, Legal Yayıncılık 2005).

Işıқтаç Y, *Çocuk Hukuku Ders Notları* 2015.

Işıntan P, ‘Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?’ (2012/1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 265-279.

Ivanits N, ‘Elterliches Einvernehmen und Kindesbeteiligung’, *Kindschaftsrecht und Jugendhilfe* (2012) Heft 3 99-104.

İlyaz E, *Milletlerarası Aile Hukukunda Çocuğun Vesayeti* Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019.

İnan AN, ‘Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi’ (Beyanname) (1968) I (1-4) Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi 201-219.

İnan AN, ‘Çocuk Hukuku Bakımından Korunma Kararı, Koruma ve Emniyet Tedbiri Kavramları’ (Tedbir) (1996) 5 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ’ye Armağan), 1-21.

İnan AN, *Çocuk Hukuku*, (Çocuk) (1st edn, Ankara Üniversitesi Yayını 1968).

İrge Erdoğan B, ‘5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme’(2018) 20 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 397- 430.

İzmirli Ayhan L, ‘Milletlerarası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin 13/1-B Maddesi Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Çocuğun Mutad Meskenine İadesine Etkisi’ (2021) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 469-512.

Jyothi Kanics, ‘Preventing and Addressing Statelessness In the Context of International Surrogacy Arrangements’ (2014) 19 *Tillburg Law Review*, 117-126.

Kahn-Freund O, 'General Problems of Private International Law', (1974/III) 143, Recueil des Cours, 139-474.

Kahraman S, 'Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Etkisi', in Günseli Gelgel Öztekin and Faruk Kerem Giray (eds) Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler (1st edn, Beta 2017) 227-258.

Kahraman S, *Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet*, (Velayet) (1st edn Onikilevha Yayıncılık 2019).

Kalafatoğlu MP, 'Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Soybağı Esası ve Soybağının Ortadan Kalkmasının Türk Vatandaşlığı Üzerindeki Olası Etkileri' (2021) 41(2) PPIL 517-557.

Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (2nd edn, Filiz Basım Yayın 2011).

Kartzke U, Renvoi und Sinn der Verweisung, IPRax 1988, S. 8.

Kegel G, 'The Crisis of Conflict of Laws' 1964/2 (112) Rec. Des. Cours 1-263.

Kegel G and Schurig K, *Internationales Privatrecht* (9th edn, Verlag C.H.BECK 2004).

Kegel G, 'Die Ermittlung ausländischen Rechts, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht' in Dierk Müller Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht (Ermittlung) (1st edn, De Gruyter 1968) 157-184.

Kılıçarslan-İsfen S, 'Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi' (2011) I (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193-208.

King M and Kratz C, 'La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence ?' (1992) 22 Droit et Société Année 607-638.

Klaff RL, 'The Tender Years Doctrine; a Defense' (1982) 70 (2) California Law Review 335, 372.

Klinkhart, Horst: 'Zweierlei Zweite Adoptionen'(1995) Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts (IPrax 4/1995), 238ff. (Çeviri: Ahmet Cemal Ruhi, İki Türlü İkinci Evlat Edinme Schwandorf (Sulh Mahkemesinin 28.07.1992 tarih ve XVI 4/91 Sayılı kararı ) (2002) VI (1-4) AÜEHFD.

Koç N, Türk Medeni Kanundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış' (2005) 7 (Özel Sayı) DEÜHFD (Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan) 99-120.

Koçhisarlıoğlu C, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması* (Yasanın Aşılması) (1st edn, Turhan Kitabevi 2014).

Koritz N, 'Kinderrechte im Konflikt ihrer Eltern Die Gefahr in Streitzeiten die Rechte der Kinder zu missachten' (2012) Heft 5 Zeitschrift für die Anwaltpraxis Familie Partnerschaft Recht 212- 215.

Köksal M, 'Çocuğun Menfaati Konusunda Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler', in 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (2017) Cilt I.

Köprülü B and Kaneti S, *Aile Hukuku* (1st edn, Özdem Kardeşler Matbaası 1989).

Köster T, *Sorgerecht und Kindeswohl, Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts* (1st edn, Peter Lang 1997).

Kropholler J, *Internationales Privat Recht § 1 VI 1* (5th edn, Mohr Siebeck 2004).

Kurt LM, 'Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet' (Ortak Velayet) (2008) 9 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157- 186.

Kurt LM, 'Ceninin Malvarlığı Hakları' (2011) 2 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177-209.

Lagarde P, 'Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention' (HCCH Publications 1998).

Lale M, *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku* (1st edn, Seçkin 2014).

Larenz K and Wolf M, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9th edn Verlag C.H Beck 2004).

Larsen J, 'A Guardian Ad Litem's Notes from the Field: Teen Girls and Poverty' (2008) 28 Children's Legal Rights Journal 46-56.

Leible S and Unberath H, *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR* (1st edn, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2013).

Liebel M, 'Kindeswohl oder Kindesinteresse — ein bloßer Streit um Worte?' (2005) 29 (10) Sozial Extra, 41- 42.

Makarov AN, 'Die privatrechtlichen Vorfragen im Staatsangehörigkeitsrecht' Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV) Vol. 3, 1962.

Mayer C, 'Procedural recognition of a foreign decision on legal parentage in favor of registered partners in surrogacy cases Annotation of Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof), 10.12.2014 – XII ZB 463/13 (civil status proceedings)' StAZ 2015 33–40.

Markel H, 'Case Shined First Light on Abuse of Children' December 14, 2009, *New York Times*. <<https://www.nytimes.com/2009/12/15/health/15abus.html>> Erişim tarihi 15.12.2021.

Mazzucato V and Schansd J, 'Transnational Families and the Well-Being of Children: Conceptual and Methodological Challenges' (2011) 73 Journal of Marriage and Family 704 – 712.

Mcadam J, *Complementary Protection in International Refugee Law* (1st edn, Oxford University Press 2007).

Merrick JC, *The Case of Baby M*. In: Bartels D.M., Priester R., Vawter D.E., Caplan A.L. (eds) *Beyond Baby M. Contemporary Issues in Biomedicine, Ethics, and Society*, (Humana Press 1990).

Metin S, 'Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik' in Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Dergisi (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 7- 53.

Mnookin R, Was stimmt nicht mit der Formel „Kindeswohl“?; FamRZ 1975 1-6.

Mohapatra S, 'Adopting an International Convention on Surrogacy-A Lesson from Intercountry Adoption', Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 13, 2016 25-75.

Mortazavi S, 'It Takes a Village to Make A Child: Creating Guidelines For International Surrogacy' (2012) 100 Georgetown Law Journal 2249-2290.

Müller K, *Die Anknüpfungsalternativen des Art. 19 Abs. 1 EGBGB und ihr Anwendungsbereich*, (2008 Diplomarbeit, Beiträge aus dem Fachbereich Rechtspflege Nr. 65/2008 Herausgeber: Dekan des Fachbereichs Rechtspflege, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin Beiträge des Fachbereichs 4 – Nr. 65).

Nomer E, *Davada Yabancı Kanun* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından Numara: 1739, Hukuk Fakültesi No: 382, İstanbul 1972).

Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (DHH 2021) (Yenilenmiş 23rd edn, Beta 2021).



Nomer E, *Devletler Hususi Hukukunda Nafaka*, (Nafaka) (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1967).

Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Beta 2018).

Oğuzman MK and Dural M, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 1988).

Oğuzman, MK and Barlas N, *Medenî Hukuk* ( 26th edn, Vedat 2020).

Oğuzman MK, Seliçi Ö and Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (19th edn, Filiz Kitabevi 2020).

Öktem D, 'Türkiye'deki Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimi ve Yaş Ayrımcılığına İlişkin Paradigmanın İncelenmesi', Türkiye'de Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimi İHOP (Uluslararası Çocuk Merkezi Yayınları 2012) 1-19.

Ömeroglu E, 'Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi' (2022) 42(1) PPIL 1-25.

Örüng S and Feyzioğlu S, *Tek Ebeveynli Aileler Projesi* (1st edn, T.C. Başbakanlık Aile Ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Yayınları 2011).

Özbakan I, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (1st edn, Kazancı Hukuk Yayınları No: 58 1987).

Özdamar D, *Cedaw Sözleşmesi* (1st edn, Seçkin Yayınevi 2009).

Özdemir H and Ruhi AC, *Çocuk Hukuku* (1st edn, Adalet 2012).

Özdemir- Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (1st edn, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).

Özer Taşkın, Özden, *Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir 2006.

Özgenç Z, ‘Velayete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler’ (2018) XXII (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-47.

Özkan I, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken Ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (1st edn, Naturel Yayıncılık 2003) 41.

Öztan B, *Aile Hukuku (Aile Hukuku)* (6th edn, Turhan Kitabevi 2015).

Öztan B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku)* (25th edn, Turhan Kitabevi 2007).

Öztürk N, *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, (Model)*, (1st edn, Adalet 2015).

Özüğür, Ali İhsan, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2013).

Pais MS, ‘The Convention on the Rights of the Child’in Manuel on Human Rights Reporting, (United Nations 1997) 393- 504.

Palandt O, *Bürgerliches Gesetzbuch* in Jürgen Ellenberger, Isabell Götz, Christian Grüneberg, Sebastian Herrler, Hartwig Sprau, Karsten Thorn, Walter Weidenkaff, Dietmar Weidlich, Hartmut Wicke (eds) (79th edn, Beck Verlag 2019).

Parker S, ‘The Best Interests of the Child – Principles and Problems’ (1994) 8 (1) International Journal of Law and the Family 26-41.

Parlak Börü Ş, ‘Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç’ (2019) 39 (1) MHB 63-110.

Parr K, *Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB*, Inaugural – Dissertation zur Erlangung der Würde eines doctor iuris der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius – Maximilians – Universität Würzburg, 2005.

Peskind S, ‘Determining the Undeterminable: The Best Interest of the Child Standard as an Imperfect but Necessary Guidepost to Determine Child Custody’ (2004-2005) (25) Northern Illinois University Law Review, 449-482.

Pürselim Arning HS, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad*, (1st edn, Adalet 2014).

Pürselim Arning HS, ‘Alman MÖHK md. 47 ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Hukuk Uyarınca Doğumla Kazanılan Soyadın İntibakına Dair Düşünceler’ (İntibak) (2020) 6 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 215-229.

Pürselim HS, ‘Milletlerarası Evlat Edinmeye Uygulanacak Hukuk’ (Evlat Edinme), VII. International Multidisciplinary Congress of Eurasia-IMCOFE’19 (Antalya: 24-26 April 2019) Proceeding&Abstract Book, 2019) 328-336.

Raape L, *Internationales Privatrecht* (5th edn, Berlin Frankfurt am Main Franz Vahlen 1961).

Rabel E, ‘The Conflict of Laws’: A Comparative Study Vol. 1. Ann Arbor: (1st edn, The University of Michigan Press 1945).

Rauscher T, *Internationales Privatrecht, mit internationalem Verfahrensrecht* (Güncelleştirilmiş 5th edn, C. F. Müller Verlag Köln 2017).

Rauscher T, ‘Sachnormverweisung aus dem Sinn der Verweisung’ (NJW 1988) 2151-2154.

Rauscher T, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (5th edn, Verlag C H Beck 2016).

Rauscher T, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen in Staudinger (Köln 2014).

Reid, Kenneth GS, 'Age Of Responsibility' J.W. Chambliss (ed) Juvenile Crime and Justice (Los Angeles 2011).

Reis D, 'German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy' Albert-Ludwigs-University Freiburg, 2015.

Ruhi AC, *Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi*, (Birlikte Velayet) (1st edn. On İki Levha 2019).

Ruhi AC, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Kararların Türkiye'de Tanınması* (Evlat Edinme) (1st edn, Seçkin 2003).

Sadioğlu FC, 'Evlilik Dışı Hayat Ortaklığı Sona Eren Kadının Mali Hakları' in Suzan Süheyla Gökalp Alıca and Necdet Basa (eds) II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Cilt-1 (Türkiye Barolar Birliği 2019) 493-514.

Sağlam M and Aral N, 'Tarihsel Süreç İçerisinde Çocuk ve Çocukluk Kavramları' (2016) 1 (2) Çocuk ve Medeniyet Dergisi 43-65.

Sakmar, A, *Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982).

Sayman Y, *Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu* (İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları 1982).

Schumann E, *Münchener Kommentar zum FamFG* ( 2nd edn, Verlag CH Beck München 2013).

Schuz R, *A Modern Approach to the Incidental Question* (Springer Verlag Heidelberg u.a. 1997).

Schwenzer, Ingeborg: in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Hrsg.: Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas(4th edn, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

Schweppe K and Bussian J, 'Die Kindesanhörung aus familienrichterlicher Sicht' (2012) Heft 1 Kindschaftsrecht und Jugendhilfe.

Schwonberg A, Anerkennung einer ausländischen Entscheidung zur Leihmutterchaft (2015) FamRB S.55-56.

Serdar İ, 'Birlikte Velayet' (2008) 10 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-197.

Serozan R, *Medeni Hukuk* (Vedat 2004).

Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Tıpkı Bası) (2nd edn, Vedat 2017).

Seviğ MR and Seviğ VR, *Devletler Hususi Hukuku* (3rd edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1962)

Seviğ VR, *Kanunlar İhtilafi, Yasama ve Yargılama Çatışmaları* (2nd edn, Sulhi Garan Matbaası 1974)

Sirmen KS, 'Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi' (2009) 58 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 825- 880.

Sirmen KS, 'Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'ndeki "Ciddi Risk" İstisnasının Uygulanmasına Etkisi' in Kemal Şenocak (ed.) Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları (Yetkin Yayınları 2021)

Sizer M, *Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü*, (1st edn, Yetkin Yayınları 2021)

Soergel HT, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. Auflage, Band 10: Einführungsgesetz (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1996)

Sommer E, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern* (Sipplingen 2009)

Söğüt İS and Tuna E, 'Hastanın Tıbbi Yaşam İradesi', (2017) 6(12) *Legal Tıp Hukuku*, 255-296.

Sperling F, *Familiennamensrecht in Deutschland und Frankreich* (1st edn, Mohr Siebeck 2012)

Spinak J, 'When Did Lawyers for Children Stop Reading Goldstein, Freud and Solnit? Lessons from the Twentieth Century on Best Interests and the Role of the Child Advocate' (2007) 41 (2) *Family Law Quarterly* (2007) 7-160.

Spruijt E and Duindam V, 'Joint physical custody in the Netherlands & the well-being of children' (2009) 51(1) *Journal of Divorce & Remarriage* 1-20.

Stark B, 'Transnational Surrogacy and International Human Rights Law' (2012) 18 (2) *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 369 -386.

Staudinger J and Coester M, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung 2004, 4. Buch: Familienrecht, §§ 1638 – 1683, Berlin 2004 (Neubearbeitung 2004).

Staudinger J and Hausmann R, *BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Art. 3 -4 EGBGB*, Internationales Privatrecht - Allgemeiner Teil, Dieter Henrich (ed) ( Sellier / de Gruyter Neubearb. 2019)

Staudinger J, *Internationales Privatrecht: Einleitung zum IPR* in Sturm F and Sturm G, (eds) (Sellier/ de Gruyter 2012)

Steindorff C, *Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten* (Neuwied, Berlin, Kriftel 1994)

Stuber G, *Anerkennung Internationaler Adoptione* (Hannover- Stuttgart- Berlin- Dresden 2003)

Sturm F, 'Das Abstammungsstatut und seine alternative Anknüpfung' StAZ 2003 353-361.

Sturm F, 'Selbständige und unselbständige Anknüpfung im deutschen IPR beim Vor- und Familiennamen Ehenamen' (StAZ 1990) StAZ 1990 350-356.

Sutter-Somm T and Kobel F, *Familienrecht* (Schulthess Verlag 2009)

Süral C, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (1st edn, Güncel Yayınevi 2007).

Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021)

Şenol AN, 'Sünnet ve Çocuğun Menfaati' (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1337 - 1357.

Şensöz Malkoç E, 'Milletlerarası Özel Hukukta Embriyo, Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk, Toplantı Sunumları ve Tartışmaları, İstanbul Medipol Üniversitesi Biohukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını (2013) 125- 158.

Şensöz Malkoç E, 'Milletlerarası Özel Hukukta Boşluk: Taşıyıcı Annelik' (Boşluk) (2013) (25) Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, 90-93.

Şensöz Malkoç E, ‘Uluslararası Taşiyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk’ (Sözleşme) (2015) 35 (2) MHB 13-49.

Şimşek C, *Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir 2012.

Tanrıbilir F and Şit Köşgeroğlu B, ‘Uluslararası Özel Hukukta Evlat Edinme’ in Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan (Yetkin Yayınları 2012)

Tarman ZD and Öney I, ‘Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli’ (2011) 60 (2) AÜHFD, 331- 365.

Tarman ZD, ‘Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk’ (2017) 66 (2) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi 461-490.

Taşkın P, ‘Çocuğun Soyadı İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2018) 51 (2) Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi 69-94.

Tekinalp Gülören and Uyanık, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* 12.Baskı, 2016.

Tekinalp G and Uyanık Çavuşoğlu A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (MÖH 2011) (11th edn, Vedat 2011)

Tekinalp G, ‘Kişisel Statü-Milli Hukuk- İkametgah Hukuku- Eğilimler- Düşünceler’ , (Prof. Dr. Hıfzı Timur Anısına Armağan) İstanbul 1979, s.889-911.

Tekinay SS, *Türk Aile Hukuku* (7th edn, Filiz Kitabevi 1990)

They I, ‘Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique ?’ in. *Esprit* (1940-), no. 180 (3/4) (Editions Esprit 1992) 5- 12.



Thomale C, 'State of Play of Cross-border Surrogacy Arrangements– Is There A Case for Regulatory Intervention by the EU?' (2017) 13 (2) Journal of Private International Law 463-473.

Tiryakioğlu B, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No:17 1996)

Tiryakioğlu B, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme' (1999) (Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan)

Tiryakioğlu B, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, (Çocuklara İlişkin Kurallar) (2nd edn, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları 2001)

Toker AG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Tulkens F and Thierry M, *Droit de la jeunesse: aide ; assistance, protection* (Bruxelles Larcier 2000)

Tuna E, 'Legal Aspects of the Effects of the Covid-19 Pandemic Process on the Child - Decision of the Supreme Court of England Wales of 31 March 2020 (Re PT [2020] EWHC 834 Fam)' in Salvo Andò, Refik Korkusuz, Paola Todini(eds) *Diritti Umani Durante Il Covid-19 Human Rights In The Regime Of Covid-19* 27-28 May 2021 (eCampusUniversityPress 2021) 109-120.

Turgut C, *Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar*, İstanbul 2016.

Türkmen A, 'Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı'(2020) 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1126-1156.

Türkmen A, 'Milletlerarası Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik' Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler in Günseli Gelgel Öztekin and Faruk Kerem Giray (eds) (Beta 2017) 137-190.

Uluocak N, *Kanunlar İhtilafı Yasama Yetkisi Kuralları* (Yasama) (1st edn, 1971 İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1693, Hukuk Fakültesi No: 370, Fakülteler Matbaası)

Uluocak N, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (1 st edn, Filiz Kitabevi 1989)

Ulus- Karataş AE, 'Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği' (2020) 78 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 21-81.

Ulus-Karataş AE, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Uygulama Alanı' (Velayet) (2017) 37 MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman'a Armağan) 911- 1003.

Usta Sayita S, *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi* (Filiz Kitabevi 1996)

Usta S, *Velayet Hukuku* (Velayet Hukuku) (1st edn, On İki Levha Yayınları 2016)

Uyanık Çavuşoğlu A, 'Milletlerarası Özel Hukukunda Organ Nakli' (Organ Nakli) Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk, Toplantı Sunumları ve Tartışmaları, İstanbul Medipol Üniversitesi Biohukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını (2013) 71-105.

Uyanık Çavuşoğlu A, 'Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünya'ya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Nesep İlişkinine Uygulanacak Hukuk Sorunu' (Yapay Döllenme) 2006 (18) Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7-64.

Uyanık Çavuşoğlu A, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma (Boşanma) (1st edn, Beta 2006)

Uyanık-Çavuşoğlu A, 'Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişine Uygulanacak Hukuk Sorunu' (Soybağı) (2008) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı) 315-322.

Ünal Ş, 'Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Hakkındaki 5 Ekim 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme'(1987) (2) Adalet Dergisi 46-50.

v. Bar C and Mankowski P, *Internationales Privatrecht Band 2: Besonderer Teil* (2nd edn, C H Beck 2019)

Verschraegen B, *Die Kinderrechtskonvention* (1st edn, Manz Verlag Wien 1996)

Wayne RH, 'The Best Interests of the Child: A Silent Standard – Will You Know It When You Hear It?'(2008) 2 (33,34) J Pub. Child Welfare, 33-49.

Weiss A, 'Mennesson v. France And Advisory Opinion Concerning The Recognition in Domestic Law Of A Legal Parent –Child Relationship Between A Child Born Through A Gestational Surrogacy Arrangement Abroad And The Intended Mother' (European Court of Human Rights, Grand Chamber, Request No P16-2018-001, 10 April 2019) (2019) 1 (2) Statelessness and Citizenship Review 343-349.

Wengler W, 'Vorfragen beim Namensrecht' IPRax 1987 164-167.

Yasan C, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı' (Taşyıcı Annelik) (2019) 14 (177-178) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2019) 1219-1262.

Yasan C, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri*, (Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2013)

Yavuz C, Erlüle F and Topuz M, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (1st edn, Beta İstanbul 2017).

Yenisey F, Altunç S, Makaracı BA, Tek GS, Huysal B, Savaş Kutsal FB, Kılıç Ş and Kaçmaz G, *Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler* (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları 2017).

Yıldırım A, *Türk Aile Hukuku* (1st edn, Savaş Yayınevi 2014).

Yılmaz C, ‘Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması’ (2015) 35 (1) MHB 103-141.

Yılmaz S, *Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim- “Surrogate Motherhood”*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2002.

Yörükoğlu A, *Çocuk Ruh Sağlığı* (29th edn, Özgür Yayınları 2016)

Yörükoğlu A, *Değişen Toplumda Aile ve Çocuk* (1st edn, Özgür Yayınları 1997)

Yücel Ö, ‘Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi’ (2013) 1 (2) Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-137.

Zermatten J, ‘The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function’ (2010) 18 International Journal of Children’s Rights 483-499.

Zermatten J, *L’intérêt supérieur de l’enfant, de l’analyse littérale à la portée philosophique* (Working Report) (2003) Institut international des droits de l’enfant.

Zevkliler A, Havutçu A, Ertaş Ş and Gürpınar D, *Medeni Hukuk- Temel Bilgiler* (10th edn, Turhan Kitabevi 2018)

Zevkliler A, *Kişiler Hukuku- Gerçek Kişiler* (1st edn, Olgaç Matbaası 1981)

Zwißler F, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 2/2016, S. 95.

# ÖZGEÇMİŞ

EKİN TUNA

## EĞİTİM BİLGİLERİ

- **2016 – 2022 Doktora**

Kadir Has Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk (Dr), Türkiye

- **2011 – 2015 Yüksek Lisans**

Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Y1) (Tezli), Türkiye

- **2007 - 2011 Lisans**

Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Pr., Türkiye

## YAPTIĞI TEZLER

- **2015 Yüksek Lisans**

Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda iptal davası

Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Y1) (Tezli)

## YABANCI DİLLER

- İngilizce (İleri)
- Almanca (İleri)
- İspanyolca (ileri)
- İtalyanca (İyi)

- 2007 yılında Karşıyaka Anadolu Lisesi'nden, 2011 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olan Ekin TUNA, aynı yıl Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Uluslararası Özel Hukuk Yüksek Lisans eğitimine başladı.
- 2011- 2012 döneminde avukatlık stajını tamamladı.
- 2012-2013 döneminde Almanya, Frankfurt am Main'da Freshfields Brückhaus Deringer hukuk firmasında şirketler, finans ve tahkim bölümünde çalıştı.
- Yüksek lisans tez araştırması kapsamında 2013-2014 Bahar döneminde Augsburg Üniversitesi'nde bulundu.
- 2014-2015 döneminde Granada'da Camacho Hukuk Bürosu'nda çalıştı ve Granada Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde akademik çalışmalar yaptı.
- Doç. Dr. Rifat ERTEN'in danışmanlığında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde "Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası" konulu yüksek lisans tezini yazdı.
- 2015 yılında 5th International Chamber of Commerce (ICC) Young Arbitrators (YAF) Global Conference London'a katıldı. 2017 yılında Lahey Uluslararası Özel Hukuk Akademisi ( The Hague Academy of Private International Law) eğitimine katıldı. 01.02.2018-30.07.2018 tarihleri arasında İtalya'da Università degli Studi di Napoli Federico II Üniversitesinde, 2018 yılında bir ay, 2019 yılında iki ay süre ile Alman Akademik Değişim Servisi'nin (DAAD) sağlamış olduğu burs ile Almanya-Freiburg Albert Ludwigs Üniversitesi Hukuk Fakültesinde doktora tezi ile ilgili araştırmalarda bulundu.
- Halen DEÜ Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olan Tuna, ileri derecede İngilizce, Almanca ve İspanyolca ve iyi derecede İtalyanca bilmektedir.

#### **TEMEL ÇALIŞMA ALANLARI**

- Temel çalışma alanı Uluslararası Özel Hukuk, Milli ve Milletlerarası Tahkim Hukukudur.

## **KİTAPLAR**

- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Temel Bilgiler, 2.Baskı (Prof. Dr. Hacı Can ile Birlikte), Adalet Yayınevi 2022.
- Milletlerarası Tahkim Hukuku (Prof. Dr. Hacı Can ile Birlikte), Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Milletlerarası Özel Hukuk (Prof. Dr. Hacı Can ile Birlikte), 5. Baskı, Adalet Yayınevi 2021.
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Temel Bilgiler (Prof. Dr. Hacı Can ile Birlikte), Adalet Yayınevi 2020.
- Milletlerarası Özel Hukuk (Prof. Dr. Hacı Can ile Birlikte) , 4.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Milletlerarası Usul Hukuku (Prof. Dr. Hacı Can ile Birlikte), 2.Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Çocuk Hukuku (Prof. Dr. Hacı Can ve Uzman Psikolog Nehir Tuna ile Birlikte), Nobel Yayınevi, Ankara, 2019.
- Mavi Kartlı Yabancılar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

## **TEBLİĞLER**

- “Legal Aspects of the Effects of the Covid-19 Pandemic Process on the Child - Decision of the Supreme Court of England Wales of 31 March 2020 (Re PT [2020] EWHC 834 Fam), Diritti Umani Durante Il Covid-19 Human Rights In The Regime Of Covid-19, 27-28 May 2021.
- “Advance Health Directives in Comparative Law”, International Congress on Political, Economic and Social Studies 2017, 19-22 Mayıs 2017, Bosna Hersek.
- “Uluslararası Spor Yargılaması (CAS)”, International Congress on Political, Economic and Social Studies 2017, 19-22 Mayıs 2017 Bosna Hersek.
- Overview of New Turkish Law No. 6735 on the International Labour Force”,3th International Annual Meeting of Sosyoekonomi Society", Hacettepe Üniversitesi, 28 Nisan 2017

- İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) , GENÇ ISTAC ve ISTAC Kuralları Paneli, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4 Nisan 2017
- “An Action to Set Aside The Arbitral Awards, According to Turkish International Commercial Law”, International Scientific Researches Congress, Madrid 2016
- “International Regulations on Turkish International Arbitration Law”, İMEAK İzmir Deniz Ticareti Odası- ICC YAF(International Chamber of Commerce Young Arbitrator’s Forum),12 Mart 2015, İzmir Deniz Ticareti Odası

## MAKALELER

- “ Gümrükten Geçmeyen Mallardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa İlişkin Bir Vaka İncelemesi (Sınırşan Sözleşmelere İlişkin Meseleler I)” (Prof. Dr. Hacı Can ile birlikte), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 21 Sayı: 2ISSN: 1303-6963 / 2587-1870 Sayfa Aralığı: 2161 – 2203.
- “Sözleşme Alacağından Üçüncü Kişilerin Sorumlu Tutulması Çerçevesinde Zamanaşımı Defisinin İleri Sürülmesine İlişkin Bir Vaka İncelemesi (Sınırşan Sözleşmelere İlişkin Meseleler II)” ” (Prof. Dr. Hacı Can ile birlikte), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019 Cilt: 7Sayı: 1ISSN: 2147-9305 Sayfa Aralığı: 111 – 133.
- “ Yabancı Bir Ülkede (Hollanda) İşyeri Devri Alacağına İlişkin Bir Vaka İncelemesi (Sınırşan Sözleşmelere İlişkin Meseleler III)” (Prof. Dr. Hacı Can ile birlikte), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020 Cilt: 8, Sayı: 2ISSN: 2147-9305, Sayfa Aralığı: 281 – 307.
- “Hastanın Tıbbi Yaşam İradesine Dair Hukuki Vasıtalar” (Doç. Dr. İpek Sevda Söğüt ile birlikte) Legal Tıp Hukuku Eylül 2017.
- “Deniz Ticareti ve Milletlerarası Tahkim”, Denizden Merhaba, İMEAK Deniz Ticaret Odası Aylık Dergisi, 2015
- “An Action to Set Aside The Arbitral Awards, According to Turkish International Commercial Law”, IBAD 2016



## **TAKIM ÇALIŞTIRICISI VE HAKEM OLARAK GÖREV ALDIĞI ETKİNLİKLER**

- 23., 24., 25., 26. Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot(Milletlerarası Ticari Tahkim Hukuku kurgusal duruşma yarışması) Viyana 2015,2016,2017, 2018 hakem ve takım çalıştırıcısı
- Geleceğin Tahkim Avukatı Kurgusal Duruşma Yarışması( GTAY), İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) 30 Nisan 2017, hakem ve takım çalıştırıcısı

## **ÜYE OLDUĞU KURUMLAR**

- ICC YAF
- LCIA
- GENÇ ISTAC
- MCIArb