

Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Kaçırılan Çocukların İadesi

International Child Abduction and Extradition

Fatma Betül ÖZDEMİR* 

Öz

La Haye Daimi Bürosu tarafından oluşturulan özel bir komisyonun çalışmaları neticesinde hazırlanan 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme çerçevesinde, yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sonlanması durumunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Sözleşmenin amacı, mutad meskeni ülkesinden hukuka aykırı şekilde kaçırılan veya kaçırıldığı yerde haksız olarak alıkonan çocuğun derhal iadesini sağlamak şeklinde belirtilmiştir. Ancak bu iadenin çocuğun üstün menfaatine hizmet etmesi ve en kısa sürede gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durum da Sözleşmeye taraf devletlere önemli yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler bağlamında gerek yerel gerek uluslararası kararlar ışığında uluslararası çocuk kaçırma kavramından ne anlaşılması gerektiği çalışmamızda ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Çocuk Kaçırma, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme, La Haye Daimi Bürosu, Mutad Mesken.

Abstract

In the framework of the 1980 Convention on the Civil Aspects Of The International Child Abduction which was prepared on the basis of the work of a special commission created by the Permanent Bureau of La Haye, it was aimed to resolve the disputes that would arise if the marriages bearing foreign elements were terminated. The aim of the Convention is to ensure the immediate return of the child who has been abducted or otherwise illegally abducted from the habitual residence country. However, it is necessary to serve the child's supreme interests and to take place as soon as possible. This situation brings important obligations to the contracting States. In the context of these obligations, both domestic and international decisions will be tried to show what we should understand from the concept of international child abduction.

Keywords: International Child Abduction, Convention On The Civil Aspects Of International Law, Permanent Bureau Of La Haye, Habitual Residence.

* Araştırma Görevlisi, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası (Kamu) Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: fatma.ozdemir2@altinbas.edu.tr

GİRİŞ

Uluslararası anlamda iletişim ve ulaşım alanındaki gelişmeler uluslararası ilişkileri ekonomik ve sosyokültürel açıdan etkilemiştir. Bu etkileşimler ayrıca yabancılık unsuru taşıyan evliliklerde artışa neden olmuştur. Ancak kültürel, dini veya geleneksel farklılıklardan dolayı yabancılık unsuru taşıyan bu evliliklerin sona ermesi de aynı oranda artış göstermiştir. Somut olaylar incelendiğinde özellikle ebeveynlerden birinin, sona eren evliliklerinin akabinde çocuklarını diğer ebeveynden uzaklaştırma amacıyla çocuğu mutad meskeninden başka bir yere götürme eğiliminde oldukları ve çocuklarıyla birlikte yeni bir hayat kurmaya çalıştıkları görülmektedir. Bu durum ise, çocuğun yaşamsal faaliyetlerini gerçekleştirdiği, sosyal çevresini oluşturduğu ve alışık olduğu ortamdan uzaklaştırılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu tür durumlarda, yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sonlanmasıyla ortaya çıkan uyumsuzluklarda en çok zarar gören çocuk olmaktadır.

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi bu nitelikteki ailevi sorunlar sebebiyle mutad meskeni ülkesinden hukuka aykırı şekilde uzaklaştırılan çocuğun derhal mutad meskeni devletine iadesi noktasında uluslararası iş birliğini sağlamak amacıyla kaleme alınmıştır. Sözleşmenin amacı çocuğun üstün menfaatine hizmet edecek şekilde ve her somut olayın koşullarının ayrıntılı olarak incelenmesiyle çocuğun mutad meskenine iadesini sağlamaktır. Sözleşmede kendine özgü kavramlar yer almakta olup çalışmamızda bu kavramların içeriği üzerinde durulacaktır. Ayrıca 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi kapsamında sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülükleri ekseninde yerel ve uluslararası karar örnekleri sunularak kavramların ne şekilde yorumlandığı açıklanacaktır. İlgili açıklamalar ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımına yönelik değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

I. ULUSLARASI ÇOCUK KAÇIRMA KAVRAMI

Çocuk hukuku hem kamu hukuku hem de özel hukuk ile ilişkili olan ve somut olaylarda çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi gereken bir alandır. Çocuklarla ilgili hukuki konuların anayasal, idari ve cezai anlamda incelenmelerinin yanı sıra uluslararası boyutlarının da ele alınması gerekmektedir.¹ Uluslararası çocuk kaçırma kavramı ise ilk başta, iç hukukumuz açısından düşünüldüğünde Türk Ceza Kanunumuzun 234. maddesinde yer alan '*Çocuğun Kaçırılması ve*

1 Gonca Gülfem Bozdağ, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.36., Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 6.bs., İstanbul, 2018, s.162. , Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi**, 1.bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.4., Ziya Akıncı/ Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.203, İlknur Altuntaş, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s.5.

Alıkonulması'² suçu ile birlikte, yine Türk Ceza Kanunu 80/3 'te³ düzenlenen çocuğun insan ticareti amacıyla kullanılması suçunu akla getirebilir. Adı geçen düzenlemeler konumuzla alakalı olmakla beraber çocuk kaçırma kavramını incelediğimiz anlamıyla karşılamamaktadır. Türk Ceza Kanununun 234/1 ve 234/2 maddelerinde düzenlenen çocukların kaçırılması veya alıkonulması suçuyla korunan hukuki yarar, veli veya vasiinin aile hukukundan kaynaklanan velayet ve vesayet hakkıdır.⁴ Bu noktada, çocuk kaçırma kavramından anlaşılması gereken, 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme⁵ çerçevesinde çocuk üzerinde koruma veya ziyaret hakkına sahip kişinin bu hakkının ihlal edilerek, sözleşmeye taraf bir devletten diğer taraf devlete çocuğun haksız olarak götürülmesi veya götürüldüğü taraf devlet ülkesinde alıkonulmasıdır. Bu kavram sadece çocuğun annesi, babası, anne – baba dışındaki aile bireyleri veya vasisi tarafından, diğer kişinin çocukla kişisel ilişki kurma hakkını da kapsayacak şekilde sahip olunan koruma hakkını ortadan kaldıracak nitelikte alıkonulmasını, saklanmasını veya başka bir yere götürülmesini ifade etmektedir.⁶ Dolayısıyla çalışmamızda çocuk kaçırma, ceza hukukundan ziyade özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan bir durumu ifade etmek amacıyla kullanılacak bir kavramdır.⁷ Sözleşmeyle amaçlanan, çocuğun mutad meskenine derhal iadesinin sağlanması olup, velayet veya vesayet hakkının korunması, 1961 tarihli *'Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi'*⁸ ve 1980 tarihli *'Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden*

- 2 **TCK Madde 234 – (1)** Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması hâlinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
 - (2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz on iki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.
 - (3) (Ek fıkra: 06/12/2006 – 5560 S.K.10.md) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 3 **TCK Madde 80 – (1)** (Değişik: 6/12/2006 – 5560/3 m.) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir.
 - (2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.
 - (3) On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faille birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.
- 4 Recep Gülşen, "Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, 2013, s.590.
- 5 RG. 15.05.2000-23965.
- 6 Gökçe Kelahmet, "1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin 13(b) Maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebiyle Reddi(I)", *Legal Hukuk Dergisi*, C.10, S.116, 2012, s.136.
- 7 Sözleşmede özellikle daha çok cezai mahiyetteki "*kidnapping*" kelimesinin kullanımından kaçınılmış olup, özel hukukun konusuna giren çocuk kaçırılmaların dikkate alındığını vurgulamak amacıyla "*abduction*" ifadesi tercih edilmiştir. Bu husus için ayrıca bkz: Giray, *A.g.e.*, s.30, 115 numaralı atf; Esen, Ataman – Figenmeşe, *A.g.e.*, s.162, 144 numaralı atf.
- 8 RG. 21.02.1983-17966

*Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*⁹ ile 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçmek üzere hazırlanan, 1996 tarihli “*Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi*”¹⁰ nin amaçları arasındadır.¹¹ Nitekim İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 2009 tarihli bir kararında bu durum; ‘*Her ne kadar sözleşmede çocuğun kaçırılma olayından söz edilmiş ise de aslında bu cezai anlamda bir çocuk kaçırma eylemini tanımlamak amacı taşımamaktadır. Burada kaçırmaktan maksat, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden, haksız ve hukuka aykırı olarak başka bir ülkeye götürülmesi ve alıkonulmasıdır.*’¹²

Kavramın hangi amaçla kullanılacağına açıklanması, kavrama yüklenen anlamlar ve hukuki sonuçları bakımından önem taşımakta olup çalışmanın devamında incelenecek olan konuların temelini oluşturması açısından da gereklidir.

A. GENEL HATLARIYLA 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ

İletişim ve ulaşım alanındaki gelişmelerin artması, uluslararası ilişkileri hem ekonomik hem de sosyokültürel anlamda etkilemiştir. Sosyokültürel açıdan, öncelikle, farklı ülke vatandaşı olan kişiler arasında yapılan evlilikler bizim konumuzla ilgili olup özellikle yabancılık unsuru taşıyan bu tür evliliklerin sonlanması durumunda karşılaşılabilecek hukuki sorunların artışı çeşitli çalışmaların yapılması ihtiyacını doğurmuştur.¹³ Bu hukuki sorunlara örnek olarak; sona eren evliliklerde eşlerin farklı ülkelerde yaşamak istemeleri ve müşterek çocukların mutad meskenlerinin neresi olacağına eşler arasında tartışma konusu olması veya velayet hakkının hangi ebeveynde kalması gerektiği gibi birtakım durumları gösterebiliriz.¹⁴ Bu durumların önemli sonuçlarından biri olarak değerlendirebileceğimiz uluslararası çocuk kaçırma olaylarındaki artış da, bir sözleşme düzenlenmesi gerekliliğini doğurmuş olup La Haye Konferansı Daimi Bürosu tarafından oluşturulan bir komisyonun çalışmaları neticesinde Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme ortaya çıkmıştır. Sözleşme, çocuk kaçırma vakalarının çözüme kavuşturulmasına katkıda bulunmak amacıyla hazırlanmıştır ve idari alanda uluslararası iş birliğine ilişkin yeni bir sistem kurarak iade prosedürüne ilişkin genel bir çerçeve çizmektedir.

9 RG. 02.11.1999-23864.

10 RG. 22.05.2016-29719. 2016/9638 sayılı “Bazı Anlaşmaların Yürürlük Tarihlerinin Tespit Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” uyarınca, 1996 tarihli Sözleşme, 01.02.2017 tarihinden itibaren Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. RG. 03.01.2017-29937.

11 Şebnem Nebioğlu Öner, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İçtihat Analizi”, *TBB Dergisi*, 2014, s.479.

12 Nuray Ekşi, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010, s.18; İlgili karar için bkz: İstanbul 1. Aile Mahkemesi, E.2008/945, K.2009/200, K.T:24.03.2009.

13 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s.9.

14 Tuğçe Takçı, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri”, *TAAD*, Y.5, S.19, 2014, s.1040.

Ancak sözleşme iade sürecinin adli kısmına ilişkin hüküm içermediğinden dolayı, adli sürecin işleyişi taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır.¹⁵

Sözleşme, niteliği itibariyle bir adli yardım sözleşmesidir. Yani sözleşmenin içerdiği hükümler, sözleşmeye taraf devletlere iade prosedürünün sağlıklı şekilde gerçekleştirilebilmesi için bir merkezi makam tayin etmeyi ve bu sayede çocuğun mutad meskenine en kısa sürede iadesinin uluslararası iş birliği yoluyla sağlanması yükümlülüğünü getirmektedir. Bu yükümlülük ebeveynlerin velayet ve şahsi ilişki kurma haklarını korumakla beraber, sözleşmenin asıl koruma alanını oluşturmamaktadır.¹⁶ Çocuk Kaçırma Sözleşmesi bu noktada, bir tanıma ve tenfiz sözleşmesi özelliği göstermediğinden Sözleşme çerçevesinde velayet veya vesayet haklarının tanınmasına ve tenfizine ihtiyaç duyulmamaktadır.¹⁷ Keza iç hukukumuzda da bu hususa Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli bir kararında yer verilerek; *'Sözleşmeye göre çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi için, önceden mutad meskenin bulunduğu ülke makamlarından alınmış velayete veya kişisel ilişki kurma hakkına dair bir kararın varlığı gerektiği gibi böyle bir kararın mevcut olması durumunda, bunun çocuğun haksız olarak götürüldüğü veya alıkonulduğu devlette tanınması veya tenfiz edilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır.'* şeklinde ifade edilmiştir.¹⁸ Sonuç olarak sözleşmenin bu niteliği, sözleşmeye taraf devletlerden birinde mutad meskeni olan çocuğun diğer bir akit devlete götürülmesinin veya o devlette alıkonulmasının, kaçırılan tarafın önceden verilmiş bir velayet kararına ya da çocuğun kendisiyle birlikte yaşaması gerektiğine ilişkin daha sonra verilmiş bir karara dayandığını ileri sürdüğü durumlarda, iadeyi isteyen taraf bakımından gereken şartlar gerçekleştirilerek usul işlemleri tamamlandığında, sonradan verilmiş bu velayet kararına bakılmaksızın çocuğun iadesini mümkün hale getirmektedir.¹⁹

1. SÖZLEŞMENİN AMACI

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin amacı Sözleşmenin 1.maddesinde açıkça ifade edilmekle beraber, diğer maddelerde de öngörülen amaca ilişkin ayrıntılar yer almaktadır.²⁰ Ayrıca gerek yerel gerek uluslararası çeşitli yargı kararlarında sözleşmenin amacı üzerinde durulmuştur. İç hukukumuz açısından konuyu ele alırsak, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili kararlarında sözleşmenin amacının, çocuğu

15 Nitekim bunun için Türk Hukukunda 5717 Sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun kabul edilmiştir.

16 Bozdağ, A.g.e., s. 34.; Şanlı / Esen/ Ataman – Figanmeşe, A.g.e., s. 167; Giray, A.g.e. s. 21; Akıncı/ Demir – Gökyayla, A.g.e., s.195; Altuntaş, A.g.e., s.18.

17 Bozdağ, A.e., s.34.

18 İlgili karar için bkz: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.2014/5428, K.2014/7050, K.T: 27.03.2014 (Çevrimiçi) – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 14.04.2018.

19 Kelahmet, A.g.m., C.10, S.117, 2013, s.63.

20 İşbu sözleşmenin amacı:

- a) Taraf Devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;
- b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek.

kanuna aykırı olarak yer değiştirmesinin zararlı etkilerinden korumak ve mutad ikametgâhı devletine dönüşünü teminat altına almak şeklinde ifade edildiğini söyleyebiliriz.²¹

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin 1.maddesinde ve amaca ilişkin ayrıntıların yer aldığı diğer maddelere genel anlamda bakıldığında amaç, uluslararası nitelik taşıyan ve hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun en kısa sürede mutad meskeninin bulunduğu akit devlete iadesidir.²² Madde metninde amacın anlaşılması bakımından açıklanması gereken kavramlar; *yer değiştirmenin hukuka aykırı olarak addedilebilmesi için ne şekilde olması gerektiği, koruma ve ziyaret haklarının kapsamı ile sözleşmeye göre iadenin ne kadar sürede sağlanmasının çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceği* şeklinde sıralanabilir. Sözleşmenin 3.maddesinde, bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesinin kanuna aykırı bir yer değişikliği olarak kabul edilebilmesi için, bu yer değişikliğinin çocuğun mutad ikametgâhının bulunduğu Devlet kanunları tarafından bir kişiye veya kuruma tek başına veya birlikte verilen koruma hakkının ihlali şeklinde ortaya çıkması gerektiği belirtilmiştir.²³ Dolayısıyla, çocuğun mutad mesken ülkesinden diğer taraf ülkeye götürülmesinden önce devlet kanunları ya da adli – idari makam tarafından verilen bir kararla çocuğun velayetinin tek başına veya müştereken bir ebeveyn ya da ebeveyn dışında üçüncü bir kişiye-kuruma verilmesi ve çocuğun bırakıldığı bu kişi ya da kurumun rızası hilafına diğer bir akit ülkeye götürülmüş olması, sözleşme anlamında hukuka aykırı yer değiştirme olarak kabul edilmektedir.²⁴ Yer değişikliğinin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi ve koruma hakkının ihlal edilip edilmediği mutad mesken kavramıyla bağlantılı olduğu için öncelikle mutad meskenden ne anlaşılması gerektiği ortaya koyulmalıdır.

a. Mutad Mesken Kavramı

1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin amacının, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonulan çocuğun bu değişiklikten önce bulunduğu yer olarak kabul edilen mutad meskenine iade edilmesi olduğunu belirtmiştik. Yani sözleşme şu şekilde ifade edebileceğimiz iki önemli eyleme karşı koruma sağlamaktadır; *haksız yer değiştirme ve alıkoyma*.²⁵ La Haye Sözleşmesi ile

21 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili kararlarından örnekler için bkz.: E.2008/18187, K.2009/6203, K.T:02.04.2009; E.2003/12955, K.2004/1355, K.T:10.02.2004; E.2010/17354, K.2011/6395, K.T:11.04.2011 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 14.04.2018.

22 Giray, A.g.e., s.22.; Esen/ Ataman – Figanmeşe, A.g.e., s.162; Altuntaş, A.g.e., s.22.

23 Bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi:

a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad ikametgâhının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde; ve

b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise

Kanuna aykırı addedilir.

(a) da söz konusu edilen koruma hakkı, özellikle, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bu Devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir.

24 Bahadır Erdem, “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları”, MHB, C.35, S.2, s.151.

25 Ziya Akıncı, “Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Turkish

amaçlanan ise yer değişikliğinin veya alıkoymanın hukuka aykırı olup olmadığını belirlemek ve hukuka aykırılığın tespit edilmesi durumunda bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, çocuğun iadesini sağlamaktır.²⁶ Gerek bu yer değişikliğinin veya alıkoymanın hukuka aykırı olup olmadığının tespiti açısından gerek çocuğun üstün menfaatinin değerlendirilmesi açısından mutad mesken kavramı önem taşımaktadır. Bu sebeple mutad mesken kavramı için konunun ‘*mihenik taşı*’ diyebiliriz. Hukuka aykırılığın tespiti için ise öncelikle, mutad mesken ve ikametgâh kavramlarının farklılıkları açıklanmalı, akabinde 1980 tarihli Lahey Sözleşmesinde ikametgâh kavramından ziyade neden mutad mesken ibaresinin tercih edildiği ortaya koyulmalıdır.

Mutad mesken kavramı ikametgâh kavramından farklıdır.²⁷ İkametgâh kavramı hukuki bir kavramdır ve bir kişinin, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Dolayısıyla düzenlenmesi hukuk sistemleri açısından farklılık göstermektedir.²⁸ Mutad mesken kavramının ise uluslararası hukukta – 1980 *La Haye Sözleşmesi de dâhil olmak üzere* – kabul edilmiş bir tanımı yoktur.²⁹ Mutad mesken kavramı için bir yerde uzun süre oturma niyetinin olması aranmaz. Bu niyet olmasa dahi o yerde uzun süre bulunmak o yerin mutad mesken olarak kabulüne olanak sağlar.³⁰ Anlaşılabacağı üzere mutad mesken hukuki bir durumu değil fiili bir durumu yansıtmaktadır. Dahası, yabancı doktrinde ve mahkeme uygulamalarında mutad meskenin sadece bir vakadan ibaret olduğuna ilişkin görüşler vardır.³¹ Dolayısıyla mutad mesken hukuki bir kavram olmadığından belirli maddi delillere göre tespit edilebilir.³² Ancak bu anlayışın her yargı düzeninde yeknesak şekilde kabul edildiğini söyleyemeyiz. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Feder v. Evans Feder Davasında*, mutad meskenin fiili bir durum ile hukuki bir kavramın sentezi olduğu şeklinde bir yorum yapılmıştır.³³ Sözleşmede ise kavram bilinçli olarak kullanılmış ve somut olaylarda hukuk sistemlerindeki yorum farklılıklarından kaynaklanan sıkıntıları azaltmak amaçlanmıştır.³⁴ Ancak mutad meskenin belirlenmesi maddi olayların ispatına bağlı olduğu için tartışmalara yol açacağı düşünülerek bazı yazarlarca da eleştirilmiştir.³⁵

Family Law”, Ed. Paul Beaumont, Burcu Yüksel, **Turkish and EU Private International Law**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2014, s.97.

26 A.e., s.97.

27 Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 21.bs, 2015, s. 123; Akıncı/ Demir – Gökyayla, **A.g.e.**, s.215.

28 Nomer, **A.e.**, s.118.

29 Nomer, **A.e.**, s.120.

30 Bozdağ, **A.g.e.**, s. 79.

31 Nomer, **A.g.e.**, s.121.; Akıncı/ Demir-Gökyayla, **A.g.e.**, s.215.

32 Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 13.bs., 2014, s.190.

33 Giray, **A.g.e.**, s.56. Kararın özetinde geçen ifade şu şekildedir: *Any determination of habitual residence must focus on the child and consist of an analysis of the child’s circumstances in that place and the parents’ present, shared intentions regarding the child’s presence there. Yani ‘Mutad meskenin tespitinde çocuğa odaklanılmalı ve çocuğun o yerdeki koşulları ile ebeveynlerin mevcudiyeti, çocuğun o yerdeki mevcudiyetine ilişkin ebeveynlerin ortak niyeti birlikte değerlendirilerek bir mutad mesken analizi yapılmalıdır’* şeklinde ifade edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: (Çevrimiçi) <https://www.incadat.com/en/case/83.07.05.2018>.

34 Giray, **A.e.**, s.55.

35 Çelikel, Erdem, **A.e.**, s.190.

Bazı yargı sistemlerinde zamanın uzunluğu tek başına temel mesele olarak kabul edilmemekte, bir kişinin belirli bir yerde olan ikametinin mahiyeti dikkate alınmaktadır. Bu anlayış beraberinde, niyete ne kadar anlam yüklenmesi gerektiğiyle ilgili soruları akla getirmektedir. İctihat hukuku yoluyla ortaya çıkan diğer bir soru da sürenin ne kadar olması gerektiği hususudur. O yerde kalış amacına bakılarak bir yerde iki ay gibi kısa sayılabilecek bir süre bulunmak, o yerin mutad mesken olarak kabulüne olanak sağlar mı? Bu durumda amacın gözetilmesi niyetin sorgulanması anlamına gelecek şekilde geniş yorumlanmıştır denilebilir mi? Bunun dışında çocuğun fiili olgusal bağı gözetilmeksizin, ebeveynlerin niyetlerine öncelik tanınarak mutad meskenin tayin edilmesi şeklinde uygulamaların hâkim olduğu çeşitli yargı düzenleri de mevcuttur.³⁶ Bu kabulün çocuğun üstün menfaatine hizmet edip etmediği noktasında ciddi fikir ayrılıkları oluşmuştur. Sözleşmeye taraf Devletlerde, sözleşmenin uygulanması bakımından yorumlama yoluyla farklı anlayışta gelişen yargı kararları olsa da, genel anlayış; yaşa dayalı bir ayırım yapılarak çocuğun olgunluğu göz önünde bulundurulduğunda ebeveyninden bağımsız bir mutad meskeninin olabileceği ihtimali söz konusu değilse, ebeveynin niyetine ve o yerde geçirilen süreye bakılarak bir mutad mesken tayini yapılması, çocuğun ebeveyninden bağımsız kabul edilebilecek bir yaşta olması durumunda ise, çocuğun fiili bağının esas alınması gerektiği şeklindedir.

b. Sözleşmeye Göre Koruma ve Ziyaret Hakkı

Sözleşmede tanımlanan koruma hakkı, *sui generis* bir haktır.³⁷ İç hukuktaki velayet hakkından bağımsız olmakla birlikte velayet hakkını da kapsayıcı niteliktedir. Kapsayıcılıktan kasıt, velayet sorumluluğunun yanında koruma hakkının sağladığı bir diğer bir imkân olan *çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme yetkisini* de içermesidir.³⁸ Nitekim bu husus, Sözleşmenin 5.maddesinde: '*Koruma hakkı, çocuğun şahsının bakımı hakkını ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkını ihtiva eder*.' şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin devamında ise ziyaret hakkı zikredilerek '*çocuğun sınırlı bir süre için mutad ikametgâhından başka bir yere götürülmesi*' olarak tanımlanmıştır.

2003 tarihli Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne bu başlık altında değinmek yerinde olacaktır.³⁹ Yukarıda La Haye Sözleşmesi'nin 5.maddesinde yer alan ifade, kişisel ilişki kurma hakkının, terminolojik olarak ziyaret hakkı şeklindeki kullanımınıdır.⁴⁰ 2003 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin 2.maddesinde yer alan kişisel ilişki kurma hakkı, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinde tanımlanan ziyaret hakkının yanında, çocuğun anne – babasıyla, anne – baba dışında aile bağları bulunan üçüncü kişilerle iletişim kurma hakkını ve bu kişilere çocuk hakkında bilgi aktarımında bulunulmasını kapsayacak şekilde tanımlanmıştır.⁴¹ Dolayısıyla

36 Peter Mceleavy, 'Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı', 1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması' Semineri, Seminer Serisi 2, Ankara, **Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü**, 12-13 Haziran 2013.

37 Giray, **A.g.e.**, s.88.

38 Giray, **A.e.**, s.88.

39 RG. 17.11.2011-28155.

40 Özge Bölükbaşı, "Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi", **EÜHFD**, C. XV, S. 3-4 (2011), s.271.

41 **Madde 2-Tanımlar**

2003 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ndeki kişisel ilişki kurma hakkının, La Haye Sözleşmesi'nde tanımlanan ziyaret hakkını da içerecek şekilde detaylandırıldığını söyleyebiliriz. Bu açıdan gerek kişisel ilişki kurma gerek koruma ve ziyaret haklarını velayet ilişkisinin bir uzantısı olarak değil, velayet hakkıyla ilişkili ancak bu haktan bağımsız şekilde ele almak gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına baktığımızda, Mahkemenin La Haye Sözleşmesi kapsamında koruma ve ziyaret hakkıyla ilgili çok sayıda kararının olduğunu ve taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında sözleşmenin yorumlanmasının tercih edildiğini söyleyebiliriz.⁴² Pozitif yükümlülüklerde belirleyici olan kısım, Anayasa Mahkemesinin 02.07.2015 tarihli Genel Kurul kararında,⁴³ uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırma noktasında kendilerinden beklenen bütün makul önlemlerin ulusal makamlarca alınıp alınmadığı şeklinde ifade edilmiştir. Sözleşmenin 8.maddesinin⁴⁴, akit Devletlere yüklediği pozitif yükümlülüklerin ise yine sözleşme ışığında yorumlandığının altı çizilmiştir.

2. AİHM'İN DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİYLE İLGİLİ ÇEŞİTLİ KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında yapılan başvurular, genel itibarıyla AİHS'nin 8.maddesinin ihlaline yönelik iddialara ilişkindir.⁴⁵ Dolayısıyla AİHM' in uluslararası çocuk kaçırma davalarında vermiş olduğu kararlar incelediğinde, uluslararası çocuk kaçırma vakalarında Devletlerin pozitif yükümlülüklerinin

İşbu Sözleşme'nin amaçları bakımından:

a) "Kişisel ilişki", aşağıdaki anlamları ifade eder.

i) Çocuğun mutad olarak birlikte yaşamadığı, 4 veya 5. maddelerde belirtilen kişinin yanında sınırlı bir süre için birlikte kalması veya görüşmesi;

ii)Çocukla söz konusu kişi arasındaki her türlü iletişim şekli;

iii) Söz konusu kişiye çocuk hakkında, ya da çocuğa bu kişi hakkında bilgi aktarımını.

42 Öner, **A.g.e.**, s.500.

43 (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> – Başvuru no: 2013/5126, K.T:02/07/2015, R.G.S:29443./ 10.04.2018.

44 **Madde 8:**

Bir çocuğun, korunma hakkı ihlal edilerek yerinin değiştirildiğini veya alıkonulduğunu ileri süren kişi, kurum veya örgüt, çocuğun geri dönmesini sağlamak üzere yardım etmeleri için gerek çocuğun mutad ikametgâhı merkezi makamlarına, gerek herhangi bir başka taraf Devlet merkezi makamına başvurabilir.

Talebin:

a) Talepte bulunan kişinin, çocuğun ve çocuğu götürdüğü veya alıkonduğunu iddia eden kişinin kimliğine ilişkin bilgileri;

b) Temini mümkün ise, çocuğun doğum tarihini;

c) Talep edenin, çocuğun geri dönmesini isteme müracaatını dayandırdığı esasları;

d) Çocuğun bulunduğu yer ve çocuğun birlikte olduğu varsayılan kişinin kimliği ile ilgili mevcut tüm bilgileri;

İhtiva etmesi gereklidir.

Müracaata,

e) Yararlı kararların veya anlaşmaların onaylı bir örneğinin;

f) Devletin konu ile ilgili kanuna dair, merkezi makamdan veya mutad ikametgâh Devletinin başka bir yetkili makamından veya başka bir yetkili şahıstan muta bir belge veya onaylı bir beyanın;

g) Faydalı tüm başka belgelerin;

Eklenmesi veya müracaatın söz konusu belgelerle takviye edilmesi gereklidir.

45 Bozdağ, **A.g.e.**, s.107.

ele alınarak olayların değerlendirildiğini gözlemleyebiliriz.⁴⁶ La Haye Sözleşmesi bir adli yardım sözleşmesi olarak nitelendirildiği için, sözleşme uyarınca devletlerin dayanışma halinde olması ve çocukların iadesini sağlamak üzere iş birliği yapması gerekmektedir. Sonuç olarak, AİHM' in genel prensip olarak vurguladığı '*uluslararası enstrümanların birlikte yorumlanması*' prensibinden yola çıkarak AİHS' in 8.maddesi'nin La Haye Sözleşmesi ışığında yorumlanması ve devletlerin iade prosedürünü sağlıklı bir şekilde yürütmesi için çocukların mutad meskenlerine derhal iadelerinin temini noktasında birbirlerini teşvik etmeleri gerektiği sonucuna ulaşılabilir.⁴⁷

25.01.2000 tarihli uluslararası çocuk kaçırma'ya ilişkin AİHM' in verdiği ilk karar olan *Ignaccolo – Zenide v. Romanya* davasına konu olan olayda Fransız vatandaşı başvuru anne, Fransa Mahkemesinin 1989 yılında verdiği kararla eşinden boşanmıştır. Çocukların velayeti annede kalmış babaya ise çocuklarla şahsi ilişki kurma hakkı tanınmıştır. Çocuklar 1990 yılının yaz ayını, Romanya vatandaşı olan ancak İngiltere'de yaşayan babalarının yanında geçirmişlerdir. Yaz tatili bitiminde çocukların annelerinin yanına dönmeleri gerekirken, baba çocukları önce Amerika Birleşik Devletleri'ne, daha sonra ise Romanya'ya kaçırmıştır. 1994 yılının Aralık ayında Romanya Mahkemesi Fransa Mahkemesinin kararını dikkate alarak, çocuklar üzerinde velayet sahibi olan annelerinin bu hakkına aykırı şekilde babanın çocukları alıkoymuş olduğu ve çocukların annelerinin yanına dönmeleri gerektiği kararını vermiştir. Fakat 29 Ocak 1997 yılına kadar Romanya idari makamlarının mahkeme kararını icra edip çocukların iadesinin sağlanmadığı başvuru anne tarafından iddia edilerek dava AİHM' in önüne kadar gelmiştir. Başvuru anne, Romanya idari makamlarının çocukların derhal iadesine yönelik mahkeme kararının gereklerini yerine getirmediklerini ve çocukların iadesini kolaylaştırmadıklarını ileri sürmüştür. AİHM de başvuru annenin iddiaları doğrultusunda karar vererek Romanya idari makamlarının La Haye Sözleşmesinin 7.maddesi kapsamında öngörülen tedbirleri almakta yetersiz kaldığını gerekçe göstermiş ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan AİHS' nin 8. Maddesinin somut olayda ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴⁸ Konuyla ilgili benzer bir karar da *Iglesias Gill ve A.U.I. v. İspanya* kararıdır. Başvuru, İspanyol idari makamlarının, babasının Amerika Birleşik Devletleri'ne götürdüğü müşterek çocuklarının velayetinin başvurucuya verilmesine ilişkin adli kararları yerine getirme konusunda iadeyi sağlayıcı işlemleri yapmadıklarını iddia etmiştir. Başvuru özellikle, yetkililerin kaçırılma şikâyeti ile ilgili olarak tedbir almada gayret göstermediğini iddia etmiştir. Mahkeme de kararında, İspanya idari makamlarının çocuğun iadesine yönelik tedbirleri almakta yetersiz kaldığını ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme, kararında yetkililerin çocuğun annesine geri dönüşünü sağlamak için 25 Ekim 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin ilgili hükümlerinde öngörülen uygun önlemlerin uygulamaya koyulduğunu gözlemlendiğini ifade etmekle birlikte, başvuru ve çocuğu lehine alınan kararların

46 **AİHS Madde 8:** Özel ve aile hayatına saygı hakkı:

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

47 Öner, **A.g.e.**, s.506.

48 (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_ENG.pdf 16.04.2018.

uygulanmasını sağlamak için hiçbir önlem alınmadığı için bir hak ihlalinin oluştuğu kanaatine vardığını ifade etmiştir. Yani hak ihlaline gerekçe gösterilen durum, İspanya yetkili makamlarının adli kararların icrası noktasında üzerlerine düşen vazifeyi aksatmaları olarak ifade edilmiştir.⁴⁹ Maire v. Portekiz kararı da taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri bağlamında değinilmesi gereken kararlardan olup, başvuru baba, annesi tarafından Portekiz'e götürülen çocuğun velayetinin kendisine verildiğine ilişkin Fransız Mahkemesi kararının, Portekiz makamlarınca yerine getirilmediğini ifade etmiştir. AİHM ise özellikle, çocuğun iadesi sürecinde ebeveyn-çocuk ilişkisi temelinde telafisi mümkün olmayan zararların oluşmaması açısından işlemlerin hızlı bir şekilde yürütülmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur.⁵⁰ Bir başka karar olan X. v. Letonya Davası ise sonuçları açısından önemlidir. Kararda, Lahey Sözleşmesi'nin 13(b) maddesi kapsamında çocuğun iadesi halinde ciddi riskle karşı karşıya kalacağı iddiasına ilişkin usuli incelemede mahkemelerin yükümlülüğünün tespiti yapılmıştır. Mahkemelere ciddi risk ihtimali karşısında, ciddi risk iddialarının detaylı şekilde incelenmesi ve bu incelemenin gerekçeli karara yansıtılması şeklinde özetleyebileceğimiz yükümlülükler getirilmiştir.⁵¹ Aynı kararla ayrıca iade sonrası kişisel ilişki kurma hakkının mümkün olup olmadığının araştırılması gerekliliği ifade edilerek, iade sonrası kişisel ilişki kurma hakkı da teminat altına alınmıştır.⁵²

B. TARAF DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN AİHM'İN TÜRKİYE KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü, sözleşmenin amacına uygun şekilde bütün önlemleri almak ve en süratli usullere başvurmayı zorunlu kılar. Koruma ve ziyaret hakkının teminat altına alınarak diğer akit devletlerin bu haklara saygı göstermesini sağlamak da sözleşmenin amacının açıkça zikredildiği 1.maddenin b fıkrasında yer almaktadır. Sözleşmede 6.maddeden 20.maddeye kadar taraf devletlerin yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 8.maddede, akit devletlerin belirledikleri merkezi makamların amacın gerçekleştirilmesine yönelik usuli yükümlülükleri yer alırken 11.madde adli ve idari makamların **ÇOCUĞUN** geri dönmesi için gereken işlemleri yapmalarının yanında iade talebinden itibaren 6 hafta içinde bir karar vermeleri gerekliliğinden bahsetmektedir. Maddenin devamında, 6 haftanın aşılması yani konuyla alakalı bir gecikmenin olması durumunda gecikmenin nedenine dair açıklama yapma yükümlülüğünün olduğu da ifade edilmiştir. Sözleşmenin 12-13 ve 20.maddeleri bu başlıkla ilgili olmakla beraber, istisnai hükümler içerdikleri için iadenin reddinin söz konusu olduğu durumlar olarak bu maddelere çalışmanın ilerleyen kısımlarda yer verilecektir.

Türkiye'nin sağlamakla mükellef olduğu yükümlülükler için ise 5717 sayılı *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun*'un⁵³ ilgili maddelerine bakmamız

49 (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_ENG.pdf 17.04.2018.

50 (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_ENG.pdf 19.04.2018.

51 Giray, "Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin AİHM Kararları", *MHB*, C.35, S.2, s. 182.

52 *A.e.*, s.183.

53 R.G – 22.11.2007 – 26720

Sözleşmenin 26. maddesi "Her merkezî makam sözleşmeyi uygularken kendi masraflarını karşılar. Taraf Devletlerin

gerekmektedir. 5717 sayılı kanunun 3.maddesinde Lahey Sözleşmesiyle akit devletlerin sözleşmenin amacını gerçekleştirmek ve iade prosedürünün işleyişini kolaylaştırmak için belirlenen merkezi makamın, Adalet Bakanlığı olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴ 5717 sayılı kanunun 5.maddesinde ise merkezi makamın görevleri başlığı altında mahalli Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla alınması gereken tedbirlere yer verilmiştir. Gerek yerel kararlara gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye'den yapılan başvurular sonucu verilen AİHM kararlarına baktığımızda, bu tedbirlerin ve iade prosedürünün işleyişiyle görevli makamların yerine getirmekle yükümlü oldukları işler konusunda yeterince özen gösterilmediği belirtilmiştir. Pozitif yükümlülükler bağlamında inceleyebileceğimiz kararlardan biri olan Övüş v. Türkiye kararında AİHM, Almanya'da yaşayan başvurunun, Türkiye'de yaşayan eşi tarafından açılan boşanma davasından haberdar edilmemesinden dolayı AİHS'nin 6.maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir. Yine aynı kararda Mahkeme, ulusal makamların hiç değilse başvurunun çocuklarıyla temas kurmasına imkân verecek şekilde ziyaret hakkına saygı gösterilmesi için yeterli çabayı sarf etmesi gerektiğini belirterek somut olayda AİHS'nin 8.maddesiyle güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlalinin olduğu kanaatine varmıştır.⁵⁵ Hansen v. Türkiye kararında da Mahkeme benzer tespitlerde bulunmuştur. Bayan Hansen, iki kızının babaları tarafından Türkiye'ye götürülmesi ve kızlarıyla iletişim kurmalarını engellemesi sonucu çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Bayan Hansen 6 yıl boyunca çocuklarını görebilmek için birçok girişimde bulunduğunu ancak Türk makamlarının şahsi ilişkinin kurulması noktasında, bu hakkını etkin şekilde kullanmasını sağlayamadıklarını ifade etmiştir. Mahkeme de aynı şekilde Türk makamlarının çocukların yerini tespit etme konusunda gerekli ve etkin adımları atmadığı yönünde karar vermiştir. Türk makamlarının annenin çocuklarla şahsi ilişki kurma hakkını tesis için kendilerinden sözleşme kapsamında beklenen makul ölçüde yapılması gereken her şeyi yaptıklarına ilişkin savunmalara da itibar edilmemiştir.⁵⁶ Küçük – Türkiye kararında ise Mahkeme, Devletlerin aile hayatının korunmasına yönelik olarak 8.madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin Lahey Sözleşmesinin ilgili maddeleri yorumlanarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Dava hem Türk hem de İsviçre yetkili makamlarının, annesi tarafından İsviçre'ye götürülen çocuğun Türkiye'ye iadesi konusunda uygun önlemleri alma konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasına dayanmaktadır. AİHS'nin 8.maddesinin bir

merkezi makamı ve diğer kamu servisleri, sözleşmenin uygulanması çerçevesinde vaki taleplerle ilgili olarak hiçbir masraf isteyemezler. Özellikle, müracaatçıdan, dava masrafları veya icabında bir avukatın davaya katılmasının gerektireceği masrafları isteyemezler." hükmünü içermekle birlikte, Türkiye, Sözleşmenin 26. maddesine çekince koymuş olduğundan, 5717 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca, Sözleşme kapsamındaki iade davalarında yargılama masrafları davayı kaybeden tarafa yüklenmektedir.

54 Tanımlar

Madde 3 – 1) Bu kanunda geçen;

a)Merkezi Makam: Adalet Bakanlığını,

b)Başvuru sahibi: Bu kanun kapsamında çocuğun yeri değiştirilmeden veya alıkonulmadan önce bakım, gözetim ve koruma veya şahsi ilişki kurma hakkını fiilen kullanan gerçek kişi ile kurum ve kuruluşları ifade eder.

55 Giray, **A.g.m.**, s. 195; Övüş v. Turkey, Başvuru No: 42981/04 K.T: 13.10.2009.

56 (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectiond2%5B%22GRANDCHAMBER%22CHAMBER%22CHAMBER%22%7D> 20.04.2018

ebeveynin çocuğuyla birleşmesini sağlamak için alınması gereken önlemlerin yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü kapsadığının da altı çizilmiştir.⁵⁷ Ancak bu konuda tedbir alma yükümlülüğü mutlak olmayıp, her somut olayın koşulları dikkate alınarak bu sorumluluğun belirlenmesi gerektiği de AİHM kararlarında özellikle belirtilmiştir.

II. SÖZLEŞMEYE GÖRE ÇOCUĞUN İADESİNİN ZAMAN BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Sözleşmenin amacının net şekilde ortaya koyulabilmesi açısından çocuğun yer değiştirmesinin hukuka aykırı bir yer değişikliği olarak adlandırılması için, temel olarak koruma veya ziyaret hakkına sahip kişi ya da kurumun bu hakkının ihlal edilerek çocuğun mutad meskeni dışında bir yere götürülmesinin gerektiği bir önceki başlık altında ifade edilmişti. Ayrıca çocuğun iadesini talep edebilecek kişinin bu hakka, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden önce sahip olması gerekmektedir.⁵⁸ Çocuğun iadesinin zaman bakımından incelenmesi ise, ayrıntılı ve çok yönlü şekilde ele alınması gereken bir konudur. Sözleşmenin yürürlük tarihi, çocuğun yaşı ve haksız kaçırılma veya alıkonma fiilinin gerçekleştiği tarih ile başvurunun ilgili birimlere yapıldığı tarih arasındaki süre ayrı şekilde ele alınarak iadenin zaman bakımından sonuçlarının bu ayırım ekseninde açıklanması daha yerinde olacaktır.⁵⁹

Sözleşmenin 35.maddesinde, Sözleşmenin akit devletlerde yürürlüğe girmesinden itibaren gerçekleşen çocuk kaçırma vakalarına uygulanacağı ifade edilmiştir.⁶⁰ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi 25 Ekim 1980 tarihinde tamamlanarak 1 Aralık 1983 tarihinde taraf devletlerde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 1988'de Sözleşmeyi imzalayarak 1999 tarihli 4461 sayılı Kanun ile sözleşmeyi onaylamıştır. 22 Kasım 2007 tarihinde ise 5717 sayılı *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun* yayımlanarak sözleşmenin uygulanması iç hukukumuzda aktararak Adalet Bakanlığı 'Merkezi Makam' tayin edilmiştir. ⁶¹ Dolayısıyla Türkiye'nin Sözleşmeye taraf olmasından önce kaçırılan bir çocuk hakkında yapılan iade başvurusu bu gerekçeyle reddedilebilir. Bu konuda akla gelebilecek bir soru, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin hali hazırda çocuk kaçırma vakalarında uygulanıyor ve Türkiye'nin de bu sözleşmeye taraf olmasına rağmen neden yeni bir sözleşmenin hazırlanarak iç hukukumuzda bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu olabilir. Üstelik Anayasamızın 90.maddesinde usulüne uygun yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilerek çoğu yargı kararında milletlerarası antlaşmaların iç hukukumuzun bir parçası

57 Öner, A.g.e., s. 506.

58 Giray, A.g.e., s.31.

59 Bozdağ, A.g.e., s. 41.

60 **Madde 35:**

Sözleşme, taraf Devletler arasında sadece, bu Devletlerde yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen kaçırma veya kanuna aykırı olarak geri dönmeme hallerine uygulanır.

61 Oğuz Sadık Aydos, **Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, '1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması' Semineri**, Seminer Serisi 2, Ankara, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 12-13 Haziran 2013.

olduğu da ifade edilmiştir.⁶² Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda Mahkemeyi hangi düzenlemeyi esas alacağı noktasında tereddüde düşürebilir mi? Bu soruların cevabı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerek konumuzla ilgili kararları gerek diğer bireysel başvuru kararlarını incelendiğinde Mahkeme sistematığının ortaya çıkarılmasıyla verilebilir. Mahkemeye göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ikincil ve tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların bireylere sağlanmasında temel görev Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf Devletlere düşmektedir.⁶³ Aynı şeyi 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi için de söyleyebiliriz. Devletlerin taraf oldukları sözleşmeler kapsamında iç hukuklarında düzenlemeler yapmaları Mahkeme kararlarının gereklerini icra etmeleri kapsamında bir yükümlülük olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından başvurularla ilgili değerlendirmeler yapıldığında bu yükümlülük göz önünde bulundurulmaktadır.

Çocuğun yaşı meselesi ise hem çocuğun üstün menfaatinin hem de iade prosedürünün işleyişi açısından önemli bir konudur. Sözleşmenin asıl amacı, mutad meskeni Sözleşmeye taraf devletlerden birinde bulunan ve on altı yaşını doldurmamış çocukların, hukuka aykırı olarak uzaklaştırıldıkları mutad meskenlerine dönmelerinin en kısa sürede sağlanmasıdır.⁶⁴ Çocuğun yaşı, somut olayda üstün menfaati tespit etmek için belirleyici bir unsur olup çocuğun ailesiyle olan bağlarının korunmasının yanında mutad meskene geri getirilmesinin çocuk üzerinde fiziksel ya da psikolojik bir zarar oluşturmaması da menfaatin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.⁶⁵ Sözleşmenin 4.maddesinde, on altı yaşını doldurmadığı sürece çocuğun iadesinin mümkün olduğu ifadesi yer almaktadır. Ancak Sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi bakımından, kaçırılmış olan çocuğun haksız olarak yerinin değiştirildiği andaki yaşının mı yoksa iade talebinin ilgili yerlere yapıldığı süreçteki yaşının mı esas alınacağı tartışmalıdır.⁶⁶ Aynı şekilde çocuğun on altı yaşına girdiği anda mı yoksa on altı yaşını doldurduğu sırada mı sözleşmenin kapsamından çıkacağı da maddenin lafzından anlaşılmamaktadır. Bu noktada, çocuğun üstün menfaatine hizmet etmesi açısından çocuğun hukuka aykırı şekilde yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından önce on altı yaşından gün almamış olmasının yeterli kabul edilmesi öğretideki genel görüştür. Bu görüşü savunanların argümanları ise, iade prosedürü devam ederken çocuğun on altı yaşından gün almaya başlamasıyla sözleşmenin ilgili hükümlerine dayanılmamasının söz konusu olması ve çocuğun üstün menfaatin sağlanması konusunda ciddi sıkıntılarının oluşabileceği şeklindedir. Uygulamada birliği sağlamak açısından sözleşmeyi kaleme alan komisyonun konuyla ilgili görüşü bu noktada önem arz etmektedir. Eliza Perez tarafından hazırlanan Açıklayıcı Rapor (1980 tarihli La Haye Sözleşmesine ilişkin) incelendiğinde Sözleşmeyi hazırlayan komisyon üyelerinin, çocuğun on altı yaşına girmeden önce kaçırılması ve

62 Örnek kararlar için ayrıca bkz: AYM, T.16.09.1998, E.1997/62, K.1998/52 (RG. 20.10.2000, S. 24206), Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T.18.12.2003, E.2002/1048, K.2003/962 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> - 07.05.2018.

63 Serkan Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi", *TBB Dergisi*, S:79, 2008, s. 350.

64 Giray, A.g.e., s.32.

65 T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, *Tematik Bilgi Notu*, 2016.

66 Giray, A.e., s.35.

sonrasında iade prosedürü devam ederken on altı yaşını doldurması durumunda, Sözleşmenin uygulama alanı bulamayacağı kanaatinde oldukları anlaşılmaktadır.⁶⁷ Dolayısıyla çocuk on altı yaşını doldurduğu an Sözleşme'nin uygulama alanı bulma imkânı kalmamaktadır.

Son olarak zaman bakımından Sözleşmenin uygulanması başlığı altında 38.maddeye değinmek önem arz etmektedir. 38.maddeye göre, her devlet Sözleşmeye taraf olabilir. Sözleşme, katılan Devlet için, katılma belgesinin tevdiinden sonraki üçüncü ayın ilk günü yürürlüğe girer. Katılma sadece, katılan devletle bu katılmayı kabul etmiş olduğunu beyan eden taraf devletler arasındaki ilişkilerde geçerli olur. Katılan devlet ile bu katılmayı kabul ettiğini beyan eden devlet arasında ise Sözleşme, kabul beyanının tevdiinden sonraki üçüncü ayın ilk günü yürürlüğe girer.⁶⁸

A. 1980 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN İADESİ

Çocuğun yer değiştirmesinin hukuka aykırılığı tespit edildikten sonra taraf devletlerin birincil yükümlülüğü, çocuğun mutad meskenine en kısa sürede iadesidir. İade talebinde bulunabilmek için, koruma veya ziyaret hakkı ihlal edilen kişinin belirli bir süre içinde ilgili yerlere başvurması gerekmektedir. Dolayısıyla bu durum, bir süreç gerektiren ve hem iade talebinde bulunulan hem de iade ile yükümlü olan Devletin merkezi makam olarak tayin ettikleri kurumların sorumluluğunda olan bir iştir. Somut olaylar ışığında çocuğun üstün menfaatinin bu süreç sonunda çocuğun mutad meskenine iadesi yönünde olduğunu genel olarak söyleyebiliriz.

Sözleşmeye taraf devletlerin iade prosedürünü gerçekleştirirken dostane çözüm yollarıyla iadeyi kolaylaştırma yükümlülüğü de ayrı bir başlık altında incelenmesi gereken bir konu olup, 1980 tarihli La Haya Sözleşmesi'nin 7/ c maddesinde yer almaktadır. Bu madde bir açıdan da arabuluculuk yoluyla iadenin mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.⁶⁹ Çocuğun üstün menfaatinin mutad meskenine en kısa sürede iadesini sağlamak sözleşmeye taraf devletlerin yerine getirmekle mükellef olduğu yükümlülüklerin esasını oluşturduğu için, arabuluculuk gibi uyumsuzlukları kısa sürede ortadan kaldıran alternatif çözüm yollarının konumuz açısından uygulama imkânının olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmıştır.⁷⁰ Bu çalışmalar neticesinde, arabuluculuk yönteminin özellikle çocuk kaçırma vakalarında önemli bir işlevinin olduğu, sözleşmenin niteliği itibariyle bir adli yardım sözleşmesi olarak kabul görmesinden dolayı uluslararası iş birliğini gerektirmesi

67 Elisa Pérez-Vera, **Explanatory Report Translation Of The Permanent Bureau**, s.450, paragraf 77.

68 Konuyla ilgili kararlar için bkz:

- Rusya Federasyonu'nun, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmeye Katılmasına İlişkin Kabul Beyanında Bulunulması Hakkında Karar (RG: 6.5.2017)

-Andorra'nın, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmeye Katılmasına İlişkin Kabul Beyanında Bulunulması Hakkında Karar (RG: 19.6.2014)

-Bazı Ülkelerin ve Beyanla Brezilya'nın "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmeye Katılmalarına İlişkin Kabul Beyanında Bulunulması Hakkında Karar (RG: 4.11.2009)

69 Günseli Öztekin Gelgel, "25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması", **MHB**, Cilt:37, S:2, s.612.

70 Öztekin Gelgel, **A.e.**, s.613.

ve taraf devletlerin iade prosedürünü hızlı şekilde nihayete erdirebilmeleri için arabuluculuk yönteminin sözleşmenin amacına uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁷¹

Ancak bazı durumlarda mutad meskene iade, üstün menfaati sağlamaktan ziyade çocuk açısından daha yıpratıcı sonuçlara neden olabilir. Aynı şekilde ebeveynler de bu olası sonuçlardan olumsuz yönde etkilenebilir. Bu olumsuz sonuçlara çocuğun bakımını üstlenen kişi, kurum veya müessesenin yer değişikliği sürecinde koruma hakkını etkin şekilde kullanamaması veya bu yer değişikliğinden haberdar olmaması nedeniyle rızasının alınamaması vb. durumları örnek gösterebiliriz.⁷² Diğer yandan çocuğun mutad meskenine iadesi halinde fizyolojik ve psikolojik açıdan zorlayıcı durumlara karşı karşıya kalması ihtimalini doğuracaksa, iade talebinin reddi gerekmektedir. İadenin reddini gerektiren sebepler, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin 12, 13 ve 20.maddelerinde ayrı başlıklar altında, iade halinde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların mevcudiyeti halinde taraf devletlerin yükümlülükleri çerçevesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda sözleşmedeki sistem baz alınarak ayrı konu başlıkları altında iadenin reddini gerektiren sebepler ele alınacaktır.

B. İADENİN REDDİNİ GEREKTİREN SEBEPLER

I. SÖZLEŞMENİN 12/2.MADDESİ UYARINCA İADENİN REDDİ

Çocuğun mutad meskenine iade edilebilmesi için öncelikle taraf devletler tarafından belirlenen merkezi makamlara talepte bulunulması gerekmektedir. Sözleşmenin 12.maddesi kapsamında, merkezi makamlara başvurunun çocuğun yerinin değiştirildiği veya alıkonulduğu tarihten itibaren 1 yıl içerisinde yapılması halinde, derhal iadesinin sağlanması noktasında taraf devletlere bir yükümlülük getirilmektedir. 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra adli-idari makamlara yapılan başvuruların eğer somut olayda Sözleşmenin 13. ve 20.maddelerine ilişkin istisnai durumlar mevcut değilse kabul edilerek, çocuğun mutad meskeni devletine iadesine hükmedilmesi gerekmektedir.⁷³ Maddenin 1. fıkrasında çocuğun iadesi için öngörülen 1 yıllık sürenin başlangıcıyla ilgili net bir çıkarımda bulunamamaktayız. Öğretide sözleşmenin amacına ulaşması açısından bir yıllık sürenin çocuğun kaçırıldığı tarihten itibaren değil, çocuğun yerinin kesin şekilde tespit edildiği tarihten itibaren başlaması gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁴ Sözleşmeye taraf devletlerin bu madde hükmünü farklı şekilde yorumlaması da söz konusudur. Örneğin İngiltere mahkemeleri, bir yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak çocuğun iadesi için girişimlere başlanılan tarihi esas almaktadır.⁷⁵ Sözleşmeyi hazırlayan komisyon tarafından ise – Açıklayıcı Rapordan anlaşıldığı kadarıyla – 1 yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak adli-idari makamlara yapılan müracaat anının kabul edildiğini söyleyebiliriz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun konuyla

71 A.e., s.616.

72 Giray, A.g.e., s.126.

73 Takçı, A.g.e., s.1054; Esen/ Ataman – Fıganmeşe, A.g.e., s.170; Giray, A.g.e., s.197; Altuntaş, A.g.e., s.100; Akıncı/ Demir – Gökyayla, A.g.e., s.212.

74 Giray, A.g.e., s.197.

75 A.e., s.197.

ilgili bir kararında ‘*Davacı annenin bulunduğu ülke makamına başvuru anında çocuğun haksız olarak alıkonulmasından itibaren bir yıldan az bir süre bulunmaktadır. Çocuğun iadesi talebinin reddedilmesinin gerektiren şartlar bulunmamaktadır.*’ ifadeleri yer almaktadır. Dolayısıyla Türkiye açısından, sözleşmeyi kaleme alan komisyonun görüşleri doğrultusunda somut olayların değerlendirildiğini söyleyebiliriz.⁷⁶

Ancak bu madde kapsamında iadeye hükmedilmesinin de istisnasını oluşturan bir durum vardır. Çocuk kaçırıldığı veya haksız olarak alıkonulduğu ülkede bir düzen kurmuş, sosyal çevresini oluşturmuş ve o çevreye uyum sağlamışsa iade talebi reddedilebilir. Yeni çevresine intibak edip etmediği konusunda sosyal ve okul hayatı ile arkadaş çevresi incelenerek çocuğun kaçırıldığı veya haksız olarak alıkonulduğu ülkede kalmasının üstün menfaati açısından gerekliliğinin tespiti mahkemece takdir edilecek ve sonrasında iade talebinin reddedilip reddedilmeyeceği konusunda bir karar verilecektir.⁷⁷ Sosyal çevrenin belirlenmesi ve çocuğun yaşamsal faaliyetlerini ağırlıklı olarak nerede sürdürdüğüne ilişkin değerlendirme mutad meskenin belirlenmesinde de göz önüne alınması gereken unsurlardır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2010 tarihli bir kararında yer alan şu ifadeler bu hususa ilişkindir: ‘*Sözleşmenin 4. maddesi anlamında mutad meskenin belirlenmesinde sadece çocuk esas alınacak ve onun kaçırıldığı veya alıkonulduğu iddia olunan tarihten hemen önceki günlerde sosyal çevresini nerede kurduğuna ve sosyal hayatına nerede devam ettiğine bakılacak, iade davasına konu teşkil eden çocuk küçük yaşta ise ve bu sebeple annesine bağımlı yaşamakta ise kaçırılma veya alıkonulma tarihinden hemen önceki tarihte annenin mutad meskeni ile çocuğun mutad meskeni aynı yer olacaktır.*’⁷⁸ Sonuç olarak gerek bir yıllık sürenin başlangıç tarihini belirlemek açısından gerekse mutad meskenin çocuğun üstün menfaatine hizmet edecek şekilde tespiti noktasında çocuğun sosyal çevresinin esas alınması gerekmektedir. Bir yıllık sürenin başlangıç anı somut olayın koşulları çerçevesinde ve taraf devletlerin yükümlülükleri bağlamında ele alınarak çocuğun üstün menfaati gözetilerek bir değerlendirme yapılmalıdır.

2. SÖZLEŞMENİN 13.MADDESİ UYARINCA İADENİN REDDİ

Sözleşmenin 13.maddesi, iade sürecinde taraf devletlere sözleşmeye taraf olmaları dolayısıyla sağlamakla mükellef oldukları yükümlülükler ekseninde iadenin reddini gerektiren durumlara ilişkin bir düzenlemedir. 13/1-a hükmüne göre, çocuğun bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya müessesenin, koruma hakkının gereklerini etkin şekilde yerine getirmediği veya çocuğun yer değiştirmesine muvafakatlerinin olduğunun tespiti durumunda iadeyi sağlamakla sorumlu adli – idari makam çocuğun iadesini emretmek zorunda değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen davaları incelediğimizde, çocuğun belli bir süre için haksız olarak

76 İlgili kararlar için bkz: Yargıtay 2. HD/E.2006/1762, K.2007/12722, K.T:27.09.2007/E.2010/22571, K.2011/12691, K.T:20.7.2011 (Çevrimiçi) – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 15.05.2018.

77 Takçı, A.e., s.1054.

78 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu K.T:22.10.2010, E.2010/2-628, K.2010/693.(Çevrimiçi) – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 15.05.2018.

alıkonulduğu ya da götürüldüğü kişiyle birlikte tatile çıkmasına veya mutad meskeninden bir süre ayrılmasına iade talebinde bulunan kişi tarafından izin verildiğini görebiliriz. Sonraki süreçte ise iade talebinde bulunulan kişi tarafından karşı argüman olarak koruma hakkı sahibinin bilgisi ve onayı dahilinde bir yer değişikliğinin mevcut olduğu şeklinde ifadeler ileri sürülmektedir.⁷⁹ Çocuğun geri dönmesi şartıyla genellikle diğer ebeveyn tarafından verilen bu izin, çocuğu alıkoyan veya kaçıran kişi tarafından adeta bir fırsat olarak görülmektedir. Ancak burada kast edilen yer değişikliği tarafların ortak kararıyla oluşan bir durum olmakla beraber, mutad meskenin değiştirilmesine izin verilmesi olarak düşünülmemelidir.⁸⁰

Sözleşmenin 13/1-b maddesine ise bu başlık altında özellikle değinmemiz gerekmektedir. Çünkü bu madde gerek yerel gerek uluslararası yargı kararlarında iadenin reddi sebebi olarak taraflarca bilhassa ileri sürülmüştür. Diğer yandan 13/1-b maddesi genel bir kural değil, istisnai bir hükümdür.⁸¹ Çocuğun mutad meskenine geri dönmesi durumunda fiziki tehlikeye, psikolojik tehlikeye veya tahammül edilemeyecek bir duruma maruz kalacağı konusunda ciddi riskin mevcudiyetine dair istisnanın, çocuğun üstün menfaatini sağlamak amacıyla getirilmiş bir istisna olduğu belirtilmektedir.⁸² Madde açısından önemli olan husus, çocuğu haksız olarak mutad meskeni devletinden diğer taraf devlete kaçıran veya götürdüğü taraf devlette alıkoyan kişinin, çocuğun geri dönmesi halinde maruz kalacağı bu tehlikeli durumlara ilişkin iddialarını ispat etmekle mükellef olmasıdır. Kişinin bu iddiasını somut ve etkili delillerle ispat etmesi gerektiğinden madde 13/1-b kapsamında değerlendirilebilecek iddiaların ispat külfeti daha ağırdır. Dolayısıyla iadeyi talep eden kişi bu madde açısından talepte bulunulana kıyasla iddiasını ispatlamak konusunda daha avantajlı konumdadır diyebiliriz.

a. Çocuğun Fiziki Tehlikeye Maruz Kalmasına İlişkin Ciddi Riskin Bulunması

Çocuğun mutad meskenine iadesi halinde fiziki tehlikeye maruz kalacağına yönelik ciddi riskin bulunması iddiası, iadenin reddini gerektiren istisnai hallerden olduğu için dar yorumlanmalıdır. Çocuğun iade edilmesi halinde zarar göreceğinin kabulü için ciddi ve telafisi mümkün olmayan bir riskle karşı karşıya kalacak olması ihtimalinin kuvvetli olması gerekir.⁸³ Ancak yerel mahkeme kararlarına baktığımızda ciddi risk kavramının çeşitli şekillerde yorumlandığını söyleyebiliriz. Nitekim Fransız Mahkemesi tarafından verilen hava kirliliğinin çocuk için ciddi bir tehlike oluşturduğu gerekçesiyle iade talebinin reddedildiği karardan, ciddi risk kavramının geniş yorumlandığını anlayabiliriz. Diğer taraftan, tahammül edilemez durum olarak iadenin

79 Daha önceki başlıklarda değinilen Hansen v. Türkiye kararı örnek olarak verilebilir. (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2236141/97%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61294%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2236141/97%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61294%22]}) İlgili paragraf için bkz: THE FACT/ I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE - Art.13.

80 Bozdağ, A.g.e., s.110.

81 Kutlay Telli, "The Role Of Central Authorities In The Application Of The 1980 Hague Convention On Child Abduction: A Critical Analysis Of A Genuine Area Of Public International Law," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C.5, S.5, 2015, s.771.

82 Bozdağ, A.e., s.114.

83 Giray, A.g.e., s.139.

çocuğun ekonomik geleceğine veya eğitimine zarar verecek olmasının, ciddi risk veya tehlike olarak değerlendirilmeyerek kavramın daha dar şekilde yorumlandığı kararlar da mevcuttur. Maumousseau ve Washington v. Fransa kararında AİHM, Fransız Mahkemelerinin ailenin genel durumuna ve çeşitli faktörlere ilişkin derin bir inceleme yapmış olduğunu belirterek başvuranın iddialarının kabulü halinde sözleşmenin amacının anlamsız hale geleceğini ifade etmiştir. Sözleşmede çocuğun mutad meskenine iadesine ilişkin istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerektiği Açıklayıcı Rapora atıf yapılarak açıklanmıştır.⁸⁴ Türk mahkemelerinin Sözleşmenin 13.maddesiyle ilgili verilen kararlarında ise, iadede kaçınmayı gerektirecek vahim bir tehlikenin varlığı aranmaktadır. Tahammül edilemez riskin varlığı yorumlanırken, söz konusu tehlikenin, şüpheden uzak şekilde, uzman kişilerce belgelenecek kesin bulgulara dayanması aranmaktadır.⁸⁵ Bu vb. sebeplerle yerel kararlarımız açısından ciddi risk kavramının geniş şekilde yorumlandığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca ciddi riskin tespiti noktasında sosyal çalışmacı, psikolog veya pedagoğ gibi bir uzmandan alınan rapor çerçevesinde çocuğun yaşı ve olgunluğu da göz önüne alınarak konuyla ilgili görüşünün alınması gerekirken bu şartlar gözetilmeden iade hususunun değerlendirildiği davalarda, Yargıtay bu nedenleri bozma kararlarının gerekçelerinde ayrıntılı şekilde belirtmiştir.

Taraf devletlerde prosedürün işleyişiyle ilgili sorumlulukları olan makamların tehlikeye maruz kalınması ihtimalinde isteksiz ve başvuru sahiplerinin şikâyetlerini dikkate almayan bir tavır içinde bulduklarına ilişkin iddialar çoğu davada iade talebinde bulunan kişilerce ifade edilen bir diğer husustur.⁸⁶ Taraf devletlerin yükümlülükleriyle daha yakından ilişkili olan bu nokta, aslında çocuğun üstün menfaatine hizmet eden önemli bir faktördür. Çocuğun iadesi durumunda ciddi bir riskle karşı karşıya kalınan durumlarda geride kalan ebeveynlere de çocuklarıyla temas kurma hakkı tanınmalıdır. Ayrıca tüm bilgiler geride kalan ebeveynler için de ulaşılabilir olmalıdır. Kritik durumlarda ebeveynler çocuklarıyla iletişim kurabilmelidir. Ciddi risk durumlarının varlığına rağmen iadenin gerçekleştiği olaylar açısından temas halinde kalınması çok daha fazla önem arz etmektedir. Konuyla alakalı bir karar olan Marcus Frank Cerny başvurusuna konu olayda baba, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşıdır. Müşterek çocuklarının düğün sebebiyle anneleri tarafından Türkiye'ye götürülmesi ve bir daha geri getirilmemesinden dolayı Amerika'daki

84 Fransa'ya karşı Sophie Maumousseau tarafından kendisi ve kızı Charlotte Washington adına açılan davada başvuru sahipleri, Fransa makamları tarafından çocuğun mutad meskenine iadesi kararının icra edilmesiyle AİHM'nin 8.maddesinde güvence altına alınmış haklarının ihlal edileceği iddiasında bulunmuşlardır. Kararın özeti için bkz: (Çevrimiçi)[https://www.incadat.com/en/case/942/ Maumousseau and Washington v. France](https://www.incadat.com/en/case/942/Maumousseau%20and%20Washington%20v.%20France) (Başvuru No 39388/05) 14.05.2018.

85 Yargıtay 2. HD – E.2008/18187, K.2009/6203, K.T: 2.4.2009, Yargıtay 2. HD – E.2016/10737, K.2016/13560, K.T:5.10.2016 sayılı kararları.

86 (Başvuru Numarası: 2013/5126), Karar Tarihi: 2/7/2015, R.G. Tarih – Sayı: 12/8/2015-29443 PF v. MF 1992 LR 390 – İrlanda Mahkemelerinde verilen bu kararda geçen ifade şu şekildedir: *She also suggests that the failure of Irish authorities to respond to her own complaints of abuse reveal an inability or unwillingness to protect the interests of her children, a factor she insists creates a grave risk to the children.* İrlanda makamlarının şikâyetlere cevap vermekteki yetersizlikleri, çocukların çıkarlarını gözetme konusundaki isteksizliklerinin göstergesi olarak adlandırılmış ve bu durumun çocuklar için ciddi risk oluşturduğu ileri sürülmüştür. [18/12/1998; United States District Court for the District of Massachusetts; First Instance] In re Walsh, 31 F. Supp. 2d 200 (D. Mass. 1998) – (Çevrimiçi)<https://assets.hchc.net/incadat/fullcase/0222.htm> – 11.05.2018.

yetkili makamlardan La Haye Sözleşmesi kapsamında iade talebinde bulunmuştur. Anne ise Türkiye’de boşanma davası açarak geçici velayet sahibi olmuştur. İlk derece mahkemesi, Lahey Sözleşmesi’nde düzenlenen derhal iade koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle çocuğun iadesini reddetmiştir. Baba, kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını onamış ve somut olayda Lahey Sözleşmesi’nde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığını, çocuğun yaşı ve anneye muhtaç hâlinin dikkate alındığını belirterek ve boşanma davası sonucu çocuğun velayetinin anneye verildiğini de gözeterek temyiz talebinin reddi yönünde karar vermiştir. Baba Marcus Frank Cerny’nin, karar düzeltme talebi de reddedilmiştir ve baba Anayasa mahkemesine başvurmuştur.⁸⁷ Anayasa mahkemesi, çocuğun üstün yararının korunması ilkesine dikkat çekmişse de incelemesini Lahey Sözleşmesi’nin uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğiyle sınırlamıştır. Yani dar ancak katı şekilde sözleşmeyi yorumlamayı tercih etmiştir. Anayasa Mahkemesinin 13/1-b kapsamında değerlendirilebilecek iddiaları inceleme alanı dışında bırakması, çocuğun üstün menfaatinin sağlama amacı taşımamaktadır. Bu kararın çocuğun üstün yararını sağlamaktan ziyade kamu düzenine ilişkin bir amaç taşıdığından bahisle AİHM içtihatları ile uyumlu bir karar olduğu söylenemez. Uyumsuzluk, ebeveynin çocukla iletişim kurma hakkının üstün menfaatin sağlanmasından daha öncelikli görülmesinden kaynaklanmaktadır.

Çocuğun mutad meskenine iadesinin reddini gerektiren fiziksel tehlikeye maruz kalmasına ilişkin ciddi riskin varlığı denilince özellikle, çocuğun geri dönmesi durumunda cinsel istismara maruz kalacağı durumlar akla gelmektedir. Cinsel istismarın veya tacizin daha önceden meydana gelmesi veya çocuğun iadesi halinde meydana gelme ihtimalinin varlığı, iadenin reddini gerektiren bir faktördür. İstismarda bulunan kişi koruma hakkına sahip kişi olsa dahi bu durum 1980 La Haye Sözleşmesine göre iadenin reddini gerektirmektedir. 13.maddenin 1.fıkrasının b bendi gerekçe gösterilerek iade talebi ilgili makamlarca reddedilmelidir.⁸⁸ Bu husus iade konusunda çocuğun dinlenilmesiyle de yakından ilişkili bir konudur. Çoğu zaman çocuklar, bu tür istismar davranışlarını sevgi gösterisi olarak algılamakta ve diğer ebeveynlerine bu durumu istismar eden kişiyle birlikte yaptıkları aktiviteler olarak aktarmaktadır. Dolayısıyla bu tür fiziksel tehlikeye maruz kalınacağına ilişkin ciddi risklerin bulunduğu davalarda – bilhassa yerel kararlarda – çocuğun dinlenilmesi gerekliliği üzerinde durulduğunu belirtmek gerekir.⁸⁹ X. V. Letonya davası da ciddi risk kavramıyla ilgili önemli tespitlerin yapıldığı bir diğer önemli davadır. Ciddi risk iddiasına ilişkin usuli incelemelerin ne şekilde olması gerektiğiyle ilgili taraf devletlere yol gösterici nitelikte tespitlerin yapıldığı bu dava, Marcus Frank Cerny davasında

87 Meltem Ece Oba, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair LaheySözleşmesi Çerçevesinde Aile Hakkına Saygı Hakkı ve Çocuğun Üstün Menfaatinin Korunması** Marcus Frank Cerny Başvurusu Üzerinden **Bir İnceleme** / (Başvuru no. 2013/5126) , s.3. (Çevrimiçi) <https://anayasatakup.ku.edu.tr> 16.05.2018.

88 Giray, **A.g.e.**, s. 144.

89 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E.2013/1772, K.2013/1557, 13.11.2013 tarihli kararında, Çocuk Hakları Sözleşmesine atf yapılarak çocuğun kendisini ilgilendiren bütün meselelerde görüşünü açıklayabilmesi ve bu görüşün dikkate alınmasını talep edebilme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Çocuğun beyanında annesinin yanında kalmak istediği yer almaktadır. Kararda Sözleşmenin 13/1 – b maddesinin iadede kaçınma sebeplerinden yalnızca biri olduğu; diğer iadede kaçınma halleri için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Çocuğun çevresiyle itibakının da iyice araştırılması gereken bir nokta olduğunun altı çizilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin tutumunun ne şekilde olması gerektiğiyle de ilgilidir. Uyuşmazlığa konu olan olayda, Avustralya'da yaşayan Letonya vatandaşı başvuru X. ile birlikte yaşamakta olduğu T'nin 2005 yılında bir kız çocukları dünyaya gelmiştir. Başvuru X., biyolojik babanın izni olmaksızın 2008 yılında kızı ile Letonya'ya dönmüştür. Bunun üzerine biyolojik baba T'nin başvurusuyla Avustralya'daki yetkili makam, La Haye Sözleşmesi kapsamında çocuğun mutad meskeni olan Avustralya'ya iadesi için Letonya'nın yetkili makamına başvurmuştur. Letonya'daki yetkili makam, La Haye Sözleşmesi kapsamında çocuğun Avustralya'ya iadesi yönünde karar vermiştir. Anne X, velayete ilişkin iddialarının yanı sıra kızının Avustralya'ya iadesinin onu psikolojik açıdan yıpratacağı iddiasıyla La Haye Sözleşmesi m.13(b) kapsamında karara itiraz etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. AİHM incelemesinde, çocuğu ilgilendiren bütün kararlarda olduğu gibi belirleyici faktörün çocuğun yüksek menfaatinin korunup korunmadığı olduğunu belirterek La Haye Sözleşmesi uyarınca ulusal mahkemelerin özel bir usuli yükümlülük altında olduğu tespitinde bulunmuştur.⁹⁰ Tespitler, mahkemelere iki çeşit yükümlülüğün yüklendiğini göstermektedir. Birincisi, mahkemelerce ciddi riskle karşı karşıya kalınacağına ilişkin iddiaların önceden detaylı şekilde incelenmesi gerekliliği iken diğeri bu riskin oluşması halinde gereken tedbirlerin alınmasıdır.⁹¹ Ulusal mahkemeler bu yükümlülük kapsamında öncelikle, çocuğun iadesine istisna teşkil edebilecek durumların varlığını incelemeli ve bu durumları gerekçeli kararlarında belirtmelidir. Ayrıca somut olayda çocuğun iadesinin reddinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesini ihlale neden olup olmadığı da araştırılmalıdır. Yani bu kararlar, AİHS 8 kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekliliği ulusal mahkemelerin yükümlülükleri bağlamında ele alınmıştır.

b. Çocuğun Psikolojik Tehlikeye Maruz Kalmasına İlişkin Ciddi Riskin Bulunması

İade talebinin reddedilebilmesi için, çocuğun bu iade nedeniyle psikolojisinin etkilenecek olması gerekir.⁹² Genellikle fiziki tehlikeye maruz kalınması riskinin olduğu durumlarda psikolojik tehlike de söz konusudur. Fiziksel tehlikeyle kıyaslandığında daha soyut ve subjektif olarak tanımlanabilecek psikolojik tehlikeye maruz kalınmasına ilişkin ciddi risk faktörü aslında, çoğu olayda fiziksel tehlikeyle birlikte tezahür etmektedir. İstisnaların dar yorumlanmasına ilişkin genel kural, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinde yer alan iadenin reddi sebepleri bakımından da geçerlidir. Asıl amacın çocuğun mutad meskenine en kısa sürede iadesi olduğundan bahisle, psikolojik tehlikeye maruz kalma konusunda ciddi risk bulunduğunun kabulü için birtakım travmatik olayların mevcudiyetinin arandığını söyleyebiliriz.⁹³ Çocuğun psikolojisi açısından sıradan olarak addedilemeyecek, ruhsal açıdan normal karşılanmayacak boyutta zarar görme tehlikesinin varlığı aranmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir karara konu olayda, çocuk babasını görünce ağlamaya başlamakta ve ancak dedesiyle birlikte babasının geldiğini gördüğünde babasıyla konuşmayı kabul etmektedir. Ancak babanın, çocuğa dedesinin ona

90 Meltem Ece Oba, *A.g.m.*, s.3.

91 Giray, *A.g.m.*, s.182.

92 Giray, *A.g.e.*, s.145; Esen/ Ataman – Figanmeşe, *A.g.e.*, s.169; Altuntaş, *A.g.e.*, s.115.

93 Bozdağ, *A.g.e.*, s. 117.; Altuntaş, *A.g.e.*, 116.

tecavüz edip etmediğini sorarak sevdiği kişilere karşı kışkırtıcı cümleler sarf ettiği anlaşılmaktadır. Kişisel görüşmeler sırasında görevli bulunan sosyal hizmet uzmanının zabıtaya verdiği genel değerlendirme tutanağında: “...Baba ile birlikte bulunduğum zaman içinde çabuk sinirlenen bir kişilik yapısında olduğunu, asabi, agresif tutumları, davranışları, küfürlü, hakaret içeren sözleri çocuğun yanında sergilemekten ikazlarıma rağmen kendini alıkoymadığını, çocuğunu baskı altına almaya çalışarak sevdiği değer verdiği kişilere karşı olumsuz yönde yönlendirmeye çalıştığını, şahsi ilişki kurduğu kızının güven duygusunu zedeleyebilecek, gelecek kaygısına yol açabilecek ifadeler kullandığını, gözlemediğini...” beyan etmiştir. İade kararının verilmesi talebinin reddine ilişkin direnme kararının doğruluğu kabul edilerek; ‘Şahsi görüşme sırasında tutulan tutanaklar ve babanın çocuğu önünde etrafı ile diyalogları, dava dışı dedeye yönelik ifadeleri, küçüğün iadesine karar verilmesi halinde yetişme çağına ihtiyacı olan anne sevgi ve şefkatinden mahrum kalacak olmasının çocuğun fiziki ve psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı, dava tarihinde iki yaşında bulunan çocuğun yaşı nedeniyle annelerinden ayrılmasının, Sözleşmenin 13/b maddesi anlamında ruhsal risk oluşturduğu, dosya kapsamına göre babanın çocuğa karşı duyarsız davranışlarının, 2 yaşında bulunan çocuğun ruhsal gelişimi açısından tehlike oluşturacağı, babanın tutanaklara yansıyan iletişim yapısı dikkate alındığında müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir riskin olduğu açıktır.’ şeklinde gerekçelendirilmiştir.⁹⁴ Adı geçen kararda babanın çocuğa yönelttiği soruların çocuğun psikolojik gelişimi açısından sakıncalı olduğundan bahisle iade talebinin reddine yönelik mahkeme kararının isabetli olduğu belirtilmiştir.

Aile içi şiddet faktörü de bu madde kapsamında yorumlanabilir. Özellikle annenin şiddet mağduru olduğu somut olaylarda, annesiyle birlikte mutad meskeni değiştirilen çocukların da iade halinde baba tarafından şiddete maruz kalacağı ihtimali söz konusudur. Ebeveynlerden birinin zarar görmesi çocuğun da zarar görmesine neden olabilir. Dolayısıyla haksız yere çocuğu mutad meskeninden başka bir taraf devlete götüren kişinin çocuğun üstün menfaati açısından gerekli olduğu için bu fiili gerçekleştirmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Derhal iade prosedürünün işletilmesi de bu gibi durumlarda isabetsiz bir uygulama haline gelmektedir.⁹⁵ N.P v. A.B.P – Kanada Temyiz Mahkemesi’nin babanın çocuğun iadesine ilişkin talebini reddettiği davada, babanın kadın ticareti yapması dolayısıyla annenin ciddi endişelerinin olduğu ve iade talebi kabul edilse dahi annenin çocuğa eşlik edecek olmasının annede güvenliğiyle alakalı psikolojik bir korkuya sebep olması söz konusudur. Annesinin yokluğunda çocuğun iadesinin de çocuğu psikolojik zarara uğratacağı ifade edilerek iade talebinin reddi gerekçelendirilmiştir.⁹⁶

c. Sözleşmenin 20.maddesi Uyarınca İadenin Reddi

İadenin reddini gerektiren nedenler başlığı altında ele alınması gereken bir diğer düzenleme 20.maddedir. Çocuğun Sözleşmenin 12.maddesi uyarınca geri dönmesi talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunmasına ilişkin ilkelerine aykırılık oluşturuyorsa iade talebi reddedilebilir.

94 YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2010/2-628, K. 2010/693, K.T. 22.12.2010 Çevrimiçi – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> 14.05.2018.

95 Bozdağ, A.e., s.127.

96 (Çevrimiçi) <https://www.incatad.com/en/case/764> – N.P v. A.B.P., 1999 R.D.F. 38 (Que. C.A.)/ 14.04.2018.

Kamu düzenine aykırılık kriteri yerine *insan haklarının korunmasına ilişkin ilkeler* kriteri tercih edilmiştir. Ancak yine de bu kriter, diğer iadenin reddini gerektiren sebeplere nazaran muğlak bir anlama sahip olduğundan bahisle Sözleşmenin amacına hizmet edip etmediği noktasında tartışma konusu olmuştur.⁹⁷

Bu madde kapsamında özellikle, çocuğun iadesi halinde etnik ya da dini yönden ayrımcılığa maruz kalma ihtimalinin mevcudiyeti, iade edileceği ülkenin savaş durumunda olması veya çocuğun suça sürüklenmesi halleri düşünülebilir. Diğer istisnai hükümler gibi 20.madde de dar şekilde yorumlanmalı, eğer çocuğun iade talebinin çok ciddi sonuçlar doğurması ihtimali varsa iade talebinin reddedilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Uluslararası çocuk kaçırma vakaları özellikle yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sona ermesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla çocuk kaçırma kavramı ceza hukukundan ziyade özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan ve aile gibi toplumun çekirdeği olarak adlandırabileceğimiz yapıdaki uyumsuzluklara ilişkindir.

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi, yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sona ermesi halinde haksız olarak yeri değiştirilen çocuğun en kısa sürede mutad meskenine iadesini amaçlamaktadır. Ancak çocuğun mutad meskeni ülkesine iadesi her zaman çocuğun üstün menfaatine hizmet etmemektedir. Çocuğun üstün menfaatinin zarar görebileceği durumlara Sözleşmenin ilgili maddelerinde yer verilmiştir. Özellikle bu maddelerde yer alan durumlar çerçevesinde taraf devletlere çok önemli yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülükler iade prosedürünün sağlıklı şekilde işlemesi, çocuğun hem fizyolojik hem psikolojik açıdan zarar görmemesi, koruma hakkına sahip ebeveyni dışında diğer aile bireyleriyle iletişimin devam etmesi ve çocuğun iade sonrasında da idari makamlarca takibinin yapılması şeklinde sıralanabilir. Her somut olayın kendi içinde farklı şartları ve her çocuğun özel olması sebebiyle taraf devletlerin sorumluluklarının bilincinde olması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Uluslararası Çocuk Kaçırma vakalarında dikkate aldığı husus ise idari ve adli makamların çocuğun iadesi konusunda hızlı harekete geçip geçmediğidir. Çocuğun mutad meskenine iadesi ne kadar kısa sürede gerçekleşirse çocuğun o kadar az zarar görmesi söz konusu olduğu için, AİHM' in iade sürecinin yavaş ilerlemesini taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi şeklinde yorumladığını söyleyebiliriz. Bu yükümlülüğe aykırılık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel ve aile hayatına saygıyı güvence altına alan 8.maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar incelendiğinde, çocuğun biyolojik babasının da çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olabildiği, çocuğun yaşının iadesi için tek gerekçe olarak gösterilemeyeceği gibi sonuçlara

97 Altuntaş, A.g.e., s.149.

ulaşabilmekteyiz. Ayrıca çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı engellenen ebeveynin taraf devletin Sözleşme gereklerini yerine getirmediğine yönelik bir şikâyetinin olduğu vakalarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu durumu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkını güvence altına alan 6.maddesinin ihlali olduğu şeklinde yorumladığını görmekteyiz. Çocuğun üstün menfaati ve yaşı dikkate alınarak çocuğun mahkeme önünde dinlenilmesinin iade sürecine olumlu katkı yapacağı da kararlarda özellikle belirtilen bir diğer konudur.

Sonuç olarak, uluslararası boyutu olan ve çok detaylı şekilde incelenmesi gereken çocuk kaçırma vakaları, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesine bir adli yardım sözleşmesi niteliği kazandırmaktadır. Bu özelliğinden dolayı, Sözleşme kapsamında ele alınan her somut olayın çocuğun üstün menfaatine hizmet edecek şekilde yorumlanması ve uluslararası iş birliğinin etkin şekilde sağlanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya, “Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Turkish Family Law”, Ed. Paul Beaumont, Burcu Yüksel, **Turkish and EU Private International Law**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2014.
- Akıncı, Ziya/ Demir – Gökyayla, Cemile, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Altuntaş, İlknur, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2006.
- Aydos, Oğuz Sadık, “Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, ‘1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması’ Semineri, Seminer Serisi 2, Ankara, **Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü**, 12-13 Haziran 2013.
- Bozdağ, Gonca Gülfem, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014
- Bölükbaşı, Özge, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”, **EÜHFD**, C. XV, S. 3–4, 2011.
- Cengiz, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi”, **TBB Dergisi**, S:79, 2008.
- Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 13.bs., İstanbul, 2014.
- Ekşi, Nuray, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010.
- Erdem, Bahadır, “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, C.35, S.2.,2015.
- Gelgel, Günseli Öztekin, “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması”, **MHB**, Cilt:37, S:2., 2017.
- Giray, Faruk Kerem, “Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin AİHM Kararları”, **MHB**, C.35, S.2.,2015.
- Giray, Faruk Kerem, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.
- Gülşen, Recep, “Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu”, **İÜHF**, C. LXXI, S.1.,2013.

- Kelahmet, Gökçe, “1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin 13(b) Maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebiyle Reddi(I)”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.10, S.116, 2012.
- Kelahmet, Gökçe, “1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin 13(b) Maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebiyle Reddi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.10, S.117., 2013.
- Mceleavy, Peter, Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, ‘1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması’ Semineri, Seminer Serisi 2, Ankara, **Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü**, 12-13 Haziran 2013.
- Nebioğlu Öner, Şebnem, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi”, **TBB Dergisi**, 2014.
- Nomer, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 22.bs., 2017.
- Pérez-Vera, Elisa, **Explanatory Report Translation Of The Permanent Bureau**.
- T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Tematik Bilgi Notu, 2016.
- Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman – Figanmeşe, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Takçı, Tuğçe, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri”, **TAAD**, Yıl: 5, Sayı: 19, 2014.
- Telli, Kutlay, “The Role Of Central Authorities In The Application Of The 1980 Hague Convention On Child Abduction: A Critical Analysis Of A Genuine Area Of Public International Law”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 5, 2015.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>
- http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5ae1ca68868.690.98289123
- <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>
- <https://www.incatat.com/en/case/764>
- <https://anayasatakip.ku.edu.tr>
- <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0222.htm>
- [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})
- <https://www.incatat.com/en/case/83>
- https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_ENG.pdf
- <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0222.htm>

KISALTMALAR

- TCK : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
MHB : Milletlerarası Hukuk Bülteni

TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
E.	: Esas
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
A.g.e.	: Adı geçen eser
A.g.m.	: Adı geçen makale
A.e.	: Aynı eser
bkz.	: Bakınız
C.	: cilt
S.	: sayı
Y.	: yıl
bs.	: bası