

fasiikül

CEHAMER

A Y L I K H U K U K D E R G İ S İ

Yıl: 3 Sayı: 20 Temmuz 2011 Fiyat: 7,50 TL



Çocuk ve Özel Hukuk

2.Uluslararası Çocuk ve Hukuk Kolokiyumu

ISSN 943 27 1105 8
1 509 4321 7 1107 21



seçkin



TC
İSTANBUL
KÜLTÜR
ÜNİVERSİTESİ

CEHAMER

İstanbul Kültür Üniversitesi
Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi

2. Uluslararası Çocuk ve Hukuk Kolokyumu Dördüncü Oturum: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Boyutu

1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesine İlişkin Taleplerin Reddi Sebepleri ile Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları

Yrd. Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY⁽¹⁾

GİRİŞ

Bilindiği üzere, Türk Hukukunda, Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçheleri Hakkında Sözleşme 03.11.1999 tarihinde kabul edilmiş ve 15.02.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kasım 2007 yılında ise 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanun¹ kabul edilmiştir. 5717 sayılı Kanun usulüne uygun olarak kabul edilen ve kanun hükmünde olan Sözleşme hükümlerini tekrardan özel bir kanun olarak yeniden düzenlemiştir.

Gerek Sözleşme, gerekse Kanun hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun en kısa süre içinde mutad meskeninin bulunduğu âkit devlete iadesini öngörmektedir.

Çocuğun mümkün olan en kısa sürede iade edilmek istenmesindeki temel neden; mevcut statükonun korunması ve çocuğun üstün menfaatinin bunu gerektirmesidir. Yer değişikliğinden kaynaklanan olumsuzlukların tersine çevrilebilmesi ve çocuk üzerinde yaratılan olumsuz etkilerin bertaraf edilebilmesi için çocuğun seri şekilde ve en kısa sürede önceki mutad meskenine iade edilmesi gerekir.

Nitekim Ankara 1. Aile Mahkemesinin 09.07.2004 tarih E. 2004/739 K. 2004/1294 sayılı kararında da belirtildiği gibi "çocuğun yararı, analık ve babalık duygularından önce dikkate alınmalıdır".

Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçheleri Hakkında Sözleşme'nin kapsamında çocuğun iadesine ilişkin taleplerin reddi sebepleri on ana başlık altında toplanabilir.

I. SÖZLEŞME KAPSAMINDA ÇOCUĞUN İADESİNE İLİŞKİN TALEPLERİN REDDİ SEBEPLERİ

A. Çocuğun iadesinin, yetkisiz kişilerce talep edilmesi sebebiyle reddi

B. Çocuğun iadesinin, âkit devlet dışına çıkarılmış veya taraf olmayan devlete götürülmüş olması sebebiyle reddi

C. Çocuğun âkit devletlerden birinde *mutad meskeninin* bulunmaması sebebiyle reddi

D. Sözleşme'nin 13. maddesinin (a) bendi uyarınca çocuğun iadesinin reddi

1. hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen yer değişikliğine izin veya icazet verilmesi sebebiyle çocuğun iadesinin reddi

2. koruma hakkının etkin şekilde kullanılmaması sebebiyle çocuğun iadesinin reddi

E. Sözleşme'nin 13. maddesinin (b) bendi uyarınca çocuğun iadesinin reddi

1. çocuğun, iade sonrası fiziki tehlikeye maruz kalacağı konusunda ciddi bir riskin bulunması sebebiyle iadesinin reddi

2. iadenin, çocuğa psikolojik zarar verecek olması sebebiyle reddi

3. iade halinde, çocuğun müsamaha edilemeyecek bir duruma düşecek olması sebebiyle talebin reddi

a) koruma hakkına sahip kişinin, çocuğun mutad meskeni devletine dönmeyecek olması sebebiyle iadenin reddi

b) müsamaha edilemeyecek durumlardan "aile içi şiddet" sebebiyle çocuğun iadesinin reddi

c) müsamaha edilemeyecek durumlardan "cinsel istismar" sebebiyle çocuğun iadesinin reddi

d) müsamaha edilemeyecek durumlardan çocuğun iade sonrası tehlikeli veya ağır işlerde çalıştırılacak olması sebebiyle iadesinin reddi

F. Yaşı ve olgunluğu dikkate alınan çocuğun iade talebine kendisinin karşı çıkması sebebiyle iadesinin reddi

G. Çocuğun iadesinin, talepte bulunulan devletin insan hak ve hürriyetlerine ilişkin temel ilkelerini ihlâl edecek olması sebebiyle reddi

⁽¹⁾ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

¹ 22.11.2007 tarihli 5717 sayılı kanun için Bkz. RG. 04.12.2007-26720.

H. Çocuğun alıkonulduğu veya kaçırıldığı ortama alışmış olması sebebiyle iadesinin reddi

İ. Çocuğun, Sözleşme'de öngörülen sürenin geçmiş olması sebebiyle iadesinin reddi

J. Çocuğun on altı yaşından gün almış olması sebebiyle iadesinin reddi

II. İADENİN REDDİ SEBEPLERİ

A. Çocuğun İadesinin, Yetkili Kişilerce Talep Edilmesi Gereklidir. Aksi Durum İadenin Reddi Sebebidir

Çocuğun iadesini talep edebilecek kişinin, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel koruma hakkına sahip olması gerekir. Çocuğun kaçırılmasından önce mutad meskeni hukukuna göre geçerli bir koruma hakkına sahip olan kişi, çocuğun iadesi için talepte bulunabilecektir. Sözleşme'nin 8. madde hükmü uyarınca, çocuğun iadesini, koruma hakkı ihlal edilen kurum veya kuruluş da talep edebilecektir.

Çocuğun ailesini oluşturan evli çiftler yanında, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun biyolojik anne veya babasının da 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirebilecek veya çocuğu alıkoyabilecek muhtemel kişiler arasında kabul edilmelidir. Bu kişilerin kapsamına, üvey baba, üvey anne, babaanne ve dedelerin de eklenebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Keza taşıyıcı anne olarak çocuğu doğuran kadın da Sözleşme sujesi olabilecek kişiler arasındadır. Sözleşme uygulaması bakımından çocuk ile kendisini kaçıran veya alıkoyan arasında biyolojik bir bağın veya nesep bağının bulunuyor veya kurulabilecek olması gerekir.

Buna mukabil doğumundan itibaren, çocukla yıllarca birlikte yaşamış ve onunla bilfiil ilgilenmiş kişilerden olan dadısı tarafından çocuk kaçıdırılır ise 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır.

Kardeşi üzerinde vesâyet hakkına sahip olan ergin ağabey veya ablanın da, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi anlamında koruma hakkının ihlal edildiği hallerde, iade talebinde bulunabileceği kanaatindeyiz.

Sözleşme'nin uygulama alanına girebilecek diğer bir ihtimal de evlâtlığın kaçırılması veya hukuka aykırı alıkonmasıdır. Sözleşme'nin uygulanabilmesi için evlâtlık ile evlâtlığın yerini hukuka aykırı olarak değiştiren veya onu haksız alıkoyan kişi arasında hukukî bir münasebetin bulunması gerekir. Mesela, evlâtlık verilen bir çocuk, kendi öz anne veya babası tarafından âkit bir devlete kaçırıldığında veya âkit bir devlette alıkondu-

ğunda 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi gereğince, koruma hakkı sahibine iadesi söz konusu olabilecektir.

Şu halde çocukla hiçbir şekilde nesep bağı veya biyolojik bağı bulunmayan bir kişinin, çocuğu kaçırması halinde 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin E. 2007/21104 K. 2008/4903 sayılı ve 09.04.2008 tarihli kararına konu olan bir davada, babaannesi tarafından haksız olarak alıkonulan çocuğun, mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine ilişkin davaname kabul edilmiştir.

B. Çocuğun Âkit Devlet Dışına Çıkartılması veya Taraf Olmayan Devlete Götürülmesi Sebebiyle İade Talebinin Reddi

Sözleşme, adli yardım Sözleşmesi niteliğinde olup sadece âkit devletler arasında uygulanmaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Arnavutlukla ilgili verdiği bir kararda,² Arnavutluk'u Sözleşme'ye taraf olmasa bile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine³ aykırılıktan ötürü kusurlu bulmuş ve maddi tazminata hükmetmiştir.

Sözleşme'nin uygulanabilmesi için çocuğun kaçırılmadan önce mutad meskeninin âkit devletlerden birinde olması yeterlidir. Hiç şüphesiz çocuğun iade edilebilmesi için iade talebinde bulunan devletin Sözleşme'ye taraf bir devlet olması gerekir. Bu bakımdan çocuk vatanlı olsa bile, hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden evvel bir âkit devlette mutad meskeni bulunmakta ise, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Çocuğun iadesi noktasında 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin esas aldığı bağlanma noktası, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmezden evvelki mutad meskenidir. Bu bakımdan çocuğun vatanlı, göçmen veya mülteci olmasının 1980 tarihli La Haye Sözleşmesince bir önemi bulunmamaktadır.

Sözleşme'nin zaman bakımından uygulanırlığı 35. madde hükmünde belirtilmiştir. Madde hükmüne göre Sözleşme, sadece âkit devletlerde ve de Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen kaçırma veya haksız alıkoyma hallerine uygulanacaktır. Bu hususa ilişkin İstanbul 1. Aile Mahkemesinin⁴ verdiği bir kararda çocuğun Yeni

² Bkz Bajrami v. Arnavutluk davası. Başvuru No. 35853/04 sayılı ve 12.03.2007 tarihli kararı.

³ Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

⁴ Bkz. İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 24.03.2009 tarih ve E. 2008/945 ve 2009/200 sayılı kararı. Ekşi Nuray, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010, s. 15-20.

Zelanda'dan Türkiye'ye 29.05.2007 tarihinde kaçırıldığı, iade talebinin ise Yeni Zelanda makamları tarafından 01.06.2007 tarihinde yapıldığı dikkate alınarak, Sözleşme'nin Türkiye ile Yeni Zelanda arasında 01.04.2008 tarihinde yürürlüğe girmesi sebebiyle ve de çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiği tarihte Yeni Zelanda'nın Sözleşme'ye taraf olmaması gerekçesiyle iade talebi haklı olarak reddedilmiştir.

C. Çocuğun Âkit Devletlerden Birinde Mutad Meskeninin Bulunması Gereklidir. Aksi Durum İadenin Reddi Sebebidir.

Hukukî bir kavramı ifade etmeyen mutad mesken, fiilî ve gerçek durumu yansıttığı için kullanılmakta ve tercih edilmektedir.

Çocuğun kaçırıldığı veya yerinin yeniden değiştirildiği hallerde, çocuğun mutad meskeni tespit edilirken çocuğun merkez alınması gerektiği görüşü⁵, mahkemelerce dikkate alınmakta ve uygulanmaktadır. Türk Mahkemelerinin de bu görüşü benimsediğini söyleyebiliriz. Sarıyer Aile Mahkemesinde görülen bir davada⁶, mahkeme çocuğun mutad meskenini tespit ederken, çocuğun İsrail'den ne sıklıkla ve süre ayrı kaldığını, okulunun nerede olduğunu, düzenli sağlık kontrollerini nerede yaptırdığını ve pasaport kayıtlarını esas alarak çocuğun İsrail'e iadesine hükmetmiştir.

Trabzon Mahkemesinde⁷ görülen bir iade davasında, çocuklarının mutad meskeninin Almanya'da olduğu ve velâyet sorumluluğunun Alman Mahkemeleri tarafından anneye verildiği tespit edilerek, babanın haksız olarak alıkoymuş çocukları iade etmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Avrupa Birliği Topluluk Mahkemesinin C-523/07 sayılı dava dosyasına ilişkin olarak, Genel Savcının verdiği 29.01.2009 tarihli tavsiye karar⁸ ile İlk Derece Mahkemesinin Barbara Mercredi v. Richrad Chaffe ile ilgili olarak 22.12.2010 tarihli kararında⁹ çocuğun mutad meskeninin tespiti için yol gösterici kriterler belirlenmiştir. Çocuğun mutad meskeni belirlenirken: çocuğun ailesi ve sosyal çevresiyle ne ölçüde bütünleştiği, ne süreyle ve sıklıkla orada bulunduğu (devamlılık), o yerde bulunma sebebi ve o yerdeki hayat şartları (hangi koşullar altında orada yaşadığı), koruma hakkı sahibinin o yerde ne sebeple bulunduğu ve ne sebeple oraya geldiği, ikincil aşamada ise çocuğun yaşı, çocuğun o yer ile olan ailevi ve coğrafi bağlarını dikkate alınmaktadır. Ailevi bağ ile üst soy, altsoy ve yansoyun teşkil ettiği aile fertleriyle olan bağlar kastedilmektedir.

Bir yerin, çocuğun (mutad meskeni) yaşam merkezi olarak kabul edilebilmesi için

- o yerde ne kadar süredir bulunduğu (Çocuğun düzenli olarak birlikte yaşadığı kişiler dikkate alınır. Kimlerle beraber yaşadığına bakılır (Kardeşleri, ağabeyleri, ablaları, büyükanne ve dedeleriyle mi?) (Yeni bir ev alındığı zaman veya iş sebebiyle veya başkaca sebeplerle şehir değiştirildiği zaman, mutad meskenin değişmiş kabul edilebilmesi için; çocuğun kreşe veya okula yazdırılmış olması şartı aranmaktadır.)

- o yerde ne amaçla bulunduğu,

- çocuğun orada bulunma sebebine, (Nasıl ve ne gerekçe ile orada bulunduğu araştırılır) (çocuğun o yer ile olan ailevi ve coğrafi bağları)

- eğitim süresine, okul yaşamına, (ne kadar süredir o okula gidiyor, okula intibak durumu)

- konuştuğu dile (Çocuğun hangi dilleri bildiği ve konuştuğuna bakılır)

- aile bağlarına,

- sosyal çevreyle olan bağlarına, (Sosyal çevreyle olan bağların tespiti için, anaokulu, kreş, okul arkadaşları ile olan bağına ve okul sonrası aktivitelerine bakılır.)

- o yerde bulunma hususunda ailesinin niyet ve isteği ile çocuğun niyet ve isteğinin paralelliklerine bakılır.

İkincil nitelikteki kriterler ise

- çocuğun yaşı, (Çocuğun anneye olan ilişkisi)

- çocuğun vatandaşlığıdır.

Bir yerin mutad mesken olarak kabul edilebilmesi için o yerde düzenli bulunması ve o yerin kalıcı olması gereklidir (stability and regulatory).

Mutad mesken için bir yerde fiilen bulunuyor olmak tek başına o yeri mutad mesken yapmaya yeter bir kriter değildir.

O yerde süregelen bir bulunma olmalıdır. O yer çocuğun menfaatlerinin merkezi olmalı, yaşam merkezi olmalıdır. Mutad meskende bulunduğu süre kesintiye uğramamalıdır. Ancak tatil için o yerden uzaklaşma mutad meskenin değişikliğine sebebiyet vermez.

⁵ Bu konuda detaylı bilgi için Bkz. Giray Faruk Kerem, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Atılan Çocukların İadesi, İstanbul 2010, s. 74 vd.

⁶ Bkz. Sarıyer Aile Mahkemesinin 25.10.2004 tarih ve E. 2004/683 K. 2004/929 sayılı kararı.

⁷ Bkz Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 11.03.2004 tarih ve E. 2003/470 K. 2004/126 sayılı kararı.

⁸ Opinion of Advocate General Kokott tarafından 29.01.2009 tarihinde C-523/07 numaralı davaya ilişkin olarak tanzim edilen metin. [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007C0523:EN:HTML \(05.05.2011 tarihi itibarıyla\)](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007C0523:EN:HTML (05.05.2011 tarihi itibarıyla))

⁹ [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0497:EN:HTML \(05.05.2011 tarihi itibarıyla\)](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010J0497:EN:HTML (05.05.2011 tarihi itibarıyla))

Mutad meskenin tesisi için belli bir sürenin geçmiş olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Ancak Avrupa Birliğine üye devletler için mutad meskenin tesisi için belli bir süre şartının geçmesi gerektiği iddia edilebilir.

1347/2000 sayılı AB Konsey Tüzüğü'nü tadil eden 27 Kasım 2003 tarih ve 2201/2003 sayılı Aileye ilişkin Meselelerde ve Ebeveynlerin Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Tanıma ve Tenfiz Kurallarını Düzenleyen Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 9. maddesinde, çocuk kaçınıldıktan sonra yeni bir mutad mesken edinir ise, üç ay süre ile, kişisel ilişki kurma davalarında, çocuğun önceki mutad mesken mahkemelerinin yetkili kalmaya devam edeceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkarak mutad mesken için en az üç aylık bir sürenin geçmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu süre kanaatimizce Kişilerin Seyahatleriyle İlgili 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nden kaynaklanıyor olabilir¹⁰. Şu halde Avrupa Birliği üye devletlerinde çocuğun mutad meskenin değişmiş olduğunun kabulü için en az üç aylık bir süre öngörülmesini söyleyebiliriz.

D. Sözleşme'nin 13. Maddesinin (a) Bendi Uyarınca Çocuğun İadesinin Reddi

1. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Yer Değişikliğine İzin veya İcazet Verilmesi Sebebiyle Çocuğun İadesinin Reddi

Çocuk kaçınıldıktan sonra uzun süre sessiz kalınması veya çocukla temasa geçebilme imkân ve ihtimalinin varlığına rağmen hiçbir şekilde çocukla irtibatın kurulmaması, çocuğun hali hazırdaki durumuna rıza gösterildiği anlamına gelebilir. Bununla birlikte şayet sessiz veya hareketsiz kalma imkânsızlıktan, mücbir sebepten veya fiili bir engelden (söz gelimi bir hastalıktan) kaynaklanıyorsa çocuğun yeni durumuna muvafakat edildiği anlamı çıkartılmamalıdır. Misal olarak, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen bir çocuğun iadesi için, kendisini kaçıran veya alıkoyanlarla hiçbir temasta bulunulmayıp, salt çocukla mektuplaşarak iletişim kurulmaya çalışılması, iadenin ne ölçüde arzu edildiği veya samimiyet hususunda tereddüt uyandırabilir.

Koruma hakkı sahibi kişinin duygusallık içinde yaptığı davranışlara derin anlamlar yükleyerek, çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişinin fiiline rıza gösterildiği anlamı çıkartılmamalıdır. Mesela çocuğuyla yakından ilgili bir annenin, çocuğun götürüldüğü yeni ortamda sağlık problemleri yaşamaması için giysilerini, ilaçlarını hatta oyuncaklarını göndermesi onun yerinin değiştirilmesine rıza gösterildiği olarak yorumlanmamalıdır. Keza eğitim düzeyi düşük veya maddî imkânsızlığı istismar edilen sahip olduğu hukukî imkânlardan bîhaber olan veya çaresizlik

çinde bulunan kişinin, çocuğun kaçınılmasından hemen sonra gösterdiği rızayı, iadeye esas alırken son derece temkinli davranmak gerekir. Zira bu rıza kişi korkutularak alınmış olabilir. Böyle bir durumda kişinin irade beyanı ikrah sebebiyle sakatlanmış olacaktır.

Genel kabul gören görüşe göre, çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesi sonrası bulunduğu yeni ortamında kalmaya devam etmesine yönelik verilecek rızanın açık, şüpheden uzak ve tereddütten yoksun olması gerekir.

Adana 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin verdiği bir kararda¹¹, Almanya Karlsruhe Eyalet Mahkemesinin verdiği karar dikkate almış ve babanın kendi rıza ve beyanı ile iki çocuğu üzerindeki velâyet hakkından vazgeçtiğini tespit ederek çocukların velâyet hakkına sahip olanannelerine bağlı olarak Almanya'ya iadelerine hükmetmiştir.

Bayram, yılbaşı veya tatil için diğer eşin rızası ile çocuk başka ülkeye götürülür ancak geri gönderilmez ise, bu durum haksız alıkoyma olarak kabul edilir ve çocuğun iadesini gerektirir. Nitekim Mersin 2. Aile Mahkemesinin verdiği bir kararda¹², mutad meskeni Finlandiya'ca bulunan çocuğun yaz tatilini geçirmek amacıyla Türkiye'ye gelmesinden kısa bir süre sonra geri gönderilmeyip alınması üzerine Finlandiya'ya iadesine hükmedilmiştir.

2. Koruma Hakkının Etkin Şekilde Kullanılmaması Sebebiyle Çocuğun İadesinin Reddi

Sözleşme'nin 13. maddesinin (a) bendi yorumlanırken, kural olarak, koruma hakkına sahip kişinin bu sorumluluğu yerine getirdiği faraziyesiyle hareket edilmelidir. Bu anlayış bir faraziyeyle dayanmaktadır. Bu nedenle koruma hakkının yerine getirilmediğinin ispatı çocuğu haksız olarak alıkoyan veya yerini hukuka aykırı olarak değiştiren kişiye aittir.

Koruma Hakkının Hukukî Dayanakları

1. Koruma Hakkı kanundan doğabilir.

Koruma hakkının, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden evvel mutad meskeninin bulunduğu devletin kanunundan doğması yeterlidir.

2. Koruma Hakkının adlî veya idari makam kararından doğabilir.

¹⁰ Akit tarafların vatandaşları, ikamet ettikleri ülkede, bu Anlaşmanın ayrılmaz bir parçasını teşkil eden ilgili belgelerden herhangi birini ibraz ederek bütün sınırlardan tarafların topraklarına girebilirler ve bu topraklardan çıkabilirler. Birinci fıkrada sözü geçen kolaylıklar sadece süresi üç ayı geçmeyen ziyaretler içindir. (Madde 1)

¹¹ Adana 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 15.05.2003 tarih ve E. 2003/206 K. 2003/286 sayılı kararı.

¹² Mersin 2. Aile Mahkemesinin 18.05.2004 tarih ve 2004/189 E. 2004/703 sayılı kararı.

ABD Mahkemesinin çocuğun yurtdışına çıkartılmasını engellemeye yönelik olarak verdiği geçici tedbir kararına aykırı davranılarak, çocuğun Türkiye kaçırılması sebebiyle açılan iade davasında İstanbul 1. Aile Mahkemesi¹³, çocuğun ABD'ye iadesine hükmetmiştir. Mahkemece geçici tedbir kararı verildiğinde bir nevi sözleşme anlamında koruma hakkının mahkemeye geçmiş olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle karara aykırı olarak çocuğun yerinin değiştirilmesi iade sebebidir.

Türk hukukunda anne baba velâyet sorumluluğunu yerine getiremez ise, devletin müdahalesi söz konusu olur. Türk hukukundan TMK madde 397 gereği, kamu vesayeti, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülür. Vesayet makamı sulh hukuk mahkemeleri, denetim makamı ise Asliye hukuk mahkemeleridir.

3. Koruma Hakkı, taraflar arasındaki anlaşmadan doğabilir.

Tarafların iradesine dayanan koruma hakkına ilişkin anlaşmanın geçerli olabilmesi için bu anlaşmanın çocuğun mutad meskeni devletinin maddî hukuk veya kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği yetkili hukuka göre bağlayıcı olması gerekir. Bu hukukların birbirlerine karşı üstünlükleri veya öncelikleri yoktur.

Türk hukukunda, boşanan eşler velâyet sorumluluğuna yönelik bir anlaşma yapabilirler. Ancak çocuğun velâyetine yönelik bu anlaşmanın veya protokolün hâkim tarafından uygun görülerek tasdik edilmesi gerekir.

E. Sözleşme'nin 13. Maddesinin (b) Bendi Uyarınca Çocuğun İadesinin Reddi

1. Çocuğun, İade Sonrası Fiziki Tehlikeye Maruz Kalacağı Konusunda Ciddi Bir Riskin Bulunması Sebebiyle Talebin Reddi

Kendisinden iade talebinde bulunan mahkeme, çocuğun iadesinin, çocuk üzerinde fiziki veya psikolojik bir tehlike doğuracağını veya ileride tolere edilmeyecek zararların yaşanacağı yolunda ciddi bir risk bulunduğunu tespit ederse, iade talebini reddedebilir.

Tek başına savaş, kıtlık veya salgın hastalık olasılığının bulunması çocuğun iade talebinin reddedilmesine sebebiyet vermemelidir.

İade talebini değerlendirecek mahkemenin, 13. maddenin (b) bendine göre, iadenin "ciddi bir riski" doğurup doğurmayacağını" takdir ederken, bir kaç kritere dikkat etmesi gerekir. "Ciddi bir risk" in doğup doğmayacağını takdir için, tehlikenin, gerçekleşme ihtimali, şiddeti, ne sıklıkla yaşanacağı, kime yönelik

olacağı ve ne zaman gerçekleşeceğinin objektif olarak tahlil edilmesi gereklidir.

Çocuğun, iade sonrası zarar göreceğinin kabulü için, bu tehlikenin ciddi ve telafi edilemez nitelikte olması veya bu türden bir riskin kuvvetle muhtemel olması gerekir.

Türk Yargıtay'ına¹⁴ göre; kıtlık, salgın hastalık, savaş hali gibi vahim hallerin varlığı halinde çocuk iade edilmez.

Bir davada, İsrail'in savaş durumunda olması gerekçe gösterilerek iade talebinin reddi talep edilmiştir. Yargıtay¹⁵, İsrail'de halen eğitim, öğretim, ticaret, seyahat ve bunun gibi günlük hayat ilişkin normal yaşantının devam ettiğini, ülkedeki kargaşa ve çatışmaların belirli bir bölgede olduğunu ve bu çatışmaların yeni bir durum olmayıp uzun yıllardan beri sürdüğünü, tarafların bunu bilerek İsrail'de yaşadıklarını tespit ederek çocuğun iadesinin onu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakmayacağına, müsamaha edilmeyecek duruma düşürüleceği yolunda ciddi bir riskin varlığı ispat edilmediği gerekçesiyle İsrail'e iadesine hükmetmiştir.

Müsamaha edilmeyecek duruma örnek olarak çocuğun iade edilmesi durumunda anne veya babası ile birlikte evsiz olarak sokakta yaşamak zorunda kalması gösterilebilir. Buna karşılık anne veya babanın ekonomik durumunun kötü olmasına karşın, çocuğun iade edileceği devletin sağlayacağı sosyal ve ekonomik destekten yararlanacak ise ve bu destek makul düzeyde ise artık müsamaha edilmeyecek bir durumun varlığı bulunmadığından çocuk iade edilmelidir¹⁶.

Merkezi makamlar arasındaki işbirliği neticesinde çocuğun, mutad meskeni ülkesindeki bir üçüncü kişi veya kuruma teslimi mümkün olabileceği için, gerekli tedbirlerin alındığına veya alınacağına kanaat getirilmesi halinde çocuk iade edilebilecektir.

Kanaatimizce çocuğa karşı cinsel istismar veya fizikî şiddet iddiası var ise, mahkeme bu iddianın yerindeliliğini uzman kişilerden¹⁷ yararlanarak incelemelidir. İade talebinde bulunan kişinin çocuğa karşı kötü muamele yapıyor olması veya cinsel tacizde bulunmuş olması halinde iade talebinin reddine karar verilmelidir. Cinsel istismarın veya tacizin vuku bulunduğu hallerde bu türden bir fiil ister geçmişte yaşanmış olsun ister gelecekte de yaşanma ihtimali kuvvetle muhtemel bulunsun, çocuk iade edilmemelidir.

¹³ İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 22.02.2007 tarih ve E. 2006/651 K. 2007/100 sayılı kararı.

¹⁴ Bkz. Yargıtay 2. HD'nin 14.10.2004 tarih ve E. 2004/10536 K. 2004/11797 sayılı kararı.

¹⁵ Yargıtay 2. HD. 29.03.2005 tarih ve E. 2005/469 K. 2005/5045 sayılı kararı.

¹⁶ Akıncı Ziya, Gökyayla Demir Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 306.

¹⁷ Bu kişiler pedagojik formasyon eğitimi almış, çocuk psikolojisi veya aile ilişkileri konusunda uzmanlaşmış kişiler olabilir.

Böyle bir aşamada karar verilirken dikkatli ve temkinli davranılmalıdır. İade talebini reddetmek velâyeti diğer tarafa vermek anlamına gelmez.

2. İadenin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebiyle Reddi

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne göre çocuğun iadesinin kural, iade edilmemesinin ise istisna olduğu düşünülürse, bu madde hükmünün dar yorumlanması gereklidir.

Sözgelimi, çocuğun yaşının çok küçük ve annesinin emzirmesine muhtaç olması madde hükmünün uygulanmasına sebebiyet verebilir. Nitekim Yargıtay¹⁸ bir kararında çocuğun 2003 doğumlu olduğunu gözeterek ana şefkatine ihtiyacı olduğunu ve iade edilmesi halinde gelişiminin tehlikeye düşeceğini ileri sürerek iadesine yönelik talebi reddetmiştir. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır¹⁹. Mesela yedi aylık bebeğini Almanya Singen şehrinden kaçıran annenin bu davranışı Sözleşme'ye ve dürüstlük kuralına aykırı bulunarak iadesine hükmedilmiştir (Bkz. Yargıtay 2. HD'nin 04.06.2004 tarih ve E. 2004710536 K. 2004/11797 sayılı kararı).

Yargıtay başka bir kararında²⁰, iade davası açıldığı sırada 4 yaşında olan çocuğun ana bakım ve şefkatine muhtaç olduğunu kabul etmekle birlikte, iadenin çocuğun psikolojisini bozmaya yeter bir sebep olmadığına hükmederek Almanya'ya iadesine karar vermiştir. Yargıtay aynı kararında²¹, iade edilmeleri halinde çocukların fizikî ve psikolojik gelişmelerinin tehlikeye düşeceği yolunda ciddi, inandırıcı, sağlam bir kanıtın mahkemeye ibraz edilmemiş olması sebebiyle ilk derece mahkemesinin verdiği iade kararını bozmuştur. Keza ilk derece mahkemesinin kararına dayanak yaptığı bilirkişi raporu da yasal ve yeterli gerekçelerden yoksun bulunmuştur.

Sanyer Aile Mahkemesinin verdiği 04.02.2011 tarihli kararında, 15 aylık olan çocuğun yaşı gereği anne bakımına ve ihtiyaç olduğu bir dönemde olması sebebiyle, çocuğun bağlanma figürü olan anne ile babanın kopması durumunda çocuğun sağlıklı gelişimini engelleyeceği ve ileriki dönemlerde psiko-sosyal açıdan geri dönülemez etkiler yaratacağı kabul edilerek, geri dönmesinin psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı kabul edilerek 13/b gereğince iadesi reddedilmiştir²².

Çanakkale Asliye Hukuk Mahkemesinin²³ verdiği bir kararda, çocuğun anne sütüne ve ilgisine muhtaç olduğunu, psikolojik olarak tamamen anneye bağımlı olduğunu, anne kızın bu aşamada birbirinden ayrılmasının çocuğa zarar vereceğine, çocuğuna yaşı ve beslenme şeklini nazara alarak annesinden ayrılmasının fizikî ve psikolojik tehlikeye maruz bırakacağı gerekçesiyle iadesini reddetmiştir.

Buna mukabil Bakırköy Aile Mahkemesinin²⁴ bu konuya ilişkin olarak verdiği yanlış bir kararında; çocuğun doğumundan itibaren annesinden ayrılmadığını, annesiyle olan bağının hiç kopmadığını, annesinin hayatındaki en önemli ve değişmez figür olduğunu, yaşamını sürekli paylaştığını, beş yaşında olması itibarıyla annesinin psikolojik ve fiziksel bakımına muhtaç olduğu gerekçesiyle İngiltere'ye iadesini reddetmiştir.

Şayet psikolojik durumu yaratan anne ise, bu sebebe dayanarak iadenin reddini talep etmesi doğru değildir. Böyle bir durumda, çocuğu kaçıran her anne, bu hususa dayanarak iadede imtina edebilecektir ki bu durum Sözleşme'nin uygulanmaması anlamına gelebilir.

İadenin çocuğa psikolojik zarar verip vermediğinin tespiti için.

- Sosyal Hizmet Uzmanının görüşünün alınması
- Psikoloğun görüşünün alınması
- Çocuğun görüşünün alınması (dinlenmesi)
- Çocuğun birlikte kaldığı kişiyle temasa geçilmesi ve onunla görüşmeler yapılması
- Çocuğun yaşadığı ortamın, çocuk için uygun olup olmadığının değerlendirilmesi
- Eğitim gördüğü okul müdürü ve öğretmenlerinin görüşü gereklidir.

Gebze Aile Mahkemesinin²⁵ verdiği bir kararda, iadenin psikolojik bir etki yaratıp yaratmadığının tespiti için çeşitli kriterler tespit edilmiştir.

Bunlar:

- Çocuğun fiziksel açıdan iyi durumda olup olmadığı
- Çocuğun psikolojik açıdan iyi durumda olup olmadığı
- Çocuğun konuşkan ve hareketli olup olmadığı
- Yanında kaldığı (çocuğu kaçıran veya alıkoyan) kişiyle olan ilişkisi
- İçeride kapanıp olup olmadığı

¹⁸ Yargıtay 2. HD. 7.06.2004 tarih ve E. 2004/6263 K. 2004/7325 sayılı kararı.

¹⁹ Bkz. Yargıtay 2. HD. 31.10.2006 tarih ve E. 2006/17797 K. 2006/14657 sayılı kararı. Keza Yargıtay, beş yaşındaki R.'nin annesinin bakım ve şefkatine muhtaç olmasının, iadede kaçınma sebebi olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 2. HD. 23.11.2006 tarihli E. 2006/18756 K. 2006/16305 sayılı kararı.

²⁰ Yargıtay 2. HD. 3.06.2004 tarih ve E. 2004/6259 K. 2004/7217 sayılı kararı.

²¹ Yargıtay 2. HD. 3.06.2004 tarih ve E. 2004/6259 K. 2004/7217 sayılı kararı.

²² Sanyer Aile Mahkemesinin 04.02.2011 tarih ve E. 2010/1371 K. 2011/121 sayılı kararı.

²³ Çanakkale 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004 tarih ve E. 2004/229 K. 2004/363 sayılı kararı.

²⁴ Bakırköy 5. Aile Mahkemesinin 2006 tarih ve E. 2006/155 K. 2006/704 sayılı kararı.

²⁵ Gebze Aile Mahkemesi 11.03.2004 tarih ve E. 2003/3 K. 2004/237 sayılı kararı.

- Bedensel ve ruhsal yaşına uygun olan eğitimi alıp almadığı (veya eğitim kurumuna devam edip etmediği)
- Eğitim kurumunda uyumlu ve mutlu olup olmadığı
- Bulduğu ortamı benimseyip benimsemediği
- Çocuğun Türkçeyi bilip bilmediği (Türk dilinde düşüncelerini ifade edip edemediği)

3. İade Halinde, Çocuğun Müsamaha Edilemeyecek Bir Duruma Düşecek Olması Sebebiyle Talebin Reddi

Kanaatimizce madde kapsamına girecek vakalara örnek olarak kardeşlerin birbirinden ayrılacak olması girilmektedir. Kardeşleri mümkün olduğu ölçüde birbirinden ayırmamaya özen gösterilmelidir²⁶. Kardeşlerin, birbirinden ayrılması, onların gelecekte tahammül edilmez psikolojik travma yaşamalarına sebebiyet verebilir. Bu durum, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 13. maddesinin (b) bendinin aradığı anlamda ciddi bir tehlike olarak nitelendirilebilir.

İadenin, çocuğu müsamaha edilemeyecek duruma düşürecek olması sağlık sebeplerinden de kaynaklanabilir. Avustralya Mahkemesinin verdiği bir kararda²⁷, mutad meskeni Yunanistan'da bulunan otistik çocuğun iadesi reddedilmiştir. Mahkeme, Yunanistan'da otistik çocuklar için öngörülen sağlık hizmetinin yetersiz olduğunu gerekçe göstererek çocuğun Avustralya'da daha iyi bakılacağına, bu nedenle iadenin çocuk için ciddi zarar tehlikesi doğuracağına karar vermiştir.

Müsamaha edilemeyecek durumlardan

a. Koruma Hakkına Sahip Kişinin, Çocuğun Mutad Meskeni Devletine Geri Dönemeyecek Olması Sebebiyle İadenin Reddi

Koruma hakkı sahibinin, çocuğun kaçınılmazdan evvelki mutad meskenine çocukla birlikte dönmeyi reddetmesi halinde, madde 13/b anlamında tahammül edilmez bir zarar tehlikesinin ortaya çıkabileceği iddia edilebilir. Böyle bir ihtimalde, Sözleşme'de öngörülen ciddi tehlikenin varlığı, çocuğun eski mutad meskenine dönecek olmasından değil; koruma hakkına sahip olan kişinin, çocuğun kaçınılmazdan evvel mevcut olan âkit devletteki mutad meskenine dönmeyi reddetmesinden kaynaklanmaktadır²⁸. Çocuk, eski mutad meskenine iade edilmesine rağmen, koruma hakkına sahip olan kişiden ayrılmak zorunda kalacak ise, 13. maddenin (b) bendi anlamında ciddi zarar tehlikesi söz konusu olabilir.

İade talebinin reddini ileri süren kişinin iddiasını, 13. maddenin (b) bendinde yer alan ciddi zarar tehlikesine dayandırabilmesi için, kendi kusurlu davranışıyla bu durumun oluşmasına sebebiyet vermemiş olması gerekir.

Bir davada²⁹ İngiliz Mahkemesi, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlete iade edilmesi halinde, koruma hakkına sahip annenin o ülkeye girişte, havalimanında tutuklanacak olmasını veya o ülkede ceza yargılamasına tabi tutulacak olmasını çocuk için ciddi bir zarar tehlikesi olarak görmemiştir.

Kanaatimizce mutad meskeni Türkiye'de olan yabancı devlet vatandaşı çocuk üzerinde koruma hakkına sahip bir kişi, Pasaport Kanunu'nun³⁰ 8. maddesine göre Türkiye'ye girmesi yasak kişilerden ise, çocuk gene de Türkiye'ye iade edilmelidir. Zira asıl olan çocuğun bir an önce eski mutad meskeni devletine iade edilmesidir. Şayet mutad meskeni Türkiye'de olan çocuğun Türkiye'de hiçbir akrabası yok ise bu durumda çocuk, iade sonrası Çocuk Esirgeme Kurumuna bırakılabilir. Ancak çocuğun üstün menfaati kendisinin koruma hakkı sahibinden ayrılmamasını haklı kılıyor ise veya çok küçük yaşta olması sebebiyle bebek anneye muhtaç ise Türkiye'ye iade edilmemesi haklı görülebilir.

b. "Aile içi şiddet" Sebebiyle Çocuğun İadesinin Reddi

Hiçbir delil ibraz edilmeksizin çocuğun aile içi şiddet gördüğünün iddia edilmesi iade talebinin reddi için yeterli görülmemektedir. İade talebini karara bağlayacak olan mahkemede, çocuğun aile içi şiddete maruz kaldığının iddia edilmesi, 13. maddenin (b) bendinin uygulanması için yeterli bir sebep değildir. Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerdeki yetkili makamlara önceden bu hususa ilişkin hiçbir şikâyetle bulunmadığı veya adli veya idari tedbir talep edilmediği hallerde bu yöndeki itiraza şüpheyle yaklaşmak gerekir.

Mesela; İngiliz Mahkemesine konu olan bir davada³¹, kocasından aile içi şiddet gören kadın, kocasının bir kişiyi öldürmekten ötürü hapis cezasına çarptırıldığını, hapis cezası sona erdikten sonra kendisiyle tekrar bir araya gelmek isteyeceğini dile getirerek, çocuğunun Norveç'e iade edilmemesini talep etmiştir. İngiliz Mahkemesi, Norveç makamlarının çocuk için gereken tedbirleri alacağı gerekçesiyle, çocuğun iadesine karar vermiştir.

c. "Cinsel istismar" Sebebiyle Çocuğun İadesinin Reddi

Türk Mahkemelerine konu olan bir davada³², cinsel istismarın gerçekleştiğinin kesin ya da kesine yakın kabul

²⁶ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 468.

²⁷ DP. v. Commonwealth Central Authority, 2001 180 ALR 402.

²⁸ Bkz. C. v C. (Minor: Abduction: Rights of Custody) 1989 1 WLR 654.

²⁹ Re. L. (Abduction: Pending Criminal Proceedings) 1999 1 FLR 433.

³⁰ RG. 24.07.1950-7564.

³¹ Re M. (Abduction: Intolerable Situation) 2000 1FLR 930.

³² Kocaeli 1. Aile Mahkemesinin 28.07.2008 tarih ve E. 2008/267 K. 2008/709 sayılı kararı. Karar, Yargıtay 2. HD tarafından 27.01.2009 tarihinde E. 2008/17716 K. 2009/827 sayılı ile onanmıştır.

edileceğine ilişkin herhangi bir tespitte bulunulmadığını bu konuda şüpheden bahsedilmekle yetinildiğini ve de Kanada makamları tarafından iade durumunda gerekli tedbirlerin alınacağına ilişkin yazılı güvence ve taahhütte bulunulduğunu dikkate alarak, çocuğun Kanada'ya iadesine hükmedilmiştir.

Çocuk, kimi durumda iade sonrası doğrudan cinsel istismara maruz kalmayacak olmakla birlikte, gelecekte cinsel bütünlüğü tehlike altına girecek olabilir. Mısır, Lübnan ve Afrika'nın kuzeyindeki bazı ülkelerde³³ hukuken yasaklanmış olmakla birlikte, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf olan Burkina Faso'da gelenek olarak "kadın sünneti" uygulanmaya devam edilmektedir. Çocuğun iade edileceği mutad mesken devletinde bu türden bir uygulama mevcut ise, iade talebi reddedilmelidir.

d. Çocuğun İade Sonrası Tehlikeli veya Ağır İşlerde Çalıştırılacak Olması

Çocuğun iadesini talep eden âkit devlette, çocuklar erken yaşlardan itibaren çalıştırılmakta ve de ucuz işgücü olarak değerlendirilmekte ise, 13. maddenin (b) bendi gerekçe gösterilerek iade talebi reddedilebilir.

Çocuğun, iade sonrası olumsuz koşullarda veya hukuka aykırı olarak çalıştırılma ihtimali çok yüksek ise ve bu husus bir şekilde ispatlanabiliyorsa (mesela ILO uluslararası çalışma örgütüne veya sözleşmelerine taraf olunmaması), 13. maddenin (b) bendi gereği çocuğun iadesi reddedilebilir. Okul çağındaki bir çocuğun, eğitim görmek yerine iade sonrasında çalıştırılacak olması kuvvetle muhtemel ise çocuğun fiziki veya psikolojik tehlikeye maruz kalacağı gerekçesiyle iade talebi geri çevrilmelidir. Ancak, iade talebini karara bağlayacak olan mahkeme, iade talebinde bulunan âkit devletin yetkili makamlarından çocuğun çalıştırılmaması yönünde yeterl. ve somut bir güvence alabiliyor ise ve de iade çocuğun üstün menfaatine hizmet etmekte ise çocuk mutad meskenini devletine iade edilmelidir.

F. Yaş ve Olgunluğu Dikkate Alınan Çocuğun İade Talebine Kendisinin Karşı Çıkması

Çocukların Magna Carta'sı olarak bilinen Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre, çocuk kendisini ilgilendiren bütün meseleler hakkında görüşünü açıklayabilme ve bu görüşlerinin dikkate alınmasını talep edebilme hakkına sahiptir. Sözleşme'nin 12. maddesinin 1. fıkrasına göre âkit devletler, yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına özen göstermek mükellefiyeti altındadır. Keza, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde de çocukların kendileri ile ilgili davalarda görüşlerini ifade etme hakkı gü-

vence altına alınmıştır. Sözleşme'nin 3. ve 6. maddelerinde bu hususa açıkça yer verilmiştir. Sözleşme'nin 3. maddesinde yeterli idrak gücüne sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, adli merci önünde kendini ilgilendiren davalarda, görüşünü ifade etme hakkı tanınmıştır.

Yargıtay bir kararında³⁴, karar tarihinde henüz on yaşında olan 1994 doğumlu çocuğun görüşlerine başvurulmamış olunmasını, kendisinin dinlenilmemesini Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3., 6. ve 12. maddeleri ile TMK'nın 339/2. maddesine aykırı bulmuş ve hükmü bozmuştur. Keza bir başka davada³⁵ da, karar tarihinde onbir yaşında olan 1993 doğumlu O.'nun dinlenilmemesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Gene bir başka kararda Yargıtay³⁶, karar tarihinde on yaşında olan çocuğun idrak çağında olduğunu belirterek, kendisinin dinlenilmemesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur. Keza velâyetin düzenlenmesine ilişkin bir başka davada Yargıtay³⁷, çocuğun kendisini ilgilendiren konuda görüşünün alınmamasını, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmuştur. Keza 15 yaşındaki çocuğun dinlenilmemesini de ÇHS'ye aykırı bulmuş ve karar bozmuştur³⁸.

G. Çocuğun İadesinin, Talepte Bulunan Devletin İnsan Hak ve Hürriyetlerine İlişkin Temel İlkelerini İhlâl Edecek Nitelikte Olması Sebebiyle Reddi

1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 20. madde hükmü son derece istisnâî bir düzenlemedir ve davaya bakan mahkemece re'sen dikkate alınacaktır. Ancak belirtelim ki, madde hükmü sadece 12. madde hükmüne istinaden çocuğun iadesine karar verildiği hallerde dikkate alınabilecektir³⁹. Şu halde 13. madde hükmüne istinaden iade talebine karar verildiği hallerde 20. madde hükmü dikkate alınmayacaktır.

Çocuğun iadesinin talep edildiği devlette ırk ayrımına dayalı bir uygulama bulunmamakla birlikte, ia-

³³ Cümle içinde sayılan ülkelerin hiçbirisi 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf devlet değildir. Ancak bu devletlerden birinin vatandaşlığına sahip olan ve âkit devletlerden birinde çocuğuyla birlikte yaşayan ebeveyn, çocuğu üzerinde bu tarz bir insanlık dışı tasarrufta bulunabilir. Bu ihtimali dikkate alırken hâkimin, ebeveynlerin bu ülkelerde olan kültürel bağlarına dikkat etmesi gerekir. Keza, iadeye konu olmayan çocuğun yaşça kendisinden büyük ablalarının, böyle bir uygulamaya daha önceden maruz kalıp kalmadıklarının da araştırılması gerekir.

³⁴ 2. HD. 3.05.2004 tarih E. 2004/4839 K. 2004/5712. Bkz. www.yargitay.gov.tr.

³⁵ Yargıtay 2. HD. 14.04.2004 tarih ve E. 2004/3825 K. 2004/4729.

³⁶ Yargıtay 2. HD. 08.03.2004 tarih ve E. 2004/1860 K. 2004/2812.

³⁷ Yargıtay 1.10.2003 tarihli HGK. E. 2003/2-513 K. 2003/521.

³⁸ Yargıtay 2. HD. 22.09.2003 tarih ve E. 2003/10492 K. 2003/11852 sayılı kararı.

³⁹ Madde 20: "Çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise, reddedilebilir."

deyi talep eden devlette şovenist bir anlayış egemen ise 20. madde hükmüne istinaden çocuğun iade talebi reddedilebilir. Farazi bir örnek olarak, mutad meskeni Karadağ'da bulunan Bosnalı bir çocuğun, Sırbistan-Karadağ'a iadesi reddedilebilir. Keza, iadeyi talep eden devlette radikal bir değişim yaşanması nedeniyle temel insan hak ve hürriyetlerinin hiçe sayılması söz konusu ise 20. madde hükmü uygulama alanı bulabilir.

H. İadenin, Çocuğun Alıkonulduğu veya Kaçırıldığı Ortama Alışmış Olması Sebebiyle Reddi (Madde 12/2)

Çocuğun yeni çevresine uyum sağladığının kabulü için biri maddî, diğeri manevî iki unsurun varlığı gerekir. Maddî unsur, çocuğun bilfiil mutad meskeninin bulunduğu çevrenin dışında, yeni bir yerde bulunuyor ve o yerde yaşıyor olmasıdır. Manevî unsur ise, çocuğun yeni ortamına alışması ve o yeri kabullenmesidir. Diğer bir ifade ile çocuğun yeni ortamını benimsemesi ve sahiplenmesidir.

Çocuk bakımından, bir yerin onun yeni çevresi olabilmesi için bu yere daha önceden gelmiş veya bu yerle bir şekilde irtibatının olması önemli değildir. Hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuk, daha önceden geldiği veya yaşadığı bir yere götürülmüş olsa bile bu yer, çocuk için 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi anlamında yeni bir yerdir. Çocuk, önceki mutad meskeninin bulunduğu yerden alınıp hukuka aykırı olarak hangi âkit ülkeye götürülür ise, potansiyel olarak o yer çocuğun yeni çevresi olmaya adaydır.

Çocuğun yeni çevresine uyum sağladığının kabulü için çocuğun, hukuka aykırı olarak diğer bir âkit ülkeye götürülmesi yeterli değildir. Aynı zamanda çocuğun alıkonduğu yerdeki toplumsal hayata dahil olması ve alışması da gerekir. Söz gelimi, mutad meskeni Antalya'da bulunan bir çocuk, Berlin'e kaçar ve orada şehir hayatından tamamen izole edilmiş şekilde bir evde bir yıldan fazla süre alıkonur ise, çocuğun yeni çevresine alıştığı veya oraya uyum sağladığı söylenemez.

Çocuğun yeni çevresinden, coğrafi sınır olarak neresinin anlaşılması gerektiği tartışmaya açıktır. Çocuğun yeni çevresi, sadece yaşadığı şehir, ilçe veya köyle sınırlı tutulabileceği gibi hukuka aykırı olarak götürüldüğü âkit devletin bütünü olarak da anlaşılabilir. Kanaatimizce, "yeni çevre"den anlaşılması gereken çocuğun bizzat yaşadığı, bulunduğu coğrafyadır. Bu coğrafi yerin ülkenin genelini temsil ettiği söylenemez. Özellikle federal sistemin söz konusu olduğu devletlerde, kimi zaman

eyaletler arası keskin kültür ve siyasî farklılıklar bulunabilmektedir. Söz gelimi Quebec eyaleti Kanada'nın diğer eyaletlerine göre sosyal ve kültürel yönden farklılık göstermektedir. Bu nedenle, Quebec eyaletinde yaşayan bir çocuğun, yeni çevresi bu eyaletle sınırlı olacaktır. Kanada'nın tüm eyaletleri onun yeni çevresi olarak değerlendirilemez. Keza İspanya'da, Barcelona ile Bask bölgesi arasında da farklılıklar bulunmaktadır.

Çocuğun ABD'de bulunan babasına iadesi için Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan bir davada mahkeme, çocukların iadesine yönelik talebi "çocukların çevreye uyum sağladığı" gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁰. Yargıtay'ın bir başka kararında⁴¹ ise, başvurunun Sözleşme'de belirtilen bir yıllık sürenin geçmesinden sonra yapıldığı tespit edilerek, 1996 doğumlu çocuğun çevresine ve arkadaşlarına uyum sağladığı kabul edilerek iade talebi reddedilmiştir.

Sözleşme'nin 12. maddesinin 2. fıkrasına göre, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuk, iadesinin talep edildiği âkit devlette yer değiştirme veya alıkonmadan itibaren bir yıldan fazla süredir bulunuyor ve de yeni çevresine intibak etmiş ise iade talebi reddedilebilecektir. Madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, çocuğun iadesinin reddedilebilmesi için iki şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Birinci şart, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonan çocuğun, iadesinin talep edildiği âkit devlette bir yılı aşkın süredir bulunuyor olması gerekir. İkinci şart ise çocuğun, iadesinin talep edildiği âkit devletteki yeni çevresine alışmış olmasıdır.

Çocuğun yeni çevresine uyum sağladığının kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği açık bir şekilde Sözleşme'de düzenlenmemiştir. Ancak bu yükümlülüğün, çocuğu yanında alıkonan kişiye ait olduğunun kabulü gerekir. Nitekim ispat yüküne ilişkin genel kurala göre, bir vakıdan kendi lehine haklar çıkaran taraf, bu vaktayı ispat etmelidir.

Çocuğun yeni çevresine uyum sağlamış olmasından anlaşılması gereken, çocuğun sadece bu yeni çevresine alışmış olması değil, kendisini bu yeni çevrenin bir parçası olarak da hissetmesi gerekir. Bu nedenle çocuğun bir seneyi aşkın süredir iadesinin talep edildiği ülkede bulunuyor olması, oraya uyum sağladığı anlamına gelmemelidir.

Hâkim, çocuğun yeni çevresine uyum sağlamadığına kanaat getirir ise, bir yıllık süre geçtikten sonra bile çocuğun iadesine karar verebilir. Bu hususta, iade

⁴⁰ Mahkemenin, 8.7.2002 tarih ve E. 2002/1114 K. 2002/1189 sayılı kararı.

⁴¹ Yargıtay 2. HD. 2003 tarih ve E. 2003/5521 K. 2003/8457 sayılı kararı.

talebinde bulunulan devletin adli ve idari makamlarının takdir hakkı bulunmaktadır. (md. 12/2)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkı, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne istinaden iade talebine ilişkin yargılamanın haklı sebep olmaksızın uzadığı hallerde, gündeme gelebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları doğrultusunda yargılamanın uzayıp uzamadığı a) davanın çetrefilliğine göre, b) talepte bulunanın tavır ve davranışlarına göre ve c) yetkili adli ve idari makamların tutum ve tavırlarına göre değerlendirilmektedir. 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 11. maddesinde öngörülen altı haftalık sürenin iade davası için yeterli olmadığı durumlarda; dava sona erinceye kadar geçen ek sürenin, adil yargılanma hakkını ihlal edip etmeyeceği belirtilen kriterlerle yorumlanabilir.

Kanaatimizce, çocuğun yeni çevresine uyum sağlamış olmasından sosyal çevresine sağladığı intibak anlaşılmalıdır. Çocuğun, kendisini alıkoyan veya hukuka aykırı olarak yerini değiştiren kişiyle sağlıklı ve uyumlu bir ilişki kurması iade talebinin reddi için yeterli görülmemelidir. Çocuğun yaşının çok küçük olduğu hallerde, annesinden ayrılmaması gerektiğinden sosyal çevreye uyum sağlayıp sağlamadığının bir önemi bulunmamaktadır.

I. 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi'nin

12. Maddesinin 1. Fıkrasına İstinaden Çocuğun İadesinin Reddi

Maddenin 1. fıkrası hükmü uyarınca, çocuğun iadesi için âkit devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değişikliği veya alıkonulmadan itibaren **bir yıldan az zaman geçmişse**, çocuk derhal iade edilecektir. Madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere müracaatta bulunulan makamın bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır⁴². Ancak hemen belirtelim ki, çocuğun, iadesinin talep edildiği âkit devlette bir yıldan kısa bir süre boyunca alıkonmuş olması iade için yeterli değildir. Çocuğun iade edilebilmesi için 13. madde de öngörülen red sebeplerinin somut vaka bakımından gerçekleşmemiş olması gerekir. Bu husus 13. madde hükmünden açıkça anlaşılabilir. İade talebini değerlendirecek olan adli veya idari makam, 12. madde de belirtilen hükümlere rağmen çocuğun iadesine hükmederken, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde öngörülen diğer itiraz sebeplerini de dikkate alarak değerlendirme yapmak zorundadır.

Ankara 7. Aile Mahkemesinin verdiği bir kararda⁴³, küçüğün kaçırılmasından beş ay iki gün geçtikten sonra iade davası açıldığı, kaçırılma üzerinden bir yıl geçmeden başvuru yapıldığı ve Sözleşme'nin 13. madde-

sindeki koşullar bulunmadığı tespit edilerek çocuğun iadesine hükmedilmiştir.

Bir başka davada⁴⁴ ise çocuğun kaçırılmasından itibaren yaklaşık dört ay sonra iade davası açıldığından ve 13. madde koşulları gerçekleşmediğinden 12/1 f gereğince iadesine hükmedilmiştir.

12. maddenin 1. fıkrası hükmüne bakıldığında hukuka aykırı olarak yer değiştirilen veya alıkonan çocuğun iadesinde, merkezi makamlara müracaatta bulunulan tarihin değil, adli ve idari makamlarda iade davasının açıldığı tarihin esas alındığı görülmektedir. Şu halde, bir yıllık sürenin başlangıç anı, çocuğun iadesi için adli ve idari makamlara müracaatın yapıldığı tarih olacaktır. Çocuğun iadesine ilişkin Türk Mahkemelerinde görülecek davada başvurunun ne zaman mahkemeye ulaşıp sayılacağı ve bir yıllık sürenin ne zamandan itibaren işleyeceğinin belirlenmesi gerekir. HUMK madde 178'deki (Yeni HMK m. 118) kural uyarınca, çocuğun iadesine ilişkin başvuru mahkeme kaleminde kayıt alındığı tarihte dava açılmış kabul edilecek ve bir yıllık süre bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

J. Çocuğun On Altı Yaşından Gün Almış Olması Sebebiyle İadesinin Reddi

Sözleşme hükmüne göre bir çocuğun iade talebine konu olabilmesi için on altı yaşından gün almış olması gerekir. Nitekim Türk Yargıtay'ı da dava⁴⁵ tarihinde on altı yaşında bulunan çocuk hakkında iade talebinde bulunulamayacağını kabul etmiştir. Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca çocuk, on altı yaşına bastığında, Sözleşme kapsamı dışında kalmaktadır.

Sözleşme'nin uygulama alanı bulabilmesi için kaçırılmış olan çocuğun haksız olarak yerinin değiştirildiği sırada mı, yoksa iadesi için yapılan başvurunun yetkili makamlara ulaşması sırasında mı on altı yaşından küçük olması gerektiği tartışmalıdır.

Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden veya alıkonulmasından önce, on altı yaşından gün almamış olması yeterli kabul edilmelidir. İade prosedürünün veya çocuğun iadesine yönelik davanın uzaması nedeniyle; çocuğun sonradan on altı yaşına basması nedeniyle, Sözleşme'nin uygulanmasının sona ermesine sebebiyet ve-

⁴² 12. maddeye ilişkin açıklama için bkz. Raportör Elisa Pèraz Vera tarafından yazılan açıklayıcı rapor metni s. 458 paragraf 106 vd.

⁴³ Ankara 7. Aile Mahkemesinin 24.06.2004 tarih ve E. 2004/732 K. 2004/786 sayılı kararı.

⁴⁴ Ankara 1. Aile Mahkemesinin 09.07.2004 tarih ve E. 2004/739 K. 2004/1294 sayılı kararı.

⁴⁵ Yargıtay 2. HD. 27.09.2007 tarih ve E. 2006/17627 K. 2007/12722 sayılı kararı.

rilmemelidir. Zira hukuka aykırı olarak alıkonan veya yeri değiştirilen çocuk on altı yaşına bastığında serbest iradesi ile kaçırılmadan önceki mutad meskenine dönebilecek durumda olmayabilir. Çoğu zaman alıkoyan veya kaçırılan kişinin, çocuk üzerindeki baskısı devam edeceğinden fiziksel yaşın dolması, çocuğun kendiliğinden menfaatini en iyi derecede gözeteceği ve buna uygun davranabileceği anlamına gelmeyebilir. Nitekim kimi hallerde, çocuk on altı yaşına basmasına rağmen iade prosedürü işlemeye devam edebilir. Mesela iadenin talep edildiği devlet bu duruma rıza göstermiş olabilir. Zira Sözleşme’de bu hususu engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır.

Hatta Sözleşme’nin 12. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesi veya alıkonmasından itibaren bir yıllık süre geçmiş ve de çocuk halihazırda bulunduğu ortama alışmamış ise müracaat makamı, talep halinde çocuğun iadesine hükmetmelidir. Sözleşme’de öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre geçmiş olsa bile, çocuk iade edilebileceğine göre; on altı yaş sınırının aşıldığı hallerde dahi, çocuğun kendi görüşünün alınması kaydıyla ve de mutad meskenine iade edilmesi onun üstün menfaatine hizmet edecek olması veya kendisinin buna açıkça rıza göstermesi koşuluyla iade edilebilmelidir.

İspatla Sorumlu Olduğu Hususlar	ÇOCUĞUN İADESİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR
İADE TALEBİNDE BULUNAN TARAFIN (Davacı)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet ile haksız olarak alıkonulduğu veya yerinin değiştirildiği (kaçırıldığı) devletin Sözleşmeye taraf devlet olması gerekir. 2. Hukuka aykırı olarak yer değiştirme veya alıkonma fiilinin, âkit devletlerin sözleşmeye taraf olmalarından sonra gerçekleşmiş olması gerekir. 3. Çocuğun 16 yaşından gün almamış olması gerekir. Md. 4 (2) 4. Çocuğun, hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmiş veya haksız alıkonulmuş olması gerekir. (Md.3) <ol style="list-style-type: none"> a. Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinden veya haksız alıkonmasından önce mutad meskeninin âkit devlette olması gerekir. b. Çocuğun, hukuka aykırı olarak mutad meskeninden alınıp diğer bir âkit devlete götürülmüş olması gerekir. c. Koruma hakkı ihlâl edilerek, çocuğun yerinin değiştirilmiş olması veya haksız alıkonması gerekir. Md. 3 (1) (a), 14

İspatla Sorumlu Olduğu Hususlar	İADE TALEBİNİN REDDİ SEBEPLERİ
İADE TALEBİNDE BULUNULAN TARAFIN (Davalı)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Çocuğun iadesi, 12, 13 ve 20. maddeler haricinde Reddedilemez!! <ol style="list-style-type: none"> a. Koruma hakkının etkin şekilde kullanılmadığını md. 13/1a b. Hukuka aykırı gerçekleştirilen yer değişikliğine veya haksız alıkonmaya rıza gösterildiğini veya buna icazet verildiğini Md. 13/a c. Çocuğun iadesinin, çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağını Md. 13/1b d. Çocuğun iadesinin, müsamaha edilemeyecek bir durum yaratacağını Md. 13/1b e. Yaşı ve olgunluğu dikkate alınan çocuğun iadeye itiraz ettiğini Md. 13/2 f. Çocuğun iadesinin, talepte bulunulan devletin insan haklarını ve temel hürriyetlerini ihlâl edeceğini Md.20 g. İade talebinin bir yıllık süre geçtikten sonra yapıldığını Md.12; (istisnası 12/2)