

# İNSAN HAKLARI ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜMLENMESİNDE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİNİN İŞLEVİ: TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Zeynep HAZAR\*

## ÖZET

*Çocuğun üstün yararı, çocuk haklarına ilişkin uluslararası insan hakları düzenlemelerinin ortaya çıkışıyla birlikte, bedensel, zihinsel, ekonomik ve sosyal bakımdan güçsüz ve dezavantajlı gruplardan biri olan çocukları ilgilendiren her konuda başvurulacak temel bir ilke haline gelmiştir. İlkenin bu geniş kullanımıyla beraber işlevinin ne olduğu konusunda tartışmalar devam etmektedir. Çocuk Hakları Komitesi'nin 2013 yılında kabul ettiği genel yorum kararına göre çocuğun üstün yararı, maddi bir hak, temel bir yorum ilkesi ve bir usul kuralıdır. Bu çalışmanın amacı çocuğun üstün yararının insan hakları çatışmalarının çözülmesindeki işlevinin, Çocuk Hakları Komitesi'nin 2013 tarihli genel yorum kararı ve Türk Anayasa Mahkemesi içtihadı ışığında ortaya konulmasıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğun üstün yararı, insan hakları çatışmaları, çocuk hakları, Türk Anayasa Mahkemesi.*

## THE FUNCTION OF THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN RESOLVING HUMAN RIGHTS CONFLICTS: A REVIEW IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

### ABSTRACT

*The best interests of the child, with the emergence of international human rights regulations regarding children's rights, have become a fundamental principle to be applied in all matters concerning children, who are one of the most vulnerable and disadvantaged groups physically, mentally, economically and socially. Notwithstanding this broad use of the principle, debates continue as to what its function is. According to the general comment adopted by the the Committee on the Rights of the Child in 2013, the best interest of the child is a substantive right, a fundamental interpretative*

\* **Dr. Arş. Gör.,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA, **e-posta:** zeynep.hazar@hbv.edu.tr,

**ORCID:** 0000-0002-5735-9116.

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.1116690

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 08/04/2022

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 21/04/2022

*legal principle and a rule of procedure. The aim of this study is to reveal the function of the best interests of the child in resolving human rights conflicts in the light of the 2013 general comment of the Committee on The Rights of Child and the case-law of the Turkish Constitutional Court.*

**Keywords:** *The principle of the best interests of the child, the best interests of the child, human rights conflicts, child's rights, The Turkish Constitutional Court*

## GİRİŞ

Toplumsal hayat içinde bedensel, zihinsel, ekonomik ve sosyal bakımdan güçsüz, bağımlı ve dezavantajlı gruplardan biri olan çocuklar, modern insan hakları hukuku alanındaki öncü pozitif düzenlemelerden itibaren özel bir hukuki koruma altına alınmıştır. Hukukun ve bilhassa insan hakları hukukunun toplumda özel olarak korunmaya muhtaç kişilerin haklarını garanti altına alma amacı, saf yaratılışları, toylukları ve deneyimsizlikleri nedeniyle iş güçleri, bedenleri ve zihinleri sömürülmeye en açık gruplardan olan çocukların özel olarak koruma altına alınmasını gerektirmiştir. Çocukların haklarını temin eden bu *hususî* alan, 1924 tarihli *Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi*'nden itibaren çocuklara ilişkin uluslararası düzenlemelerin neredeyse tamamında yer alan *çocuğun üstün yararı ilkesi* ile somutlaşmıştır. *Çocuğun üstün yararı ilkesi* yalnızca uluslararası düzenlemelerle sınırlı bir kullanıma sahip değildir. Özellikle Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)'nin kabulü ve yürürlüğe girişiyle, birçok devletin ulusal hukuk düzenlemelerinde de söz konusu ilkeye yer verilmiştir. Böylece ilke, çocuk hukuku alanında tüm dünyayı etkisi altına almıştır.

*Çocuğun üstün yararı ilkesinin* gittikçe yükselen bir biçimde etki ettiği alanlardan biri de insan hakları çatışmalarıdır. Bir çocuğun insan hakları, üç şekilde bir çatışmanın konusunu oluşturabilir. İlk olarak bir çocuğun birden çok insan hakkı arasında bir çatışma olabilir. İkinci olarak bir çocuğun insan hakkı ile bir diğer kişinin insan hakkı çatışabilir. Bu durumda “diğer kişi”, çoğu zaman çocuğun ebeveynlerinden biri olmaktadır. Ancak bazı istisnai hallerde diğer çocuk ya da yetişkinlerin insan hakkı da çocuğun haklarıyla çatışabilir. Son olarak bir çocuğun insan hakkı ile kamusal menfaatler çatışabilir. ÇHS'nin 3. maddesindeki emredici hükme göre “çocukları ilgilendiren tüm konularda” dikkate alınması gereken *çocuğun üstün yararı ilkesi*, bahsi geçen tüm çatışma hallerinde de dikkate alınmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM ya da Mahkeme) yerleşik içtihadında, genel olarak çocukların insan haklarını

ilgilendiren ve özel olarak hak çatışmasının söz konusu olduğu başvurularda, Anayasa'nın 41. maddesi ve ÇHS'nin 3. maddesine atıfla çocuğun üstün yararı ilkesini mutlaka göz önünde bulundurmaktadır.

İlkenin uluslararası ve ulusal düzeyde yaygın kullanımıyla beraber, literatürde ve yargı kararlarında işlevinin ne olduğu/olması gerektiği konusunda tartışmalar mevcuttur. BM Çocuk Hakları Komitesi (ÇHK ya da Komite)'nin 2013 yılında kabul ettiği genel yorum kararı, ilkenin anlamındaki belirsizliklerin giderilmesi konusunda bir başlangıç noktası olmuş ve bazı eleştirilerle birlikte literatürde geniş kabul bulmuştur. Mevzubahis genel yorum kararına göre ilkenin üç işlevi vardır: Çocuğun üstün yararı, bir *maddi hak*, genel bir *yorum ilkesi* ve bir *usul kuralıdır*. Bu çalışmanın amacı Komitenin söz konusu genel yorum kararı ve AYM içtihadı ışığında, insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde *çocuğun üstün yararı ilkesinin* işlevinin ne olduğunun ortaya konulmasıdır.

## I. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİNİN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

Çocukların hukuki bakımdan özel bir koruma altına alınması gerektiği fikri ilk olarak Milletler Cemiyeti tarafından kaleme alınan 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi (Cenevre Bildirisi) ile ortaya konulmuştur. Kavramsal olarak “çocuğun üstün yararı” ifadesi yer almasa da, Cenevre Bildirisi ilkenin anlamsal olarak kendine yer bulduğu ilk uluslararası metinlerden biri olarak kabul edilmektedir. Oldukça kısa olan bu bildirinin giriş paragrafı tüm insanların, çocuğun özel olarak korunması sorumluluğunu taşıdığını beyan eder:

Yaygın olarak “Cenevre Bildirisi” olarak bilinen bu Çocuk Hakları Bildirisi ile tüm ulusların kadın ve erkekleri, insanlığın çocuğa verebileceğinin en iyisini borçlu olduğunu kabul ederek; tüm ırk, milliyet ve inanç mülhazalarının ötesinde ve üstünde bunu bir vazifesi olarak beyan ve tasdik eder<sup>1</sup>.

Yukarıda geçen “insanlığın çocuğa verebileceğinin en iyisi” ifadesiyle, özü itibarıyla ilkeye işaret edildiği söylenebilir.

Cenevre Bildirisi'nin yorumlanması ve geliştirilmesi ile oluşturulmuş

---

<sup>1</sup> Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, <<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>>, Erişim Tarihi 28.02.2022.

1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirisi (Bildiri) ise bedensel ve zihinsel bakımdan henüz olgunlaşmamış çocuğun, doğumdan önce olduğu gibi doğumdan sonra da özel gözetime gereksinim gösterdiğini vurgulamıştır. Bildiri'nin 2. maddesinde kullanılan “çocuğun üstün yararı (the best interests of the child)” ifadesiyle, insan hakları hukuku alanında çocuğa tanınan “özel” koruma kavramsallaşmıştır. Bu kavram, Bildiri'nin kabul edilmesinin sonrasında ve günümüzde, çocuklara tanınan özel hukuki korumayı ifade etmek için kullanılan en yaygın kavram halini almıştır. Bildiri'nin 2. maddesine göre,

Çocuk özel olarak korunur; çocuğa; sağlıklı ve normal bir şekilde, özgür ve onurlu koşullarda; bedensel, zihinsel, ahlaki, manevi ve toplumsal olarak gelişebilmesi için yasalar ve başka yollarla fırsatlar ve kolaylıklar sağlanır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun üstün yararı dikkate alınacak en önemli düşüncedir<sup>2</sup>.

Bildiri'de çocuğun yararının “en önemli düşünce (*the paramount consideration*)” olduğu belirtilmiştir. Bu yaklaşım, çocuğun yararını her durumda en üstün konumda olduğu/olması gerektiği fikrinin bir ifadesidir. Buna göre, çocuğun menfaatlerinin başka menfaatlerle çatışması durumunda, “en önemli düşünce” olan çocuğun yararı, diğer menfaatlere karşı her durumda ve mutlak bir üstünlüğe sahiptir.

*Çocuğun üstün yararı ilkesine* ilişkin en önemli uluslararası insan hakları düzenlemesi ise şüphesiz 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. 1924 ve 1959 tarihli bildirilerin aksine uluslararası bir antlaşma ile çocuk haklarının güvence altına alınması, söz konusu sözleşmeye aykırı eylemlerin denetim konusu olabilmesi ve hukuki yaptırıma tabi tutulabilmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni diğer uluslararası düzenlemelerden ayrı bir noktaya taşımıştır<sup>3</sup>. Ayrıca 1959 tarihli Bildiri'de ilkenin yasaların uygulanmasında temel alınması gerektiği belirtilirken, Sözleşme'de sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar gibi yasayı uygulayan kurumlar yanında yasa

<sup>2</sup> BM Çocuk Hakları Bildirisi, <<https://web.archive.org/web/20130926070812/http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>> Erişim Tarihi 28.02.2022. BM'nin resmi sitesinde Çocuk Hakları Bildirgesi metnine kısıtlama getirildiği için orijinal metne web arşivleri üzerinden ulaşılmıştır. Metnin tamamının Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www.maltepe.edu.tr/Content/Media/CkEditor/29042020025606457-cocukhaklari.pdf>> , Erişim Tarihi 28.02.2022.

<sup>3</sup> Ali Naim İnan, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44(1), 1995, s. 765.

yapıcıların da çocuğun üstün yararını esas alması gerektiği belirtilmiştir. Bu bakımdan Sözleşme çocuğun çıkarlarını korumada Bildiri'nin ötesine geçmiştir<sup>4</sup>. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ayırt edici bir diğer özelliği, en çok ülke tarafından imzalanan ve onaylanan uluslararası insan hakları sözleşmesi olmasıdır. Resmi verilere göre BM'ye üye 193 ülkenin tamamı Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraftır<sup>5</sup>. Bu bakımdan söz konusu Sözleşme tarihte eşsiz bir yere sahiptir<sup>6</sup>. 2011 yılında hazırlanan ve 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe giren “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol” ile ÇHS sistemi içinde bireysel başvuru ve devlet başvurusu usulü de kabul edilmiştir<sup>7</sup>. Her iki başvuru yolunda da inceleme mercii Komite'dir. İhtiyari Protokol'ün 10. maddesine göre bireysel başvurularda Komite, yaptığı inceleme sonrasında başvuruya ilişkin görüşlerini ve varsa tavsiyelerini taraflara iletmekle yükümlüdür.

Çocuk Hakları Sözleşmesi medeni haklar, kişisel haklar, ekonomik haklar, sosyal haklar ve kültürel haklar şeklinde sınıflandırılabilir birçok hak kategorisini güvence altına almıştır. Bunun yanında Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında, Sözleşme'nin tamamının yorumlanmasında bir ilke olarak kabul edilen *çocuğun üstün yararı* düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre,

<sup>4</sup> Öze Yücel, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), Aralık 2013, s. 125.

<sup>5</sup> Sözleşme'ye taraf devletlerin güncel listesi için bkz. <[https://treaties.un.org/Pages/show-Details.aspx?objid=08000002800007fe&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/show-Details.aspx?objid=08000002800007fe&clang=_en)> Erişim Tarihi 01.03.2022. Türkiye 14 Eylül 1990 tarihinde söz konusu Sözleşme'yi imzalamış ve Sözleşme 4 Nisan 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>>, s. 3, Erişim Tarihi 01.03.2022. <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&Lang=en)> Erişim Tarihi 01.03.2022. Türkiye Sözleşme'nin bazı maddelerine çekince koymuştur. Buna göre “Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerinin T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.”, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>>, s. 15. Erişim Tarihi 01.03.2022.

<sup>6</sup> Dilara Buket Tatar, “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, İlyas Doğan (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, 2015, s. 234.

<sup>7</sup> Protokol çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla 64 ülke tarafından imzalanmıştır <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11-d&chapter=4](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4)>, Erişim Tarihi 22.03.2022; <<https://treaties.un.org/doc/Treaties/2011/12/20111219%2003-15%20PM/CTC%204-11d.pdf>>, Erişim Tarihi 22.03.2022. Türkiye de bahsi geçen ihtiyari protokolü, ÇHS'ye düşülen şerhlere atıfta bulunarak 09.03.2017 tarihli ve 6976 sayılı Kanun ile onaylamıştır, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171207.pdf>>, Erişim Tarihi 22.03.2022.

Çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde; kamusal veya özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ya da yasama organları tarafından yapılmış olsun, çocuğun üstün yararı birincil düşüncedir (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)<sup>8</sup>.

İlkenin özgün İngilizce metindeki karşılığı olan “best interests of the child”, birebir çeviride “çocuğun en iyi yararları” şeklinde tercüme edilebilir. Çocuk için faydalı olan bütün hususları işaret eden “best interests of the child”, en geniş anlamıyla “çocuğun esenliği (well-being of a child)” olarak tanımlanmıştır<sup>9</sup>. Kavramın çoğul olması aynı zamanda, Sözleşme’nin tek bir yarar aramadığı, çocuğu ilgilendiren konularda faydasına olan tüm kararlardan en iyisinin seçilmesinin arzu edildiğini göstermektedir<sup>10</sup>.

Sözleşme metninde Bildiri’den farklı olarak çocuğun yararının, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde ve her durumda “en önemli düşünce (the *paramount consideration*)” değil, ancak “birincil düşünce (*a primary consideration*)” olduğu ifade edilmiştir<sup>11</sup>. Sözleşme’deki bu farklı tutum, çocuğun menfaatlerinin zorunlu olarak karar verici olmaması<sup>12</sup> ve çocuğa

<sup>8</sup> Sözleşme’nin 3. maddesinin 1. fıkrasının özgün İngilizce metni için bkz. <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>> Erişim Tarihi 01.03.2022. Resmi Gazete’de yayımlanan Türkçe çevirisi ise şu şekildedir: “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.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>>, s. 5, Erişim Tarihi 01.03.2022. Kanaatimizce “the best interests of the child” ifadesini karşılamak için “çocuğun üstün (ya da yüksek) yararı” kavramı daha isabetli bir tercihtir. Bu tercih hem dilsel açıdan daha doğrudur hem de çatışan menfaatler bağlamında çocuğun menfaatinin önde gelmesi gerektiğini daha berrak bir biçimde vurgular. Bu nedenle özgün İngilizce metin tarafımızca yukarıdaki gibi çevrilmiştir.

<sup>9</sup> *UNHCR Guidelines On Determining The Best Interests of The Child*, 2008, Geneva, s. 14, <<https://www.unhcr.org/protection/children/4566b16b2/unhcr-guidelines-determining-best-interests-child.html>> Erişim Tarihi 04.04.2022.

<sup>10</sup> Memduh Cemil Şirin, “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi”, *Çocuk ve Medeniyet*, 2019/2, s. 220.

<sup>11</sup> Sözleşme’nin hazırlanması sırasında konuya ilişkin tartışmaların yapıldığı hazırlık çalışmaları için bkz. *Legislative History of The Convention on The Rights of the Child*, Vol. 1, Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations, New York Geneva, 2007, s. 335-348.

<sup>12</sup> Abdulkadir Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM’in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, Liberte Yayınları, Ankara, 2016, s. 62.

ilişkin bir karar verilirken çocuğun menfaatleri ile yarışan diğer menfaatlerin de dikkate alınması gerektiği anlamına gelir<sup>13</sup>. İlkenin *birincil düşünce* olmasının anlamı, çocuğun menfaati her durumda yarışmadan galip gelemese de, ilgili kurumlar tarafından, karar sürecinde çocuğun yararının ne olduğu sorusunun cevabının arandığı ve dikkate alındığının gösterilmesidir<sup>14</sup>. Böylelikle çocuğun yararı, çatışmanın mutlak galibi olmasa da, diğer düşünceler hesaba katılmadan önce ve ilk olarak ele alınması gereken mülhaza şeklinde formüle edilmiştir<sup>15</sup>.

ÇHS'nin “çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde (*in all actions concerning children*)” ifadesi ise, kökenini aile hukuku ve bilhassa boşanma hukukunda bulan ilkenin “kaydadeğer bir genişlemesi” olarak yorumlanmıştır<sup>16</sup>. Çocuğun üstün yararının ÇHS’de kendine bu şekilde yer bulması, ilkenin ulusal aile hukuklarının ötesinde, özel hukuk kaynaklı diğer tüm konulara, kamu hukuku alanına ve uluslararası insan hakları hukuku alanına doğru genişletildiğinin göstergesidir<sup>17</sup>.

ÇHK’ye göre *çocuğun üstün yararı* her şeyden önce ÇHS’nin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin dört genel ilkeden biridir<sup>18</sup>. Her ne kadar ilke ÇHS’nin 3. maddesinde formüle edilmiş olsa da Sözleşme’nin diğer bazı maddelerinde de kendisine yer bulmuştur. İlke Sözleşme’nin çeşitli maddelerinde hem devlet kurumlarına, hem ebeveynlere bazı sorumluluklar yükleyecek şekilde formüle edilmiştir. Örneğin ÇHS’nin 21. maddesine göre evlat edinme sistemini kabul eden devletler, sistemin temeline *çocuğun üstün yararı ilkesini* koymakla yükümlüdür. Bunun yanında aile hayatının (ve bütünlüğünün) korunması hakkına ilişkin ÇHS’nin 9. maddesinin 1.

---

<sup>13</sup> UNHCR Guidelines On Determining The Best Interests of The Child, s. 15.

<sup>14</sup> *Implementation Handbook For The Convention on The Rights of The Child*, Fully Revised Third Edition, 2007, Geneva, s. 38, <<https://www.unicef.org/lac/media/22071/file/Implementation%20Handbook%20for%20the%20CRC.pdf>> Erişim Tarihi 04.04.2022.

<sup>15</sup> Şirin, s. 221.

<sup>16</sup> Philip Alston, “Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, *International Journal of Law and The Family*, 1, 1994, s. 12-13.

<sup>17</sup> Ursula Kilkelly, “The Best Interests of the Child: A Gateway to Children’s Rights?”, E. Sutherland & L. Barnes Macfarlane (Ed.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 53.

<sup>18</sup> CRC/C/GC/14, p. 1; General Guidelines Regarding The Form and Content of Initial Reports To Be Submitted By State Parties Under Article 44 Paragraph 1 (a) of The Convention, CRC/C/5, 30 October 1991, p. 13-b.

ve 3. fıkralarına göre *çocuğun üstün yararı* söz konusu olmadıkça anne ve babasından koparılması söz konusu olamaz:

1) Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun üstün yararına olduğuna karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar.(...)

(3) Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler<sup>19</sup>.

Benzer bir biçimde ÇHS 37 (c) ve 40-2 (b)-iii maddelerinde, özgürlük ve güvenlik hakkı sınırlanan çocuğa tanınan bazı güvenceler ilke çerçevesinde düzenlenmiştir:

37-c (...) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır.

40-2 (b)-iii (...) Yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde adli ya da başkaca uygun yardımdan yararlanarak ve özellikle çocuğun yaşı ve durumu göz önüne alınmak suretiyle kendisinin yüksek yararına aykırı olduğu saptanmadığı sürece, ana-babası veya yasal vasisi de hazır bulundurularak yaya uygun biçimde adil bir duruşma ile konunun gecikmeksizin karara bağlanmasının sağlanması...<sup>20</sup>

Sözleşme'nin 18. maddesinde ise çocuğu yetiştirmekle yükümlü anne-baba ya da yasal temsilcilere yönelik bir düzenleme hüküm altına alınmıştır:

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

<sup>19</sup> <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>> Erişim Tarihi 22.03.2022.

<sup>20</sup> <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>> Erişim Tarihi 22.03.2022.

çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler<sup>21</sup>.

## II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN KAVRAMSAL TERCİHİ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları incelendiğinde çocuğun üstün yararı ilkesini karşılamak için çeşitli kavramların kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme ilkeye ilişkin ilk kararı olan *Murat Atılğan Başvurusunda* “çocuğun üstün yararı” kavramını kullanmayı tercih etmiştir: “Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsur olup...”<sup>22</sup> Bununla birlikte Mahkemenin kavramsal tercih konusunda yeknesak bir yaklaşımının olmadığı söylenebilir. Yeknesak olmayan bu yaklaşım esas olarak ulusal mevzuatta yer alan farklı kavramların ve aynı zamanda uluslararası sözleşmelerin tercümesindeki tutarsızlıkların bir yansıması olarak görülebilir.

İlkenin karşılık bulduğu anayasal hüküm Anayasa’nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesinin 2. fıkrasıdır. Mevzubahis maddeye göre “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir”. Bunun yanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda “küçüğün menfaati”<sup>23</sup> ve “çocuğun menfaati” kavramı ile ilkeye işaret edilmektedir<sup>24</sup>. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 41/A-B-C maddelerinde ise ilke, “çocuğun üstün yararı” kavramı ile karşılanmıştır. Ulusal mevzuattaki bu tutarsızlığı, uluslararası düzenlemelerin çevirilerinde de görmek mümkündür. Örneğin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesinde özgün İngilizce karşılığı “best interests of the child” olan kavram resmi çeviride “çocuğun yararı” olarak tercüme edilmişken, 9 ve 18. maddelerinde aynı kavram “çocuğun yüksek yararı” şeklinde çevrilmiştir<sup>25</sup>. Türkiye’nin taraf olduğu ve Anayasa Mahkemesinin

<sup>21</sup> <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>> Erişim Tarihi 22.03.2022.

<sup>22</sup> Murat Atılğan Başvurusu, 2013/9047, 7/5/2015, p. 43.

<sup>23</sup> Türk Medeni Kanunu m. 317 “Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler.”

<sup>24</sup> Örneğin Türk Medeni Kanunu m. 324/3 “Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmezse çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir”. Ayrıca bkz. Türk Medeni Kanunu m. 325, 337, 339, 346 ve 349. Türk Medeni Kanunu’ndaki ilgili maddelere ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Yücel, s. 127-128.

<sup>25</sup> <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>> Erişim Tarihi 22.03.2022.

çocuk kaçırma ve çocuğun mutlak meskene iadesi davalarında sıklıkla atıfta bulunduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin resmi çevirisinde ise "interests of child" kavramı "çocuğun çıkarı" olarak tercüme edilmiştir<sup>26</sup>.

Kavramsal tercih konusundaki tutarsızlığını, AYM'nin konuya ilişkin kilit önemdeki *Marcus Frank Cerny Başvurusunda* ilkeyi karşılamak için birden fazla kavramı aynı anda kullanmasıyla ortaya koymak mümkündür. Öyle ki Mahkeme aynı kararda ilkeyi karşılamak için "çocuğun yüksek yararı", "çocuğun üstün menfaatleri", "çocuğun üstün yararı", "çocuğun yüksek menfaatleri" kavramlarının tümünü kullanmıştır.

(...)41 maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğunu açıkça belirtilmektedir.

(...)Sözleşme'nin temel amacı, çocuğun mutlak meskeni olan ülkesine iade edilmesini sağlayarak koruma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri nazara alınmak suretiyle mutlak mesken yargı makamlarınca belirlenmesidir.

(...)Bunun yanı sıra belirtilen istisna, çocuğun üstün yararı kavramıyla eş değer olmayıp bu istisna hüküm, belirli inanç ve düşünceler doğrultusundaki hassasiyetler ve farklılıkların bir iadeyi ret nedeni olarak algılanmasını da içermektedir.

...kaçırılmış çocuğun iadesine ilişkin başvuru bağlamında çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir<sup>27</sup>.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin farklı ifadelerle de olsa anlamsal olarak ilkeyi karşılamak üzere, "çocuğun yüksek yararı", "çocuğun üstün menfaatleri", "çocuğun üstün yararı", "çocuğun yüksek menfaatleri"

<sup>26</sup> Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme, 15 Şubat 2000 tarihli 23965 sayılı Resmi Gazete s. 247, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23965.pdf>> Erişim Tarihi 01.04.2022.

<sup>27</sup> Marcus Frank Cerny Başvurusu, 2013/5126, 2.7.2015, p. 41, 58, 59, 76. Vurgular yazara aittir.

kavramlarının tamamını kullandığı söylenebilir. Bu çalışma kapsamında yapılan karar incelemeleri, Anayasa Mahkemesinin Kararlar Bilgi Bankası'nda bahsi geçen dört anahtar kavramın taranması ile elde edilmiştir.

### III. ÇATIŞAN MENFAATLERİN BELİRLENMESİ

*Çocuğun üstün yararı ilkesinin* işlev gördüğü çatışmaları belirlemek için öncelikle Anayasa Mahkemesinin ilkeye ilişkin içtihadının hangi hak ya da haklardan müteşekkil olduğunun tespit edilmesi gereklidir. Çalışmanın yapıldığı tarih itibariyle Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankasında “çocuğun üstün yararı” anahtar kelimesiyle yapılan taramada belirlenen otuz sekiz kararın otuz birinin aile hayatına saygı hakkına ilişkin olduğu tespit edilmiştir<sup>28</sup>. İlkenin esas olarak aile hukuku kaynaklı bir kavram olduğu düşünüldüğünde bu durum şaşırtıcı değildir. Bu bakımdan Mahkemenin *çocuğun üstün yararına* ilişkin içtihadının Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde şekillendiği söylenebilir<sup>29</sup>. Bunun yanında ilkenin anayasal güvence altına alındığı Anayasa'nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 41. maddesi de uygulama açısından önemlidir.

Mahkemenin ilke kapsamında ele aldığı başvurular esas olarak çocuk kaçırma, çocuğun mutlak meskene iadesi, evlat edinme, velayetin belirlenmesi, koruyucu aile, anne ya da babanın çocukla kişisel ilişki kurması, çocuğun anne ya da babayla kişisel ilişki kurması, hısımların ya da diğer yakınların çocukla kişisel ilişki kurması gibi çeşitli konulardan müteşekkildir<sup>30</sup>. Mahkemenin kararları ve ele aldığı konuların niteliği incelendiğinde, ilkenin işlev gördüğü birden fazla çatışma şekli tespit edilebilir. Öncelikle aile hayatına saygı hakkı bağlamında çocuğun menfaatinin, anne (ya da) babanın menfaatinin ve kamusal menfaatlerin çatışmasından bahsedilebilir. Mahkeme Serpil Toros Başvurusunda söz konusu çatışmayı vurgulamıştır.

Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin bu konuda kendisine tanınan takdir alanı içinde adil bir denge kurup

---

<sup>28</sup> <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B0%5D=çocuğun+üstün+yararı&KararBulteni=1&page=4>> Erişim Tarihi 01.04.2022.

<sup>29</sup> Anayasa'nın 20. maddesine göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”.

<sup>30</sup> <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B0%5D=çocuğun+üstün+yararı&KararBulteni=1&page=4>> Erişim Tarihi 01.04.2022.

kurmadığıdır<sup>31</sup>.

Mahkeme birçok kararında *çocuğun üstün yararının* belirlenmesinin bireysel menfaatler ile toplumsal menfaatler; çocuğun menfaatleri ve ebeveyn menfaatleri arasında yapılacak bir dengeleme ile mümkün olacağını belirtmiştir:

Aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün olmayıp ilgili makamların, her iki yükümlülük çerçevesinde de belirli bir takdir alanına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte her iki yükümlülük kapsamında da benzer ilkelerin göz önünde bulundurulması, özellikle her iki durumda da kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiği açıktır<sup>32</sup>.

AYM'nin kamusal menfaatlerin de dahil olduğu çatışma durumlarına dair tespitlerine rağmen, ilkenin asıl uygulama alanı bulduğu başvuruların çocuk ile ebeveynlerin menfaatlerinin çatışması olduğu söylenebilir. Nitekim bu çalışmada da ele alınan kararların büyük bir kısmı, derece mahkemelerinin çocuk ile anne (ya da) babanın menfaatlerinin nasıl dengelendiğinin AYM tarafından denetlenmesini içermektedir. Örneğin Mahkeme yukarıda bahsi geçen *Serpil Toros Başvurusunda* çatışmanın çözümünün, çatışma halindeki çocuğun menfaatleri ile anne babanın menfaatlerinin adil bir biçimde dengelenmesinden geçtiğini belirtmiştir:

Bu açıdan, çocuğun koruma altında kalmasına ilişkin menfaati ile anne babanın çocukları ile yeniden bütünleşme hususundaki menfaatleri arasında adil bir denge tesis edilmelidir. Söz konusu dengenin tesisinde elbette çocuğun üstün yararı öncelikle göz önünde bulundurulması gereken ve çoğu zaman anne babanın menfaatlerinin üzerinde yer alan unsurdur<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Serpil Toros Başvurusu, 2013/2016, 9.3.2016, p. 109.

<sup>32</sup> Murat Atılğan Başvurusu, p. 53, Selim Adıyaman Başvurusu, 2013/8846, 09.03.2016, p. 61.

<sup>33</sup> Serpil Toros Başvurusu, p. 115.

Çocuğun velayetine ilişkin birçok kararında ise çatışan menfaatleri dengelemenin önemini özellikle vurgulamıştır:

(...) Bu noktada belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlama yapılıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil ettiği ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakarlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve özellikle velayet ve kişisel ilişki tesisine dair uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda ebeveyn ve çocuğun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir<sup>34</sup>.

Mahkeme bazen de çatışan insan haklarını daha belirgin bir biçimde ortaya koymuştur. Örneğin *Selim Adıyaman Başvurusunda* çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı ile anne babanın kişisel ilişki kurma hakkı<sup>35</sup> arasında bir çatışma vardır:

(...) Başvurucu tarafından çocuğun ebeveynini görme ve kişisel ilişki kurma hakkı ile anne babanın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının anayasal olarak koruma altında olduğu, mahkemece belirtilen haklar arasında denge kurulması ve bu kapsamda orantılı ölçüde tedbirler uygulanması gerektiğinin belirtilerek...<sup>36</sup>

Mahkeme bazı kararlarında ise çocuk ile geniş aile üyelerinin menfaatleri arasında bir çatışma olabileceğini belirtmiştir:

Kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile hı-sımların menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen

---

<sup>34</sup> Murat Atılğan Başvurusu, p. 39; Selim Adıyaman Başvurusu, p. 58.

<sup>35</sup> Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı ile ebeveynlerin kişisel ilişki kurma hakkı arasındaki çatışmanın, AYM'nin ilke bağlamında en sık ele aldığı çatışma türü olduğu söylenebilir. Kişisel ilişki kurma hakkının yalnızca anne-babaya ait olduğu geleneksel fikri güncel medeni hukuk tartışmalarında kabul edilmemektedir. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 323. maddesinde anne-babadan her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilse de kişisel ilişki kurma hakkı çocuğun da insan hakları arasında yer almaktadır. Doktrindeki bu yöndeki görüşler için bkz. Fulya Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3-4, 2010, ss. 217-248; Ahmet Türkmen, "Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, ss. 1126-1156.

<sup>36</sup> Selim Adıyaman Başvurusu, p. 67.

gösterilmesi gereklidir<sup>37</sup>.

#### IV. İNSAN HAKLARI ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜMLENMESİNDE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİNİN İŞLEVİ

*Çocuğun üstün yararı* ilkesi Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne hakim olan en önemli unsurdur. Mevzubahis ilke çocuklarla ilgili bütün eylem ve işlemlerde dikkate alınmalıdır<sup>38</sup>. Bununla birlikte ilkenin anlamının belirlenmesi ve tanımlanması oldukça zordur. ÇHS'nin 3. maddesinde "üstün yararın" ne olduğu tanımlanmadığı gibi, metin herhangi bir yükümlülük ya da kesin emir içermemektedir<sup>39</sup>. Zira ilkenin en temel işlevi, çocuğun birbiriyle çelişen kendi hak ve menfaatleri arasında ya da bazı durumlarda kendi hak ve menfaatleriyle başkalarının hakları ve menfaatleri arasındaki çatışmaların çözümlenmesine ilişkindir. Her bir somut olayın koşullarına göre değişkenlik gösterecek bu işlev, genelleyici ve kapsayıcı tanımların yapılmasını zorlaştırır. Kavramın tanımlanmasındaki bu zorlukla birlikte, ÇHS'nin 46. maddesi uyarınca Sözleşme metninin yorumlayıcısı konumunda olan Komitenin, ilkenin anlamını ortaya koyduğu genel yorum kararı bir başlangıç noktası olabilir<sup>40</sup>. Bu bölümde Komitenin ilkeye ilişkin genel yorum kararı ve ilkenin insan hakları çatışmalarında nasıl bir işlev gördüğü, AYM kararlarından örneklerle tartışılacaktır.

##### A. Maddi Bir Hak Olarak Çocuğun Üstün Yararı: İnsan Hakları Çatışmalarında Bir Taraf

Komitenin 2013 yılında aldığı "çocuğun üstün yararının öncelikle dikkate alınması hakkına ilişkin (on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration)" genel yorum kararı<sup>41</sup>, ilkenin anlamını belirlemek açısından yol gösterici olmuştur. ÇHK'ye göre *çocuğun*

<sup>37</sup> Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, 2014/18376, 26.10.2017, p. 33

<sup>38</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: I. Cilt Bölgesel Sistemler*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 727.

<sup>39</sup> Jean Zermatten, "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function", *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, s. 485.

<sup>40</sup> Pekel, s. 61.

<sup>41</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), CRC/C/GC/14, 29 May 2013, <[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 02.03.2022.

*üstün yararı* üç ayaklı bir kavramdır<sup>42</sup>. Bu üçlü ayırımdaki ilk maddeye göre *çocuğun üstün yararı maddi bir haktır (a substantive right)*. *Çocuğun üstün yararı hakkı* Komite tarafından genel yorum kararının 6-a maddesinde tanımlanmıştır:

(a) Maddi bir hak [olarak çocuğun üstün yararı]: Kararın belirlenmesi için farklı menfaatlerin dikkate alındığı bir durumda, çocuğun üstün yararının birincil olarak dikkate alınması ve değerlendirilmesi hakkı; ve bir çocuk, belirli ya da belirsiz bir çocuk grubu ya da genel olarak çocuklar hakkında alınacak kararlarda bu hakkın uygulanacağına güvencesidir<sup>43</sup>.

Bu tanıma göre *çocuğun üstün yararı*, tıpkı Sözleşme’de çocuklara tanınan diğer haklar -örneğin Sözleşme’nin 13. maddesinde düzenlenen çocuğun düşüncesini özgürce açıklama hakkı- gibi bir haktır. Komite’nin genel yorum kararından hareketle ilkenin maddi hak olarak tanımını şu şekilde yapabiliriz: *çocuğa ilişkin bir karar verilirken ve çocuğun menfaati yanında bir ya da birden fazla başka menfaatin dikkate alınması gerektiğinde; çocuğun, yararının birincil olarak dikkate alınma ve değerlendirilme hakkı vardır*. Komite bu maddi hakkın, Taraf Devletler açısından esaslı bir yükümlülük doğurduğunu, doğrudan uygulanabildiğini ve bir mahkemede ileri sürülebileceğini de belirtmiştir<sup>44</sup>. Böylece *çocuğun üstün yararı*, çocuğun ulusal ya da uluslararası düzenlemelerde güvence altına alınan ve doğrudan ileri sürülebilen diğer hakları gibi bir insan hakları çatışmasının tarafı olabilir. Aynı zamanda bir mahkemeye başvurularak bu hakkın gereğinin yerine getirilmesi doğrudan talep edilebilir ya da bir insan hakları çatışmasından galip gelirse hakkın ihlal edildiği neticesine varılabilir.

Komite *çocuğun üstün yararını* maddi bir hak olarak tanımlamış olsa da literatürde bu tanımlamaya haklı bazı eleştiriler getirilmiştir. Bir uluslararası sözleşme olan ÇHS’nin yorumlanmasında öncelikle dikkate alınması gereken Viyana Sözleşmeler Hukuku Antlaşması’dır. 1969 tarihli

<sup>42</sup> Komite’nin bu üç ayaklı ayrımı Jean Zermatten’in 39. dipnotta bahsi geçen makalesinden aynen aldığı görülmektedir. Zermatten, Uluslararası Çocuk Hakları Enstitüsü kuruculuğunu ve 1995-2014 yılları arasında başkanlığını yapmış, aynı zamanda BM Çocuk Hakları Komitesinde 2007-2013 yılları arasında başkan yardımcılığı ve başkanlık görevlerini yerine getirmiştir. Çocuğun üstün yararı ilkesinin işlevine ilişkin yaptığı ayrımın ayrıntıları için bkz. Zermatten, s. 485.

<sup>43</sup> CRC/C/GC/14, p. 6-a.

<sup>44</sup> CRC/C/GC/14, p. 6-a.

*Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (Vienna Convention on the Law of Treaties) "Antlaşmaların Yorumu"* başlıklı 31 ila 33. maddeleri bu konuda bize ışık olacaktır. Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinde düzenlenen genel yorum kuralına göre "Bir antlaşma, hükümlerine bağlamaları içinde ve konu ile amacı ışığında verilecek olağan anlama uygun şekilde, iyi niyetle yorumlanır"<sup>45</sup>. Bu madde uyarınca, *çocuğun üstün yararının* maddi bir hak olup olmadığının tespiti için öncelikle maddenin metninden hareket etmek gereklidir<sup>46</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere madde metni çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun üstün yararını dikkate almak gerektiğini salık verirken "hak" terimine yer vermemiştir. Bu bakımdan ÇHS'nin diğer maddeleriyle de ayrışır. Örneğin Sözleşme'nin 6. maddesinde "çocuğun yaşama hakkı"ndan, 7. maddesinde "çocuğun ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma" hakkından, 13. maddesinde "çocuğun düşüncesini özgürce açıklama hakkı"ndan bahsedilmiştir. 3. maddenin Komite tarafından maddi bir hak olarak görülmesine karşın, formülasyonunun "hak" kelimesini içeren ve yukarıda bazı örnekleri verilen maddelere değil; genel yorumu içeren 1. madde, korumayı içeren 2. madde ve uygulamayı içeren 4. ve 5. maddelere benzer oluşu, ilkenin *bir hak* olmaktan öte bir "şemsiye" hüküm olduğu şeklinde yorumlanmıştır<sup>47</sup>. Kanaatimizce bir hukuki düzenlemede "hak" kelimesinin geçmemesi, söz konusu düzenlemenin bir "hak" içermediği anlamına gelmez. Yukarıda da atıfta bulunulan Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre ÇHS'nin 3. maddesi uluslararası antlaşmanın genel amacı dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Ayrıca Komite *çocuğun üstün yararını* maddi bir hak olarak gördüğünü belirtse de, kavramın amacının çocuğun ÇHS'de tanınan tüm haklardan tam ve etkin bir şekilde yararlanması ve çocuğun bütüncül gelişiminin güvence altına alınması olduğunu ifade etmiştir. Bu güvencenin anlamı çocuğun fiziksel, psikolojik, ahlaki ve ruhsal anlamda korunması ve insan onurunun muhafaza edilmesinin desteklenmesidir<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> <[https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf)>, Erişim Tarihi 22.03.2022.

<sup>46</sup> Kilkelly, s. 57.

<sup>47</sup> Alston, s. 11.

<sup>48</sup> CRC/C/GC/14, p. 4, 5. Bu amaç dikkate alınarak yapılacak yorumlama ve Komitenin genel yorum kararı dikkate alındığında, *çocuğun üstün yararının* maddi bir hak değil ancak usuli bir hak olduğu iddia edilmiştir; Kilkelly, s. 59. Maddi hak ile usuli hak arasındaki ayrımın yapılmasındaki zorluk bir yana, bu tartışmanın ilkenin insan hakları çatışmalarının çözümlenmesindeki işlevine doğrudan bir katkısı yoktur. Niteliği usuli ya da maddi hak olsun, ilkenin insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde işlevlerinden biri, çatışmanın taraflarından biri olmasıdır. Bu nedenle çalışmada literatürdeki bu tartışmalara ayrıca değeri-

Mahkemenin bireysel başvuru kararları incelendiğinde, az sayıda da olsa bazı kararlarında *çocuğun üstün yararı ilkesini*, Komitenin tanımladığı biçimde *maddi bir hak* olarak ele aldığı görülmektedir. Örneğin 2018 yılında incelediği *Yıldız Yıldız Başvurusunda* AYM, *çocuğun üstün yararını* maddi bir hak olarak değerlendirmiştir. Başvurucu, mutad meskeni yurtdışında bulunan çocuğunun, eşi tarafından yurtdışındaki mukim yerine dönmesine izin verilmemesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme başvuruya ilişkin incelemesinde,

(...)Ayrıca başvuru ile çocuğu arasında kişisel ilişki tesis edilerek başvurunun çocuğunu görme, ilişki kurma hakkı ile çocuğun yüksek menfaati arasındaki denge gözetilmiş olmaktadır<sup>49</sup>.

diyerek çocuğun üstün yararı ilkesinin, annenin aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirilen çocuğunu görme ve ilişki kurma hakkı karşısında *maddi bir hak* olarak dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemenin çocuğun yararını maddi bir hak olarak gördüğü bir diğer başvuru, açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunan *C.K. Başvurusudur*. Başvuran baba, müşterek çocuğu olan eşi ile şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmıştır. Çocuğun velayeti annesine verilmiş ve başvurucuya kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır. Başvuranın hakkında, eski eşine yönelik aile içi şiddet nedeniyle tedbir ve uzaklaştırma kararı verilmiştir. Başvuran çocuğu ile kişisel ilişki kurmasının engellendiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü incelemesinde *çocuğun üstün yararını* maddi bir hak olarak değerlendirmiştir:

Somut olayda Mahkemenin de başvurunun eski eşinin ifadesini tanık anlatımlarıyla birlikte değerlendirerek çocuğun babasının şiddet içeren eylem ile sözlerinden etkilendiğini kabul ettiği ve başvurunun çocuğuyla kişisel ilişki kurmadaki menfaati karşısında çocuğun üstün yararını gözeterek kişisel ilişkiyi altı ay süreyle kaldırdığı anlaşılmaktadır. Şiddetin önlenmesi amacıyla uygulanan ve süre ile sınırlanan tedbirin, çocuğun maruz kaldığı eylem de gözetildiğinde anılan amacı gerçekleştirmeye elverişli

---

nilmemiştir.

<sup>49</sup> Yıldız Yıldız Başvurusu, 2015/19293, 17.07.2018, p. 76.

ve ölçülü olmadığı söylenemez<sup>50</sup>.

## B. Temel Bir Yorum İlkesi Olarak Çocuğun Üstün Yararı: Çocuğun Üstün Yararı Merceğinden Bakmak

Komitenin 2013 tarihli genel yorum kararında yaptığı üç ayaklı ayrımın ikincisine göre çocuğun üstün yararı *temel bir yorum ilkesidir (a fundamental interpretative legal principle)*. Komite bir temel yorum ilkesi olarak çocuğun üstün yararını aşağıdaki şekilde tanımlamıştır.

(b) Temel bir yorum ilkesi [olarak çocuğun üstün yararı]: Eğer hukuki bir düzenleme birden fazla yoruma açıksa çocuğun üstün yararına en etkin şekilde hizmet eden yorumun tercih edilmesi gereklidir. Sözleşme ve ihtiyari protokollerde güvence altına alınan haklar yorumlama için çerçeve sağlar<sup>51</sup>.

Komite çocuğun üstün yararının yorum ilkesi niteliğine ilişkin açıklamasını yukarıdaki tanımla sınırlı tutmuş, genel yorum kararının devamında, maddi hak ve usul kuralı niteliklerinin aksine, başkaca bir bilgi vermemiştir. *Yorum ilkesi* bir hükmün anlamlandırılmasında dikkate alınacak amaçtır<sup>52</sup>. Bu bakımdan Komitenin muradının, Sözleşme'nin her bir hükmünün (ya da Sözleşme'de güvence altına alınan her bir hakkın) “çocuk için en iyi olanın” tercih edileceği bir mercek üzerinden değerlendirilmesi olduğu söylenebilir<sup>53</sup>. Yorum ilkelerinin kaynağı eşyanın tabiatıdır<sup>54</sup>. Bu bakımdan çocukların haklarının, bunun da ötesinde yaşamlarındaki iyilik ve esenliğin korunmasını amaçlayan bir uluslararası belgenin, “çocuk için en iyi olanın” tercih edileceği bir yorumlama ile okunması gerekliliği açıktır. Bir yorum ilkesi olarak çocuğun üstün yararı, çocukları ilgilendiren tüm konulara *çocuğun yararı merceğinden bakmak* olarak tanımlanabilir.

Anayasa Mahkemesi içtihadında, *çocuğun üstün yararının* bir yorum ilkesi olarak görüldüğü istisnai başvuruları tespit etmek mümkündür.

<sup>50</sup> C.K. Başvurusu, 2016/3114, 18.7.2019, p. 37.

<sup>51</sup> CRC/C/GC/14, p. 6-b.

<sup>52</sup> Hanneke Senden, Interpretation Of Fundamental Rights in A Multilevel Legal System : An Analysis Of The European Court Of Human Rights And The Court Of Justice Of The European Union, School of Human Rights Research Series, Vol. 46, Intersentia, 2011, s. 45.

<sup>53</sup> Kilkelly, s. 61.

<sup>54</sup> Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, TBB, Dr. Ozan Ergül (Haz.), TBB Yayınları: 236, 2013, s. 19.

Mahkemenin çocuğun üstün yararına ilişkin içtihadını ortaya koyduğu ilk kararlardan biri ve Genel Kurul tarafından ele alınan *Marcus Frank Cerny Başvurusu* bu bakımdan oldukça önemlidir. Başvuru, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) vatandaşı bir baba ile Türk vatandaşı bir annenin müşterek çocuklarının, anne tarafından mutat meskeni olan ABD’den götürülmesi, geri dönmesine izin verilmemesi ve babası ile görüştürülmemesine ilişkindir. Başvurucu baba AYM’ye, Anayasa’nın hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesi, ailenin korunması ve çocuk haklarına dair 41. maddesi, milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin 90. maddesi ve mahkemelerin bağımsızlığının düzenlendiği 138. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuştur. Ancak Mahkeme değerlendirmesini esas olarak özel ve aile hayatının korunması hakkının düzenlendiği Anayasa’nın 20. maddesi ve çocuğun anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkının düzenlendiği Anayasa’nın 41. maddesi üzerinden yapmıştır<sup>55</sup>.

Mahkemeye göre, anne-baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı, aile hayatının esaslı unsurlarından biridir. Bu nedenle anne-baba arasındaki ilişki hukuken sona erse dahi, ebeveynlerin velayet ve kişisel ilişki kurma hakları devam edecektir. Söz konusu hakların kullanımının hukuka aykırı bir biçimde engellenmesi durumunda, devletlerin bireylerin haklarını korumak için gerekli yargısal çerçeveyi oluşturması ve uygun tedbirlerin alınması hususunda pozitif yükümlülükleri vardır. Bu bakımdan uluslararası çocuk kaçırma vakaları, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirilmelidir<sup>56</sup>. Mahkeme, çocuk kaçırma davalarında çocuğun yararının ne olduğunu belirlemenin en mühim husus olduğunu belirterek, çocuk için “en iyi olanın” bir genel yorum ilkesi olarak işlev görmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesine göre “...çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsurdur<sup>57</sup>”.

2017 yılında verilen *Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusunda* ise Mahkeme, çocuğun anne ve baba dışındaki geniş aile üyeleri ile kişisel ilişki kurulmasının ancak “çocuğun üstün yararı” merceğinden geçen bir karar ile mümkün olacağını belirtmiştir.

---

<sup>55</sup> Marcus Frank Cerny Başvurusu, p. 28.

<sup>56</sup> Marcus Frank Cerny Başvurusu, p. 44.

<sup>57</sup> Marcus Frank Cerny Başvurusu, p. 80. Ayrıca bkz. N.Ö. Başvurusu, 2014/19725, 19.11.2015, p. 54, Selim Adıyaman Başvurusu, p. 62, Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, 2014/5974, 26.12.2017, p. 86; Serpil Toros Başvurusu, p. 118.

Bununla birlikte aile içinde önemli rolü bulunabilecek büyükanne-büyükbaba gibi yakın akrabalar ve diğer akrabalar ile ilişkilerin “aile hayatı” kapsamında korunabilmesi ancak bu kişilerle çocuk arasında yakın kişisel bağların fiilen mevcut olması ve ilişki kurulmasının çocuğun üstün menfaati bakımından önemli olması halinde mümkün olabilecektir<sup>58</sup>.

Mahkemenin çocuğun üstün yararının bir yorum ilkesi olarak ele aldığı bir diğer karar da *Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu*dur. Başvuru, müşterek çocuğun velayetinin babasına verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede velayetin belirlenmesine ilişkin yargılamanın *çocuğun üstün yararı ilkesini gözetmediği* gerekçesiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir:

Velayet davalarında asıl amacın tarafların iddiaları ile mevcut delilleri değerlendirmek suretiyle çocuğun üstün yararına olanın belirlenmesi olduğu hatırlatılmalıdır. Bu bağlamda yargılama süreci bir bütün halinde değerlendirildiğinde; yukarıda belirtildiği üzere velayetin değiştirilmesini sağlamak amacıyla başvuruçunun baskı altına alındığı ve şiddet gördüğü yönündeki yargıya yansıyan ve velayet davasını etkileyebilecek nitelikteki iddialarla ilgili bir inceleme yapılmadığı, çocuğun içinde bulunduğu koşullar tam olarak ortaya konulmak suretiyle çocuğun sağlığı ve gelişimi açısından üstün yararına olanın tespit edilmediği hususları gözetildiğinde, yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına ilişkin Anayasa’da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözetken özenli bir yargılama yaptıkları söylenemez<sup>59</sup>.

### **C. Bir Usul Kuralı Olarak Çocuğun Üstün Yararı: Çocuğun Üstün Yararını Her Adımda Hesaba Katmak**

Komitenin 2013 tarihli genel yorum kararında yaptığı üç aylık ayırımın üçüncü ve son basamağına göre *çocuğun üstün yararı bir usul kuralıdır (a rule of procedure)*:

(c) Bir usul kuralı [olarak çocuğun üstün yararı]: Belirli bir çocuğu, bir çocuk grubunu ya da genel olarak çocukları etkileyecek bir karar verileceği zaman, karar alma süreci, kararın çocuklar

<sup>58</sup> Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, p. 30.

<sup>59</sup> Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu, 2017/35776, 2.6.2020, p. 43.

üzerindeki olası (olumlu ya da olumsuz) etkilerine ilişkin bir değerlendirilmeyi mutlaka içermelidir. Çocuğun üstün yararının değerlendirilmesi ve belirlenmesi, usule ilişkin güvenceleri zorunlu kılar. Ayrıca, bir kararın gerekçesi mutlaka [bu usuli] hakkın dikkate alındığını göstermelidir. Bu bağlamda, Taraf Devletler verilen bir kararda hakka nasıl saygı gösterildiğini, diğer bir ifadeyle, hangi hususun çocuğun üstün yararına hizmet ettiğini açıklamakla yükümlüdürler: bu belirlemede hangi ölçütlere başvurulduğu ve çocuğun menfaatlerinin çatışan diğer mülahazalar karşısında - [bu mülahazalar] ister bireysel vakalara ister geniş kapsamlı politikalara ilişkin olsun - nasıl tartıldığı ortaya konulmalıdır<sup>60</sup>.

Komitenin yukarıdaki açıklamalarından hareketle bir usul kuralı olarak *çocuğun üstün yararı*, bir çocuğa (ya da çocuklara/çocuk gruplarına) ilişkin karar verilirken, *karar sürecinin her adımında çocuğun yararının dikkate alınması* olarak tanımlanabilir. Devletlere, sonuca değil sürece ilişkin bir yükümlülük getiren bu kuralın usuli güvencelerden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Bu nedenle bir usul kuralı olarak *çocuğun üstün yararı*, çocuğun yararının karar sürecinin her aşamasında hesaba katılmasını sağlamayı hedefleyen usuli güvencelerden müteşekkildir<sup>61</sup>.

Komiteye göre *çocuğun üstün yararı*, ÇHS’de ya da diğer insan hakları sözleşmelerinde güvence altına alınan haklar arasındaki muhtemel çatışmaları

<sup>60</sup> CRC/C/GC/14, p. 6-c.

<sup>61</sup> İnsan hakları yargılamasındaki ve bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarındaki güncel “usuli kırılma (procedural turn)” tartışmalarına paralel bir biçimde, literatürde çocuğun üstün yararı ilkesinin esas olarak usuli bir yaklaşımla ele alınması gerektiğini iddia eden bazı yazarlar vardır. Bu yazarlara göre usuli hak yaklaşımı, bir mahkemenin *üstün yarar incelemesinde*, hangi sonucun çocuğun üstün yararına olduğuna dair maddi bir inceleme yapmaksızın yalnızca sonuca giden prosedürü değerlendirmesidir. Ancak bu yaklaşım, maddi mülahazaların tamamen kenara bırakıldığı bir inceleme anlamına gelmez. Bunun yerine maddi değerlendirmenin, *üstün yarar incelemesinin* usuli faktörlere odaklanan bir biçimde yeniden ortaya konulmasıdır/ifadelendirilmesidir. Bu görüşün ayrıntıları için bkz. Milka Sormunen, “Understanding The Best Interests of The Child as a Procedural Obligation: The Example of The European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2020, s. 10. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ndeki “usuli kırılma”ya ilişkin iki önemli değerlendirme için bkz. Oddný Mjöll Arnardóttir, “The ‘procedural turn’ Under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance”, *International Journal of Constitutional Law*, (15) 1, 1 January 2017, s. 9–35; Eva Brems / Laurens Lavrysen, “Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 35, 2013, s. 176-200.

çözmek için dikkate alınmalıdır<sup>62</sup>. ÇHS'ye göre Taraf Devletlerin tüm yargısal ve idari kararlarının yanı sıra çocuklarla ilgili politika ve mevzuatının oluşturulmasında da çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olmasını sağlama yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük, çocuk için en iyi çözümün nasıl ele alındığı ve değerlendirildiği; bu değerlendirmede nasıl bir tartım/dengeleme yapıldığının ortaya konulmasını da içerir<sup>63</sup>. Bu bakımdan ilkenin *usul kuralı* niteliği, insan hakları çatışmalarının çözümlemesinde çocuğun üstün yararı kavramının nasıl bir işlev gördüğü ile doğrudan ilgilidir.

Sözleşme metninde geçen “(çocuğun üstün yararı) birincil düşünce (dir)” ifadesinin ÇHK tarafından nasıl anlaşıldığı da çatışan menfaatlerin tartımı anlamında önemlidir. Komite'ye göre “birincil düşünce” ifadesi, çocuğun menfaatinin diğer mülahazalarla aynı düzeyde değerlendirilemeyeceği anlamına gelir. Çocuğun bağımlı oluşu, toyluğu, yasal durumu ve çoğu zaman kendini ifade edemeyişi, menfaatlerinin diğer hususlarla aynı düzeyde değerlendirilmemesini gerektirir. Çocuklar, yetişkinlere nazaran kendi çıkarlarını korumak için daha az imkana sahip olduğundan, karar vericiler çocukların çıkarının hangi yönde olduğunun açıkça farkında olmalıdır. ÇHK'nin isabetli bir biçimde belirttiği üzere “Çocukların çıkarları vurgulanmadığında gözden kaçma eğilimi gösterir”<sup>64</sup>.

Komite, çatışan menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda, ilkenin belirli bir esnekliğe sahip olduğunu da belirtmiştir. Çocuğun yararının ebeveynlerin, toplumun ya da diğer çocukların menfaatleri ya da diğer kişilerin hakları ile çatıştığı durumlarda, dikkatli bir dengeleme süreci yürütülmesi ve uygun bir uzlaşma tespit edilmesi gerekmektedir. Bu süreç her bir somut olayın koşullarına göre değişecek ve şekillenecektir. Eğer çatışan hak ya da menfaatler arasında bir uzlaşma sağlanması mümkün olmuyorsa, karar vericilerin dengeleme sürecinde çocuğun yararının çatışmadaki “sıradan” bir unsur olmadığını, birincil ve özel olarak korunması gerektiğini akılda tutması gereklidir<sup>65</sup>.

ÇHK'ye göre çocuğun üstün yararı ilkesi dinamikdir ve karmaşıktır; bu nedenle çatışan menfaatlerin dengelenmesinde her bir somut olayın koşulları

<sup>62</sup> CRC/C/GC/14, p. 33.

<sup>63</sup> CRC/C/GC/14, p. 14-b, 32.

<sup>64</sup> CRC/C/GC/14, p. 37.

<sup>65</sup> CRC/C/GC/14, p. 39.

içinde ve vaka bazında (case by case) bir değerlendirme yapılmasını gerektirir<sup>66</sup>. Komite, çocuğun ya da çocukların menfaatlerine ilişkin tüm unsurların vaka bazında değerlendirildiği bu sürece *üstün yarar (menfaat) incelemesi (best-interests assessment)* adını vermiştir<sup>67</sup>. ÇHK'nin genel yorum kararına göre yapılacak bu inceleme beş ana unsur çerçevesinde özetlenebilir:

(1) İlgili çocuk ya da çocukların özellikleri tespit edilmelidir. Bu özellikler yaş, cinsiyet, olgunluk seviyesi, deneyim, bir azınlık grubuna dahil olma, fiziksel, duyuşsal veya zihinsel engellilik gibi çocuğa ait niteliklerin yanında; ebeveynlerinin var olması ya da olmaması, çocuğun ebeveynleriyle birlikte yaşayıp yaşamadığı, çocuğun ebeveynleri veya bakım verenlerle ilişkisinin niteliği, güvenli bir çevrede yaşayıp yaşamadığı, aileye alternatif olabilecek nitelikte büyük ailenin ya da bakım verenlerin olup olmadığı gibi toplumsal ve kültürel koşullardır<sup>68</sup>.

(2) İnceleme yapılırken yasal güvencelerin ve hakların doğru bir şekilde uygulandığı bir usul takip edilmelidir<sup>69</sup>.

(3) Her bir vakanın olgusal bağlamı içinde, üstün menfaat incelemesiyle ilgili olabilecek unsurlar belirlenmeli, somut içerikleri belirlenmeli ve her bir unsura birbiriyle bağlantılı olarak birer ağırlık verilmelidir<sup>70</sup>.

(4) Mevzubahis vakaya ilişkin (çatışan) tüm unsurlar bir potada

<sup>66</sup> CRC/C/GC/14, p. 1 32.

<sup>67</sup> CRC/C/GC/14, p. 47. Komite çocuğun üstün yararını usuli niteliğiyle ele alan ilk uluslararası merci değildir. Komite'den 3 yıl önce, 2010 yılında Avrupa Konseyi tarafından çıkarılan "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalete İlişkin Kılavuz" da da çocuğun üstün yararı incelemesinin nasıl yapılması gerektiğine dair bazı ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkelerin de daha çok usuli güvenceler üzerine odaklandığı söylenebilir. Kılavuza göre:

"İlgili ya da etkilenen çocukların üstün yararını değerlendirirken;

a. Görüş ve düşüncelerine gereken ağırlık verilmelidir,

b. Onur özgürlük ve eşit muamele hakkı gibi çocuğun diğer tüm haklarına her zaman saygı gösterilmelidir,

c. Çocuğun psikolojik ve fiziksel esenliği, yasal, sosyal ve ekonomik çıkarları dahil olmak üzere mevzubahis bütün menfaatlerin gerektiği gibi dikkate alınması için ilgili tüm makamlar tarafından kapsamlı bir yaklaşım benimsenmelidir.", *Guidelines of The Committee of Ministers of The Council of Europe on Child Friendly Justice*, (adopted by The Committee of Ministers of The Council of Europe, on 17 November 2010), Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, s. 18, <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>> Erişim Tarihi 23.03.2022.

<sup>68</sup> CRC/C/GC/14, p. 48.

<sup>69</sup> CRC/C/GC/14, p. 46-b.

<sup>70</sup> CRC/C/GC/14, p. 46-a.

değerlendirilmeli, tartılmalı ve dengelenmelidir<sup>71</sup>.

(5) Eğer inceleme sonrasında alınan karar çocuğun yüksek menfaatine hizmet etmiyorsa alınan kararın dayanakları, varılan karara rağmen süreç içinde birincil mülhazanın çocuğun yararı olduğunu gösterecek biçimde ortaya konulmalıdır. Çatışmanın çözümü sonrasında varılan kararda neden çocuğun menfaatinin üstün gelmediğinin açıklanmasının yanında, tartımda neden diğer menfaatlerin üstün geldiğinin de inandırıcı bir biçimde gösterilmesi gereklidir<sup>72</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 2020 yılında verdiği *Ayşegül Pervane* kararında, kamu makamlarının *çocuğun üstün yararını* korumak için hangi adımları izlemesi gerektiğini tek tek belirterek, ilkenin bir usul kuralı olarak işlev görmesi gerektiğini/gördüğünü ortaya koymuştur. Müşterek çocuğun mutat meskenine iadesine ilişkin olan başvuruda Mahkeme, bir usul kuralı olarak çocuğun üstün yararının yapıtaşlarının ne olduğunu göstermiştir:

(...) Bu bakımdan, çocuğun iade edilip edilmeyeceğine karar verecek olan kamu makamlarının çocuğun üstün yararının korunması yönünden istisnaların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya koymaları çok önemlidir. Bu bağlamda derece mahkemelerinin gerekçeleri, tarafların kanun yoluna başvuru imkanını etkili şekilde kullanabilmesini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya konulmalı; çocuk hakkında psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı gibi bilirkişiler tarafından hazırlanmış yeterli açıklıktaki bilimsel görüşler ve raporlar, çocuğun mutat meskenindeki ve halen bulunduğu yerdeki yaşantısına ilişkin tanık anlatımları ve diğer araştırmaları gösteren somut, nesnel verilere dayandırılmalıdır. Bu konudaki diğer önemli husus ise çocuğun beyanlarının alınmasıdır. Şayet çocuğun dinlenebileceği uygun bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğu anlaşılmış halde geri dönmek isteyip istemediği konusundaki beyanları mutlaka dikkate alınmalıdır<sup>73</sup>.

AYM'nin 2019 yılında verdiği *Şükran İrge* kararına göre ise *çatışan menfaatlerin dengelenmesinde çocuğun üstün yararının hesaba katılmaması*

<sup>71</sup> CRC/C/GC/14, p. 47, 81.

<sup>72</sup> CRC/C/GC/14, p. 97.

<sup>73</sup> Ayşegül Pervane Başvurusu, 2017/37155, 30.09.2020, p. 38.

bir ihlal nedenidir. Başvuran, nitelikli hırsızlık suçundan hükümlü olarak iki çocuğuyla birlikte ceza infaz kurumunda kalmaktadır. Başvuran, başvuru tarihinde 3 yaşından küçük iki çocuğunun bakımı ve ihtiyaçlarının giderilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığında infazın ertelenmesini talep etmiş ancak talebi reddedilmiştir. Mahkeme Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde yaptığı incelemede aşağıdaki gerekçelerle ihlal kararı vermiştir:

Ayrıca kamusal makamlar tarafından koğuşun mevcudu ile Kurumun fiziki yapısının çocukların gelişimi ve yaşamı için uygun olmadığı kabul edilmesine rağmen infaz erteleme talebi reddedilen başvuruçunun çocuğu ile birlikte çocuğun yaşına ve gereksinimlerine uygun, sağlıklı bir ortamda kalmasının sağlanmadığı görülmüştür. Bunun yanında mahpusun cezası ile ilişkilendirilen kararlarda aile hakkına saygı hakkı bağlamında çocuğun yüksek yararının hesaba katılmadığı, mahpusun Ceza İnfaz Kurumunda tutulması ile çocuğun yüksek menfaatleri arasında bir dengeleme yapılmadığı gibi Ceza İnfaz Kurumunun koşullarından çocuğun en az düzeyde etkilenmesini sağlayacak uygun ortam sağlama ya da koşulları daha uygun bir kuruma nakil gibi tedbirlerin alınmadığı anlaşılmaktadır<sup>74</sup>.

Mahkemenin bir usul kuralı olarak çocuğun üstün yararına ilişkin dikkate aldığı bir diğer husus *çocuğun özellikleridir*. Mahkeme, *B.Y. ve Y.O.Y. Başvurusunda* suça sürüklenen otizmli bir çocuğa güvenlik tedbiri uygulanmasının Anayasa'nın 20. maddesini ihlal edip etmeyeceğini ele almıştır. İkinci başvuruçusu *Y.O.Y.* 2002 doğumludur ve çeşitli sağlık kuruluşlarından otizm tanısı almıştır. *Y.O.Y.* hakkında, eğitim gördüğü okuldaki bir öğrenci ve hizmetliye saldırdığı iddiasıyla şikayette bulunulmuştur. İlk derece mahkemesi, uzman görüşlerinin alındığı rapora dayanarak çocuk hakkında sağlık tedbiri alınması kararına varmıştır. Mevzubahis tedbire göre, çocuk üç ayda bir Devlet Hastanesinde muayene olmak zorundadır. Tedbir bir süre uygulandıktan sonra, ikinci bir uzman görüşü alınarak ilk derece mahkemesi tarafından sona erdirilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede aşağıdaki gerekçelerle ihlal olmadığına karar vermiştir:

Bu noktadan hareketle suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuğa çocuklara özgü güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı veya hangi tedbirin uygulanacağı konusunda

---

<sup>74</sup> Şükran İrge, 2016/8660, 7.11.2019, p. 39.

karar verilirken uzmanların da yardımına başvurularak çocuğun içinde bulunduğu koşullar, çocuğun kişilik yapısı ve özellikleri gözetilmek suretiyle çocuğun yüksek yararına olanın tespit edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır (...)

Bu durumda Mahkemenin ikinci başvurusunun durumunu, özelliklerini, uzman görüşünü ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek bir sonuca ulaştığı, amacına ulaştığının anlaşılması sonrası güvenlik tedbirinin Mahkeme tarafından kaldırıldığı... anlaşılma ile aile hayatına saygı hakkına yönelik açık bir ihlalin mevcut olmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>75</sup>.

Mahkemenin çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında önem verdiği bir diğer konu *çocuğun fikirlerinin dinlenilmesidir*. Örneğin *Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusunda*, amca ve halaların kişisel ilişki kurma talebine ilişkin kararın verilmesinden önce ilk derece mahkemesinin çocuğun görüşünü aldığını özellikle vurgulamış ve ihlal olmadığına karar vermiştir.

Somut olayda yeğenleriyle aralarında şahsi ilişki kurulması talebiyle açılan davada, başvuruçuların çocuklar ile kişisel ilişkileri yerel mahkeme tarafından gözlemlenmiş, yaşı ve olgunluk seviyesi itibarıyla yetkin olan çocuklardan birinin beyanları dinlenmiştir... dolayısıyla aile hayatına saygı hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşılmıştır<sup>76</sup>.

Ancak Mahkemenin çocuğun dinlenilmesine ilişkin içtihadında bazı tutarsızlıklar vardır. Çocuğun dedesi ve babaannesiyile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin *Sezen Acar Özfidan Başvurusu* bu bakımdan önemlidir. Söz konusu başvuruda ilk derece mahkemesi, taraflar arasındaki çekişme ve husumet ortamı ve çocuğun davacılar ile görüşmeyi reddetmesi dikkate alındığında kişisel ilişki kurulmasının çocuğun huzurunu tehlikeye düşüreceği sonucuna varmış ve kişisel ilişki kurulması talebini reddetmiştir. Ancak Yargıtay 2. Dairesi davacıların “torun sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek” haklarının bulunduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi de yaklaşık 5 yaşındaki çocuğun, dedesi, babaanesi ve halasıyla görüşmek istememesine rağmen, kişisel ilişki kurulmasının aile hayatına saygı hakkını ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı

<sup>75</sup> B.Y. ve Y.O.Y, 2017/32942, 8.6.2021, p. 44, 47.

<sup>76</sup> Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, p. 37.

oy yazısında isabetli bir biçimde belirttiği üzere, bu yaklaşım çocuk odaklı bir yorum yerine, “torun sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek hakkı” şeklinde formüle edilen ve içeriği tam olarak doldurulmayan bir bakış açısına dayanmaktadır<sup>77</sup>. Mahkemenin oy çokluğuyla aldığı karardaki bakış açısının çocuğun üstün yararına hizmet ettiği şüphelidir.

Mahkeme, derece mahkemelerinin çocuğun üstün yararını ilgilendiren herhangi bir konuya ilişkin karar verirken, psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı vb. uzmanlardan görüş istememesini de usuli bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. AYM, *M.L. ve Diğerleri Başvurusunda* bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur. Başvuran, aile içi şiddet nedeniyle hakkında kendisine ve müşterek çocuklarına yaklaşmaması hususunda koruma kararı çıkarılan eşinin, çocuklarla kişisel ilişki kurmasına karar verilmesi üzerine aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme verdiği ihlal kararını, ilgili aile mahkemelerinin uzman görüşü almaması ve kararın çocuklar ile babanın psikolojik durumlarını ortaya koyan bilimsel raporlara dayandırılmamasıyla gerekçelendirmiştir:

...aile mahkemeleri bünyelerinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı çalıştıran mahkemeler olmasına karşın olayda kişisel ilişki kurulmasına karar verilirken herhangi bir şekilde bu uzmanlardan görüş istenmediği, bilirkişi incelemesine gidilmediği, psikoloji ve pedagoji alanında uzman görevliler tarafından verilmiş, çocuklar ile babanın psikolojik durumlarını ortaya koyan bilimsel raporlara da dayanılmadığı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde babanın çocuklara karşı şiddet uygulama ihtimali olup olmadığı, bu ihtimal söz konusu ise buna karşı alınacak tedbirler ile ek önlemler -örneğin çocuklarla babanın bir uzman gözetiminde görüşmeleri gibi ihtimaller- hiç değerlendirilmeden karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle çocuklar ile hakkında şiddet nedeniyle koruma tedbir kararları bulunan baba arasında kişisel ilişki kurulmasına dair karardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği güvencelerin özellikle sağlık, güvenlik ve gelişimleri açısından üstün menfaati bulunan çocuklar bakımından gözetilmediği sonucuna varılmıştır<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Sezen Acar Özfidan Başvurusu, 2014/16746, 25.01.2018, p. 17, 18, 53. Osman Alifeyyaz Aksüt'ün karşıoy yazısı, p. 3.

<sup>78</sup> M.L. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017, p. 90. Benzer yöndeki bir diğer karar

Çocuğun üstün yararı her çatışma durumunda *en üstün (paramount)* değildir ancak çatışan menfaatler arasında *birincil (primary)*dir. Bu yaklaşıma paralel bir biçimde, bir çatışma halinde çocuğun çıkarımın neden tercih edilmediğinin gerekçelendirilmesi usuli bir güvence olarak yer almalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin *uzmanlar tarafından çocuğun yararına olduğu belirtilen hususların aksine karar vermeleri durumunda, bu kararın ayrıntılı bir biçimde gerekçelendirilmemesini* de bir ihlal sebebi olarak görmektedir. Boşanma aşamasındaki eşlerden birinin çocuk ile kişisel ilişki kurulması talebinin reddine dair *Selim Adıyaman Başvurusu* bu konuda oldukça önemlidir. Başvuran Selim Adıyaman aleyhine açılan boşanma ve müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesi davası devam ederken, kişi cezaevine girmiştir. Boşanma davası devam ederken babanın çocuğu ile görüşme talebi, görüşmenin çocuğun üstün yararına olduğunu belirten uzman raporuna rağmen ilk derece mahkemesince reddedilmiştir. Başvuran, talebinin reddedilmesi nedeniyle 1 yıl 7 ayı aşkın bir süre çocuğu ile görüşmekten mahrum kalmıştır<sup>79</sup>. Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemesinin talebe ilişkin olumsuz kararını gerekçelendirmediğini belirterek, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

...bu süreçte çocuğa bir kolluk kuvvetinin eşlik etmesinin çocuğun yüksek yararına olacağı ve baba ile çocuk arasındaki münasebetin çocuk üzerindeki etkilerine göre görüşme süresinin daha sonra tekrar değerlendirilmesinin uygun olacağı ifade edilmiş olmasına rağmen söz konusu rapora neden itibar edilmediğinin ve çocuk ile baba arasındaki muhtemel bir kişisel ilişkinin çocuğun sağlık ve güvenliği açısından nasıl bir menfi etki doğurabileceği kanaatinin, belirtilen rapordan ayrılmayı haklı kılabiliriz hangi nedenlere dayanılarak edinildiğinin gerekçede belirtilmediği görülmektedir...başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir<sup>80</sup>.

çin bkz. Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu, 2017/35776, 2.6.2020, p. 42.

<sup>79</sup> Selim Adıyaman Başvurusu, p. 16, 19, 69.

<sup>80</sup> Selim Adıyaman Başvurusu, p. 71, 75. Çocuğun üstün yararına yönelik talebin idare tarafından ikna edici ve objektif gerekçelerle açıklanmaması nedeniyle ihlal kararı verilen diğer kararlar için bkz. Ümit Balaban Başvurusu (3), 2016/2821, 29.5.2019, p. 38, 39; Yeliz Erten Başvurusu, 2020/99, 11.3.2021, p. 41, 44; Levent Serhat Bayar Başvurusu, 2018/33714, 28.12.2021, p. 34, 37.

Mahkeme *Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusunda* ise, ilk derece mahkemesinin uzman raporuna itibar etmeme nedenlerini kararında ortaya koyduğu gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Başvurucular yeğenleriyle kişisel ilişki kurma taleplerinin reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmede,

Somut olayda yeğenleriyle aralarında şahsi ilişki kurulması talebiyle açılan davada, başvurucuların çocuklar ile kişisel ilişkileri yerel mahkeme tarafından gözlemlenmiş, yaşı ve olgunluk seviyesi itibarıyla yetkin olan çocuklardan birinin beyanları dinlenmiştir. Ayrıca sosyal çalışmacı olarak görev yapan personelin hazırladığı rapor değerlendirilmiş, bilirkişi raporuna neden itibar edilmediği kararda açıklanmıştır. Karar gerekçesinde dava devam etmekte iken çocukların annesinin, çocukların amcası olan davacılarından biri tarafından öldürüldüğü iddiasıyla kamu davası açılmış olduğu ve bu durumun çocuklar üzerinde yarattığı olumsuz etkiler dikkate alınarak şahsi ilişki kurulması için gerekli koşullar oluşmadığı belirtilmiştir...dolayısıyla aile hayatına saygı hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmıştır<sup>81</sup>.

ifadelerini kullanarak başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

Çatışan menfaatler arasında bir denge sağlanırken, *çocuğun menfaatlerinin yanında ebeveynlerin menfaatlerinin de hesaba katılması* ilkenin usuli işlevi bakımından oldukça mühimdir. Nitekim *Serpil Toros Başvurusunda* Mahkeme, anne ve çocuğun çatışan menfaatlerinin dengelenmesinde, annenin menfaatlerinin dikkate alınmadığı gerekçesiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mevzubahis kararda başvuran, 2003 yılında dünyaya getirdiği çocuğunu doğumdan kısa bir süre sonra para karşılığında bakılması üzere bir ailenin yanına bırakmıştır. Bir süre sonra başvuru tarafından söz konusu aileye ödeme yapılmaması nedeniyle çocuk terk edilmiştir. 2006 yılında devlet korumasına alınan ve Çocuk Esirgeme Kurumuna yerleştirilen çocuk, üç farklı koruyucu ailenin yanına yerleştirilmiş ve 2008 yılında verilen uzman raporuyla çocuk için en iyi seçeneğin evlat edinilme olduğu belirtilmiştir. İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü

---

<sup>81</sup> Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, p. 37.

tarafından evlat edinmede ana babanın rızasının aranmaması talebiyle açılan davada neticesinde ilgili ilk derece mahkemesi, evlatlık verilmesi işlemlerinde anne babanın rızasının aranmamasına karar vermiştir. Bu karardan haberdar olan başvuru, kararın kaldırılması ve çocuğun kendisine verilmesine ilişkin talepte bulunmuştur. Çeşitli yargısal inceleme aşamaları ve alınan birden çok uzman raporu sonrasında 2013 yılında Ankara 3. Çocuk Mahkemesi tarafından çocuk hakkında koruma kararı alınmasına hükmedilmiştir. Karara karşı itirazı reddedilen başvuru, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurmuştur<sup>82</sup>. Mahkeme müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına tespitinde, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde annenin menfaatlerinin dikkate alınıp alınmadığını ele almıştır:

Kamusal makamların özellikle çocuğun gösterdiği tutum nedeniyle ebeveyn ve çocuk arasında daha iyi ilişkiler kurulmasına yardımcı olma konusunda bazı güçlüklerle karşılaştıkları görülmekle birlikte ilgili kamusal makamların daha aktif bir tutum alması zaruridir. Bu bağlamda, koruma altına alınan çocuğun işbirliğine yanaşmayan tutumuna rağmen koruma kararının geçerli olduğu dönemde alınması gereken tedbirlerin özenli bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı ve başvuru süreci katılımının sağlanmamasının çok daha çarpıcı bir hâle geldiği anlaşılmaktadır. İlgili idarenin söz konusu hareket tarzının, uzman ve komisyon raporlarında yer verilen, başvuru hayat şartlarını çocuğun bakım ve gözetimini uygun düzeyde üstenebilecek şekilde geliştirdiği ve kontrol altında da olsa başvuru ile çocuk arasında görüşme imkânının sağlanması gerektiği yönündeki tespitlerle bağdaştırmak da mümkün görünmemektedir (...)

(...) Sonuç olarak derece mahkemelerince verilen koruma kararlarıyla ilgili yargısal sürece başvuru annenin menfaatlerinin dikkate alınmasını sağlayacak şekilde katılımı sağlanmadığı gibi söz konusu kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı, ayrıca kararın icra sürecinde yer alan ilgili idare tarafından özellikle çocuğun üstün yararı dikkate alınarak aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve muhtemel bir yeniden bütünleşmenin temini amacıyla uygun olan adımların atılmadığı görülmektedir<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Serpil Toros Başvurusu, p. 8-12, 30-32.

<sup>83</sup> Serpil Toros Başvurusu, p. 145, 148.

AYM'nin çocuğun üstün yararı bağlamında üzerinde durduğu bir diğer konu, *ceza yargılamalarında çocuk odaklı soruşturma ve/ya kovuşturma* yapılmasıdır. Nitekim Mahkeme, R.Ç. Başvurusunda, soruşturma aşamasında, yapılacak araştırma ve delilleri değerlendirme sonrasında bir dava açılсын ya da açılmasın, meydana gelen bir eksikliğin Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlali anlamına gelebileceğini belirtmiştir. Başvuran R.Ç., müşterek çocuklarının olduğu eşi ile uzun yıllardır devam eden bir boşanma sürecindedir. Müşterek çocuğun velayeti, yargılama sürecinde geçici olarak anneye verilmiş ve baba ile kişisel ilişki tesis edilmesine karar verilmiştir. Söz konusu karar gereği çocuk, yaz tatilinin bir kısmını babası ve babasının ailesi ile köyde geçirmiştir. Başvurucu, çocuğun kendisine teslim edilişinden sonra bazı davranış değişiklikleri olduğunu fark ederek sağlık kuruluşlarına başvurmuştur. Çocuk psikiyatri doktorunun muayenesi sonrasında “olguda istismar vakası tanımlandığı” belirtilmiştir. Bunun üzerinde Başvurucu kolluk merkezine, oğlunun (olay tarihinde 5 yaşında), yaz tatilinde birlikte kaldığı halasının oğlu tarafından (olay tarihinde 15 yaşından küçük) istismara uğradığı iddiasıyla şikayette bulunmuştur. Savcılık yaptığı soruşturmada, başvurusunun eşi, suça sürüklenen çocuğun annesi ve diğer erkek kardeşlerinin beyanlarına dayanarak ve mağdur çocuğun köyde çekilen fotoğraflarında “mutlu” görüldüğü gibi özensiz değerlendirmelerle kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. AYM kötü muamele yasağının usuli bakımdan ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen başvuruda aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

Çocuğun cinsel istismarı iddiasının hassasiyetle ele alınarak çocuk odaklı soruşturma ve/ya kovuşturma yapılması etkili soruşturma yükümlülüğünün bir parçasıdır. Çocuğun üstün menfaati gözetilerek tespit edilen olguların delillerle uyumlu şekilde yorumlanarak bir sonuca ulaşılması devletin çocukları koruma yükümlülüğünün tartışmasız bir başka unsurudur.

...somut olayda şüphelinin de çocuk oluşu hassasiyetle dikkate alınarak yürütülecek adli sürecin mutlaka bir dava açılması ya da açılan davanın belli bir hükümlerle sonuçlanması gerektiği anlamına gelmemekle birlikte başvuru konusu olayda Savcılık tarafından yürütülen soruşturmadaki bir kısım eksiklikler ve başvurusunun iddialarını destekleyen deliller bulunmasına rağmen söz konusu delillerin gözardı edilerek soruşturmanın sonlandırılması nedeniyle yapılan soruşturmanın etkili olmadığı

değerlendirilmiştir<sup>84</sup>.

Anayasa Mahkemesinin *çocuğun üstün yararı incelemesinin makul süre içinde yapılmamasını* da bir ihlal nedeni olarak değerlendirmektedir. Nitekim Mahkeme, *Murat Demir Başvurusunda*, değerlendirmesinin özünün derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetlemek olduğunu belirtmiştir. Başvuran, o dönemde evli olduğu eşi ile birlikte 2008 ve 2009 yıllarında iki küçüğün koruyucu ailesi olarak bakımını üstlenmiştir. 2013 yılında başvuru hakkında *çocuğun cinsel istismarı ve şiddet kullanarak hayvanlarla, ölmüş insan bedeni ile ilgili müstehcen yayın üretme ve satma* suçlamaları kapsamında ceza soruşturması başlatılmıştır. Bunun üzerine ilgili Kurum tarafından koruyucu aile statüsü kaldırılmıştır ve çocuklar yurda yerleştirilmiştir. Başvuran üzerine atılı suçlardan aklanmış ve koruyucu aile statüsünün kaldırılması işlemine itiraz etmiştir. Başvuranın talebi (bireysel başvuru yapılan tarih itibariyle) 6 yıl boyunca görevli yargı kolunun belirlenememesi nedeniyle nihayete erememiştir. Mahkeme mevzubahis başvuruda aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir:

Koruyucu aile statüsünün devam edip etmeyeceği konusu, çocuğun üstün yararının neyi gerekli kıldığı hususunda araştırma yaparak karar vermekle görevli yargısal makamların takdirindedir...Somut olayda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleyecek ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleyecektir...Mevcut başvuru koşulları yönünden önemli olan husus, çocuğun geleceğini, maddi ve manevi bütünlüğünü doğrudan ilgilendiren hukuki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla açılan davanın sürüncemede bırakılmadan hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bu türden bir yargılamanın sürüncemede bırakılması, telafisi imkânsız zararlara yol açabileceğinden tek başına devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir...başvurucunun aile hayatına saygı hakkının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>85</sup>.

Mahkeme, ÇHK'nin genel yorum kararına benzer bir biçimde, çocuğun üstün yararına ilişkin her bir kararın *somut olayın özel koşulları ve her*

<sup>84</sup> R.Ç. Başvurusu, 2018/6688, 24.02.2021, p. 52, 57.

<sup>85</sup> Murat Demir Başvurusu, 2015/7216, 27.3.2019, p. 91, 93, 94. Benzer yöndeki bir diğer karar için bkz. İlknur Kızıltoprak, 2015/11579, 18.4.2019, p. 86-90.

*başvurunun özgün şartları* içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu* bu husus açısından oldukça dikkat çekicidir. Başvuran Dalga Eda Yıldırım, evlilik birliği içinde eşin rızası olmadan ancak bilgisi dahilinde donör aracılığıyla çocuk sahibi olmuştur. Başvuran çocuk sahibi olmasından yaklaşık 3 yıl sonra, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve ortak hayatın çekilmez hale geldiği gerekçeleriyle boşanma davası açmıştır. Boşanma davasına ilişkin yargılama devam ederken davalı eşin, çocuğun (Özgün Yıldırım) biyolojik babası olmadığı tespit edilmiştir<sup>86</sup>. Başvurucu, bu tespite rağmen, mahkeme kararı ile, resmi boşanma süreci sona erene ve soy bağının reddi davası sonuçlanana kadar davalı eş ve çocuk arasında kişisel ilişkinin devam ettirilmesinin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme yapmış olduğu inceleme ile çocuğun üstün yararının her bir somut olayın özellikleri ve çocuğun ihtiyaçları çerçevesinde şekillendiğini vurgulamıştır.

Bu alanda kişisel ve ailevi durumların büyük bir çeşitlilik arz ettiği dikkate alındığında ilgili bütün bireylerin hakları arasında adil bir dengenin kurulması ise her somut olayın kendine özgü koşullarının incelenmesini gerektirmektedir... Öte yandan 325. maddede ise olağanüstü hâller mevcutsa -çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde- çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabileceği hüküm altına alınmıştır.

(...) Bu itibarla evlilik birliği içinde doğan çocuğu kendi çocuğuymuş gibi yetiştiren ve çocuk ile arasında duygusal bağ bulunan kişi ile çocuk arasında boşanma davası sırasında tedbiren kişisel ilişki kurulmuştur... Başvuru konusu olay bakımından başvuru annenin iddiasının aksine çocuğun üstün yararına rağmen böyle bir kişisel ilişki kurulması yönündeki tedbir kararının verilmemesi durumunda -somut olayın özel koşulları altında- çocuğun ve bu kişinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinden söz edilebileceği değerlendirilmektedir. Nitekim Anayasa'nın 20. maddesi, çocuğun üstün yararı çerçevesinde olaya özgü koşulların değerlendirilerek kişisel ilişki kurulması anlamında gerekli tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Sonuç olarak derece mahkemelerinin bu konudaki takdir yetkilerini çocuğun üstün

---

<sup>86</sup> Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, 2014/5974, 26.12.2017, p. 10, 11.

yararını gözeterek makul ve sağduyulu bir şekilde kullandıkları ve bu bağlamda kişisel ilişki tedbiri uygulanmasına ilişkin müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli oldukları anlaşılmaktadır<sup>87</sup>.

## SONUÇ

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin tüm dünyada yaygın kabulü ve ulusal düzenlemeleri etkisi altına almasıyla birlikte *çocuğun üstün yararı* çocukları ilgilendiren tüm konularda dikkate alınacak en önemli ilke haline gelmiştir. İlke uluslararası ve ulusal düzeyde yaygın bir biçimde benimsenmesine rağmen, işlevinin ne olduğu / olması gerektiği konusunda tartışmalar mevcuttur. Bu çalışmada, Sözleşme'nin yorumlayıcısı olan Çocuk Hakları Komitesi'nin 2013 yılında kabul ettiği genel yorum kararı uyarınca bir *maddi hak*, genel bir *yorum ilkesi* ve bir *usul kuralı* olarak nitelendirilen çocuğun üstün yararının, Türk Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde nasıl işlev gördüğünün belirlenmesi hedeflenmiştir.

Bu çalışma neticesinde, *çocuğun üstün yararı ilkesinin* AYM içtihadı kapsamında esas olarak bir usul kuralı olarak işlev gördüğü sonuca ulaşılmıştır. *Çocuğun üstün yararı ilkesinin* anlamı konusundaki literatürdeki farklı görüşlerin ve mahkeme kararlarının varlığına rağmen, ilkenin işlevinin ortaya konulmasında ortak bir amaçta birleşilmektedir: çocuk odaklı bir karar verme süreci<sup>88</sup>. Çocuk odaklı bir karar verme sürecinin gerçekleştirilmesi ise bu süreçte izlenen yol, usul ve prosedürlerin merkezinde ve dahi her adımında çocuk için en iyi seçeneklerin değerlendirilmesinin yer almasına bağlıdır. *Çocuğun üstün yararı ilkesini* bir usul kuralı olarak ele almak, "üstün yarar" gibi soyut bir kavramı ayakları yere basan bir kavram haline getirmeye bir adım daha yakınlaştırmıştır. Bu da, özü itibarıyla çocukların iyilik ve esenliğini, diğer bir ifadeyle "çocuğa verilebileceğin en iyisini" hedefleyen ilkenin amacının gerçekleşmesini sağlamaya en yakın çözümdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bir çatışma durumunda çocuğun yararının dikkate alınıp alınmadığını incelerken çoğunlukla usuli güvencelerden müteşekkil bir denetim yapmıştır. Derece mahkemelerinin mevzubahis usuli güvencelere uygun olmayan kararları, başvuruçuların haklarının ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında, insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde bir usul kuralı olarak işlev gören

<sup>87</sup> Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, p. 92, 94.

<sup>88</sup> Kilkelly, s. 65.

*çocuğun üstün yararı* ilkesinin yerine getirilmesi aşağıdaki usuli güvencelerin sağlanması ile mümkündür :

- Çatışan hakların (ve menfaatlerin) dengelenmesinde çocuğun üstün yararı her zaman hesaba katılmalıdır.
- Çocuğun üstün yararının belirlenmesinde çocuğun özellikleri mutlaka dikkate alınmalıdır.
- Çocuğun üstün yararının belirlenmesinde, mümkünse çocuğun fikirleri dinlenilmelidir.
- Çocuğun üstün yararını ilgilendiren herhangi bir konuya ilişkin karar verirken, psikolog, pedagoğ, sosyal çalışmacı vb. uzmanlardan görüş istenmesi gereklidir.
- Derece mahkemelerinin uzmanlar tarafından çocuğun yararına olduğu belirtilen hususların aksine karar vermeleri durumunda, bu kararlar ayrıntılı bir biçimde gerekçelendirilmelidir.
- Çatışan haklar (ve menfaatler) arasında bir denge sağlanırken, çocuğun menfaatlerinin yanında ebeveynlerin menfaatleri de hesaba katılmalıdır.
- Çocukları ilgilendiren ceza yargılamalarında çocuk odaklı soruşturma ve/veya kovuşturma yapılmalıdır.
- Çocuğun üstün yararı incelemesi makul süre içinde yapılmalıdır.
- Çocuğun üstün yararına ilişkin her bir karar, somut olayın özel koşulları ve her başvurunun özgün şartları içinde değerlendirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Alston P, “Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, *International Journal of Law and The Family*, 8, 1994, s. 1-25.
- Arnardóttir O M, “The ‘procedural turn’ Under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance”, *International Journal of Constitutional Law*, (15) 1, 1 January 2017, s. 9–35.
- Brems E / Lavrysen L, “Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 35, 2013, s. 176-200.
- Erlüle F, “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16(3-4), 2010, s. 217-248
- Gemalmaz M S, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: I. Cilt Bölgesel Sistemler*, Legal Kitabevi, 2011.
- General Guidelines Regarding The Form and Content of Initial Reports To Be Submitted By State Parties Under Article 44 Paragraph 1 (a) of The Convention*, CRC/C/5, 30 October 1991.
- Gözler K, “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, TBB, Dr. Ozan Ergül (Haz.), TBB Yayınları: 236, 2013, s. 15-120.
- İnan A N, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44(1), 1995, s. 765- 778.
- Kilkelly U, “The Best Interests of the Child: A Gateway to Children’s Rights?”, E. Sutherland & L. Barnes Macfarlane (Ed.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016, s. 51-66.
- Legislative History of The Convention on The Rights of the Child, Vol. 1*, Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations, 2007.
- Memduh C Ş, “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi”, *Çocuk ve Medeniyet*, 2019/2, s. 219-240.
- Pekel A, *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM’in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, Liberte Yayınları, 2016.
- Senden H, *Interpretation Of Fundamental Rights in A Multilevel Legal System : An Analysis Of The European Court Of Human Rights And The Court Of Justice Of The European Union*, School of Human Rights Research Series, Vol. 46, Intersentia, 2011.

- Sormunen M, “Understanding The Best Interests of The Child as a Procedural Obligation: The Example of The European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2020, s. 1-24.
- Tatar D B, “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, İlyas Doğan (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, 2015.
- Türkmen A, “Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 1126-1156.
- Yücel Ö, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), Aralık 2013, s. 117-137.
- Zermatten J, “The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function”, *International Journal of Children’s Rights*, 18, 2010, s. 483-499.

### **İnternet Kaynakları**

- 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)*, CRC/C/GC/14, 29 May 2013, [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 02.03.2022.
- Guidelines of The Committee of Ministers of The Council of Europe on Child Friendly Justice*, (adopted by The Committee of Ministers of The Council of Europe, on 17 November 2010), Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, 18, <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>>, Erişim Tarihi 23.03.2022.
- Implementation Handbook For The Convention on The Rights of The Child, Fully Revised Third Edition*, 2007, Geneva, <<https://www.unicef.org/lac/media/22071/file/Implementation%20Handbook%20for%20the%20CRC.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022.
- Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme*, 15 Şubat 2000 tarihli 23965 sayılı Resmi Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23965.pdf>>, Erişim Tarihi 01.04.2022.
- UNHCR Guidelines On Determining The Best Interests of The Child*, Geneva, 2008, <<https://www.unhcr.org/protection/children/4566b16b2/unhcr-guidelines-determining-best-interests-child.html>>, Erişim Tarihi 04.04.2022>, Erişim Tarihi 04.04.2022.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

- Ayşegül Pervane Başvurusu, 2017/37155, 30.09.2020.  
B.Y. ve Y.O.Y, 2017/32942, 8.6.2021.  
C.K. Başvurusu, 2016/3114, 18.7.2019.  
Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, 2014/5974, 26.12.2017.  
Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu, 2017/35776, 2.6.2020.  
Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, 2014/18376, 26.10.2017.  
İlknur Kızıltoprak, 2015/11579, 18.4.2019.  
Levent Serhat Bayar Başvurusu, 2018/33714, 28.12.2021.  
M.L. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017.  
Marcus Frank Cerny Başvurusu, 2013/5126, 2.7.2015.  
Murat Atılğan Başvurusu, 2013/9047, 7.5.2015.  
Murat Demir Başvurusu, 2015/7216, 27.3.2019.  
N.Ö. Başvurusu, 2014/19725, 19.11.2015.  
R.Ç. Başvurusu, 2018/6688, 24.02.2021.  
Selim Adıyaman Başvurusu, 2013/8846, 09.03.2016.  
Serpil Toros Başvurusu, 2013/2016, 9.3.2016.  
Sezen Acar Özfidan Başvurusu, 2014/16746, 25.01.2018.  
Şükran İrge, 2016/8660, 7.11.2019.  
Ümit Balaban Başvurusu (3), 2016/2821, 29.5.2019.  
Yeliz Erten Başvurusu, 2020/99, 11.3.2021.  
Yıldız Yıldız Başvurusu, 2015/19293, 17.07.2018.